



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"MARCO FANNO"**

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

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

TESI DI LAUREA

**"L'ABUSO DEL DIRITTO E LE VALIDE RAGIONI EXTRAFISCALI
NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE D'IMPRESA"**

RELATORE:

CH.MO PROF. MAURO BEGHIN

LAUREANDA: TANIA FONTOLAN

MATRICOLA N. 1190054

ANNO ACCADEMICO 2018 – 2019

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.

The candidate declares that the present work is original and has not already been submitted, totally or in part, for the purposes of attaining an academic degree in other Italian or foreign universities. The candidate also declares that all the materials used during the preparation of the thesis have been explicitly indicated in the text and in the section "Bibliographical references" and that any textual citations can be identified through an explicit reference to the original publication.

Firma dello studente

Tania Fautola

Ai miei genitori

INDICE

INTRODUZIONE.....	11
--------------------------	-----------

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO GENERALE DEL TEMA DELL'ABUSO DEL DIRITTO.....	12
--	-----------

1.1 L'abuso del diritto disciplinato dall'articolo 10 della legge n. 408/1990 e dall'art. 37-bis del d.p.r. 600/1973.....	12
---	----

1.2 La posizione della giurisprudenza europea in ambito di norme antiabuso.....	17
---	----

1.3 Il tema dell'abuso del diritto all'interno dell'elaborazione giurisprudenziale italiana.....	23
--	----

1.4 L'articolo 10-bis della legge n. 212/2000: la clausola generale antiabuso.....	25
--	----

1.5 I presupposti costitutivi della fattispecie elusiva: l'assenza di sostanza economica e la presenza di vantaggi fiscali indebiti.....	28
--	----

1.6 Confronto tra abuso del diritto, evasione fiscale e risparmio legittimo d'imposta.....	35
--	----

CAPITOLO II

LE VALIDE RAGIONI EXTRAFISCALI NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE D'IMPRESA.....	40
---	-----------

2.1 Le valide ragioni economiche	40
--	----

2.1.1 Le valide ragioni extrafiscali (ex valide ragioni economiche) alla luce dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000.....	46
---	----

2.2 L'operazione di trasformazione.....	49
---	----

2.2.1. Il particolare caso della trasformazione da S.p.a. in S.r.l. agricola.....	56
2.3 L'operazione di scissione e le valide ragioni extrafiscali.....	59
2.3.1. Scissione parziale proporzionale	61
2.3.2. Scissione parziale non proporzionale.....	64
2.3.3. Scissione totale.....	66
2.4 Fusione: ipotesi di elusività e valide ragioni extrafiscali.....	68
CONCLUSIONI.....	74
BIBLIOGRAFIA.....	76
LEGISLAZIONE.....	81
GIURISPRUDENZA.....	83
PRASSI.....	85

INTRODUZIONE

Attraverso questo elaborato di laurea si intende approfondire il tema dell'abuso del diritto, considerato uno degli argomenti più interessanti del diritto tributario, attraverso l'approfondimento dell'esimente delle valide ragioni extrafiscali.

All'interno del primo capitolo, di carattere generale, si affronterà lo sviluppo dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano. Si partirà dai primi interventi legislativi in materia quali la legge n. 408/1990 e l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, per trattare successivamente il periodo di elaborazione giurisprudenziale europea ed italiana in cui i giudici si sono sostituiti al legislatore e in cui si comprenderà come il principio di divieto di abuso del diritto si sia sviluppato inizialmente in Unione Europea per poi essere applicato anche in Italia.

A seguito di questa numerosa giurisprudenza, il legislatore intervenne per riorganizzare la disciplina del divieto di abuso del diritto attraverso l'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 di cui si analizzeranno i presupposti costitutivi (il vantaggio fiscale indebito e l'assenza di sostanza economica) e si dimostrerà come esso si distingue dalle altre fattispecie di evasione fiscale e del legittimo risparmio d'imposta.

Il cuore della tesi è rappresentato, però, dal secondo capitolo nel quale si approfondisce il tema delle valide ragioni extrafiscali nelle operazioni straordinarie d'impresa. Si cercherà di spiegare, dopo aver ripercorso il loro sviluppo normativo, come esse siano state utilizzate nella prassi e nella giurisprudenza nei casi di operazioni straordinarie quali fusione, scissione e trasformazione d'impresa.

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO GENERALE DEL TEMA DELL'ABUSO DEL DIRITTO

Sommario: 1.1 L'abuso del diritto disciplinato dall'articolo 10 della legge n. 408/1990 e dall'art. 37-bis del d.p.r. 600/1973; 1.2 La posizione della giurisprudenza europea in ambito di norme antiabuso; 1.3 Il tema dell'abuso del diritto all'interno dell'elaborazione giurisprudenziale italiana; 1.4 L'articolo 10-bis della legge n. 212/2000: la clausola generale antiabuso; 1.5 I presupposti costitutivi della fattispecie elusiva: l'assenza di sostanza economica e la presenza di vantaggi fiscali indebiti; 1.6 Confronto tra abuso del diritto, evasione fiscale e risparmio legittimo d'imposta.

1.1 L'abuso del diritto disciplinato dall'articolo 10 della legge n. 408/1990 e dall'art. 37-bis del d.p.r. 600/1973

Il tema dell'abuso del diritto venne disciplinato dal legislatore, per la prima volta, all'interno dell'art. 10 della legge n. 408 del 29 dicembre 1990¹.

Ma, fino a questo momento, non esistendo una disposizione normativa in ambito di abuso del diritto, si applicò in ambito tributario l'articolo 1344 del codice civile² con l'obiettivo di ricreare una norma generale antielusiva applicando "la nullità del negozio fraudolento"³.

Si può facilmente prevedere come questo passaggio si caratterizzi per importanti ostacoli nella sua applicazione concreta. Tanto è vero che, come descrive la sentenza di Corte di Cassazione n. 11351 del 3 settembre 2001, la finalità dell'articolo 1344 del codice civile è quella di sancire la nullità dei contratti posti in essere per eludere una norma imperativa. Da qui si può scorgere la prima difficoltà nell'applicazione di questa norma al diritto tributario, in quanto le norme imperative sono norme inderogabili e proibitive⁴ volte alla tutela di interessi generali posti al vertice della gerarchia dei valori dell'ordinamento giuridico⁵. Le norme tributarie, invece, non sono norme proibitive in quanto non pongono divieti al contribuente,

¹ Definizione che fu poi modificata dall'art. 28, primo comma, della legge n. 724 del 23 dicembre 1994 e successivamente dall'art. 3, comma 26 della Legge n. 662 del 23 dicembre 1996.

² Articolo 1344 del codice civile "Contratto in frode alla legge": "Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa".

³ Gallo F., *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, Rassegna Tributaria, fascicolo n. 6, 2015.

⁴ Come specifica Chinellato G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, CEDAM, 2007, pag. 189-190: "Le norme proibitive impediscono (vietano) un determinato comportamento contrattuale contrario al comando".

⁵ Vedi sopracitata sentenza Corte di Cassazione n. 11351 del 3 settembre 2001.

ma sono volte, anch'esse, alla tutela di interessi pubblici e "assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva"⁶, rispettando il suddetto principio esposto nell'articolo 53 Cost.

Inoltre, la sanzione di nullità del contratto prevista dall'articolo 1344 non coincide in nessun modo con il sistema sanzionatorio delle norme tributarie. Nella fattispecie fiscale, come si potrà osservare negli interventi legislativi degli anni a seguire⁷, la sanzione non consiste nella nullità dell'atto o fatto posto in essere ma nella inopponibilità all'amministrazione finanziaria dell'operazione dal punto di vista tributario, mantenendo la stessa totalmente valida dal punto di vista civilistico. Da quanto appena riportato si potrebbe concludere che, se si applicasse la nullità dell'operazione svolta, l'amministrazione finanziaria non potrebbe procedere al recupero delle imposte non versate a causa dell'esecuzione di un'operazione elusiva, andando a violare in questo modo l'articolo 53 Cost. In realtà, quest'ultimo passaggio, è stato smentito dalla giurisprudenza che, attraverso le sentenze n. 20398/2005, n. 20816/2005 e la n. 22932/2005 in tema di *dividend washing*⁸, ha sottolineato come, la ricerca della mancanza della causa del contratto come valido motivo per considerarlo nullo, non riguardi le conseguenze fiscali che si ricollegano a quel medesimo negozio giuridico⁹.

Se si volesse discutere di un ulteriore punto debole dell'applicazione dell'istituto della frode alla legge in ambito fiscale si potrebbe sottolineare come l'articolo 1344 del codice civile tratti esclusivamente la fattispecie contrattuale. Le operazioni elusive si perfezionano, invece, sia attraverso i contratti ma anche attraverso altre tipologie di atti o fatti¹⁰.

Nonostante queste critiche, ci sono state, a livello dottrinale e a livello giurisprudenziale, delle posizioni poste a favore dell'applicazione dell'articolo 1344 all'interno dell'ordinamento tributario. Un esempio, all'interno della prassi amministrativa, è rappresentato dalla Risoluzione Ministeriale n. 1004 del 2 gennaio 1981 in cui si prevede, in un'operazione di fusione, la possibilità di applicare l'articolo 1344 in caso di contratto in frode alla legge anche in ambito fiscale.

⁶ Vedi sopraccitata sentenza Corte di Cassazione n. 11351 del 3 settembre 2001.

⁷ Vedi articolo 10 legge n. 408/1990, articolo 37-bis D.P.R. n. 600/1973, articolo 10-bis legge n. 212/2000.

⁸ Nelle tre sentenze citate è stata dichiarata la nullità del negozio posto in essere dai contribuenti sulla base alla mancanza della causa del contratto, collegata alla mancanza di uno scopo economico dell'operazione. Cfr. Stevanato D., *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunto per un approfondimento*, Rassegna Tributaria, n. 1, 2006, 309.

⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 20398 del 21 ottobre 2005, in cui il giudice evidenzia come nel processo tributario l'attore diventi proprio l'Amministrazione finanziaria che deve provare quanto sostiene e il contribuente, dall'altra parte, che dovrebbe provare la piena validità ed efficacia della condotta che ha posto in essere. A sostegno della tesi in oggetto, si veda anche la sentenza, sempre di Corte di Cassazione, n. 22932 del 14 novembre 2005 in cui si è ritenuto corretto il comportamento dell'Amministrazione finanziaria nel richiedere la differenza della ritenuta d'imposta non versata dalle società protagoniste del caso, nonostante il giudizio di nullità del negozio giuridico da parte della Corte.

¹⁰ Chinellato G., *op. cit.*, pag. 196 in cui l'Autore cita a titolo esemplificativo le delibere assembleari.

Sempre a sostegno della medesima tesi, a livello giurisprudenziale, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 22932 del 14 novembre 2005, ha enunciato che in Italia non era presente una clausola generale antielusiva (in quanto non considerava l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 come tale) e per ciò si doveva far riferimento "ai principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria sul concetto di abuso del diritto"¹¹ che rinviano, comunque, a norme di diritto interno di ciascun Stato membro. In merito a ciò la Corte si è espressa: "non pare contestabile l'emergenza di un principio tendenziale, che impone una ricerca di appropriati mezzi all'interno dei diversi ordinamenti nazionali per contrastare tale diffuso fenomeno"¹².

Invece, sempre a livello giurisprudenziale, hanno assunto una posizione di "rigetto" all'applicazione dell'articolo 1344 del codice civile la già citata sentenza n. 11351 del 3 settembre 2001 della Corte di Cassazione che ha "rifiutato" il richiamo del presente articolo come strumento per combattere la diffusione dell'istituto dell'abuso del diritto nell'ordinamento tributario¹³.

Per concludere, il panorama che si presentava soprattutto agli occhi dell'amministrazione finanziaria era confuso e non le consentiva di possedere gli strumenti idonei per il contrasto di comportamenti abusivi; tanto è vero che molti di questi comportamenti sono stati considerati legittimi in quanto non esisteva una clausola generale antiabuso che consentisse di classificarli come tali.

Per cercare di risolvere il problema appena enunciato, il legislatore preparò ben tre proposte di legge contenenti la clausola generale antiabuso; in particolare la proposta di legge n. 3461 del 4 febbraio 1986, la n. 1301 del 1° settembre 1988 ed infine la n. 3705 del 8 marzo 1989 che non ebbero nessun seguito¹⁴.

Alla fine si arrivò all'obiettivo introducendo la prima norma antiabuso nell'ordinamento tributario italiano attraverso l'articolo 10 della legge n. 408/1990.

Il primo comma dell'art. 10 della legge sopracitata prevede che "E' consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo elusivo di ottenere

¹¹ Sentenza della Corte di Cassazione n. 22932 del 21 ottobre 2005, pag. 12.

¹² Vedi sentenza sopracitata.

¹³ La medesima posizione è stata assunta anche, successivamente, sempre dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 20398 del 21 ottobre 2005, che ne ha confermato l'inapplicabilità. Cfr. Stevanato D., *Commento di Dario Stevanato (Sent. n. 20398/2005: dividend washing), Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunto per un approfondimento*, Fisconline.

¹⁴ Chinellato G., *op. cit.*, pag. 392-393.

fraudolentemente un risparmio d'imposta". Il primo aspetto che risalta dalla lettura del testo è la scelta del legislatore di limitare l'applicazione di tale norma alle operazioni straordinarie descritte, quasi per paura che l'amministrazione finanziaria potesse interferire in modo negativo nelle prassi commerciali del contribuente esercitando questo suo potere¹⁵. Un altro aspetto rilevante è l'introduzione, per la prima volta, del concetto di valide ragioni economiche che approfondiremo successivamente.

E' importante riconoscere i meriti a questa norma in quanto rappresenta la volontà del legislatore di porre in essere le basi per lo sviluppo, sempre più approfondito, della materia concedendo all'amministrazione finanziaria uno strumento ("disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in (...)") per contrastare questi comportamenti.

Tuttavia, la norma in questione riscontra delle difficoltà notevoli. Innanzitutto, ignora la caratteristica principale delle operazioni elusive ovvero che normalmente si sviluppano attraverso una pluralità di atti coordinati tra loro e non in un'unica operazione come sembra voler dimostrare l'art. 10. Inoltre, la difficoltà principale si riscontra nell'avverbio "fraudolentemente" che ha sollevato forti incertezze in merito alla sua connotazione. Non era chiaro, dalla lettura della norma, se gli si dovesse attribuire un'accezione penalistica e, in questo caso, il primo comma dell'art. 10 della legge n. 408 del 29 dicembre 1990 avrebbe perso il senso del suo contenuto in quanto si sarebbe discostato dalla definizione di elusione fiscale. La dottrina è intervenuta successivamente precisando che il significato da attribuire a questa espressione è quello di aggiramento di norme giuridiche, ovvero "l'utilizzazione di scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici, ottenendo vantaggi che ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova"¹⁶ riconducendosi alla vera e propria accezione di elusione fiscale.

Nonostante l'importanza di questo primo intervento legislativo, il vero momento di svolta è stato l'introduzione dell'art. 37-bis all'interno del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973¹⁷. Il primo comma del presente articolo prevede che "sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, dirette ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti". Dalla lettura di questo comma sembrava che il legislatore avesse introdotto una norma anti abuso di carattere generale ma,

¹⁵ Tortorelli M., *L'abuso del diritto nella disciplina tributaria*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pag. 3-4.

¹⁶ Commissione Parlamentare Consultiva in materia di riforma fiscale, *Relazione allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni*, 1997.

¹⁷ L'art. 37-bis è stato introdotto nel D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 con l'art. 7, comma uno, del Decreto Legislativo n. 358 del 8 ottobre 1997. Attualmente è stato abrogato e sostituito dall'art. 10-bis, della legge n. 212 del 27 luglio 2000, introdotto con il Decreto Legislativo n. 128 del 5 agosto 2015.

confrontandola con l'art. 10 della legge n. 408 del 29 dicembre 1990, si può notare come il legislatore abbia scelto, nuovamente, di limitare l'applicazione della disposizione ai casi¹⁸ previsti dal terzo comma del medesimo articolo¹⁹; con la differenza che, nell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, a seguito di numerosi interventi legislativi, l'elencazione prevista è più di ampio spettro rispetto a quella prevista dall'art. 10 della legge n. 408/1990²⁰.

Inoltre, si è introdotta, per la prima volta, la nozione di inopponibilità degli atti o fatti elusivi posti in essere da parte del contribuente che rappresenta per l'amministrazione finanziaria un importante strumento contro l'abuso del diritto. L'inopponibilità in questione rileva ai soli fini fiscali rendendo priva di efficacia tributaria l'operazione posta in essere da parte del contribuente, ma mantenendola totalmente valida dal punto di vista civilistico²¹. E' possibile rilevare come questo concetto venga descritto all'interno del secondo comma dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 che prevede: "L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte

¹⁸ Questo aspetto della norma è stato ed è tuttora fortemente controverso. Diversi Autori hanno assunto posizioni diverse sul punto, come il professore Gaspare Falsitta che evidenzia come, in realtà, la norma non si applichi esclusivamente ai casi tassativamente previsti al suo interno da parte del legislatore ma, al contrario, si deve considerare la sua applicazione anche a fattispecie non previste in quell'elenco, "anche per motivi di indole costituzionale". Cfr. G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte generale, Sesta Edizione*, CEDAM, 2016, pag. 212.

¹⁹ Il terzo comma dell'art. 37-bis della legge n. 600 del 29 settembre 1973 prevede che:

"Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni:

- a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzione 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) cessione 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 delle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambio di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società;
- f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettera c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;
- f-bis) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi;
- f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione Europea;
- f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diversi da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale."

²⁰ Commissione Parlamentare Consultiva in materia di riforma fiscale, *Relazione allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni*, 1997, che riporta: "I primi due commi del nuovo articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973 ben potrebbero costituire una norma antielusiva generale, ma – conformemente alle limitazioni della delega e alla sfera applicativa del precedente articolo 10 della legge 408 – è stato previsto che essi scattino solo se il contribuente ha utilizzato una delle operazioni specifiche indicate al comma 3".

²¹ Beghin M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, CEDAM, 2013, pag. 13.

determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione".

Di altrettanta importanza è l'espressione "anche collegati tra loro" (all'interno del primo comma) che riconosce la natura del comportamento elusivo ovvero che si sviluppa attraverso il compimento di una pluralità di atti o fatti, problema di cui avevamo parlato precedentemente in merito all'art. 10 della legge n. 408 del 29 dicembre 1990 che si caratterizzava per la mancanza di questo riconoscimento.

L'ultima considerazione in merito all'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 riguarda la sua collocazione in ambito normativo; infatti è stato inserito all'interno del D.P.R. che tratta le "*Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi*", pertanto originariamente si concluse che l'articolo 37-bis si applicasse esclusivamente alle imposte sui redditi²². In realtà, successivamente, il legislatore intervenne più volte per ampliare la sfera di applicazione di questa normativa antielusiva²³.

1.2 La posizione della giurisprudenza europea in ambito di norme antiabuso

E' possibile affermare che il principio generale di divieto di abuso del diritto trae le proprie origini dall'ordinamento comunitario e solo successivamente è stato applicato e reso proprio dagli ordinamenti interni dei singoli Stati membri.

L'abuso del diritto è stato trattato per la prima volta all'interno dell'articolo 17 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950 in cui si prevedeva che "Nessuna disposizione della presente convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione" e nell'articolo 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Uomo approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 in cui "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

²² Chinellato G., *op. cit.*, pag. 399-401.

²³ Il legislatore intervenne con la legge n. 383 del 18 ottobre 2001, all'interno dell'articolo 16, terzo comma che prevede l'estensione dell'applicazione della norma antielusiva prevista dalla legge 21 novembre 2000 n. 342, articolo 69, settimo comma, anche "alle imposte dovute in conseguenza dei trasferimenti a titolo di donazione o altra liberalità".

La scelta di introdurre questo principio all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Uomo comporta che esso diventi una fonte di diritto nazionale per gli Stati membri²⁴.

Negli anni a seguire la giurisprudenza europea ha raccolto diverse sentenze in cui si applicò il principio di divieto di abuso del diritto in ambito tributario²⁵.

La Corte di Giustizia riconobbe questo principio come già esistente all'interno dell'ordinamento tributario che si sarebbe proiettato nei singoli Stati membri²⁶. In particolare, la Commissione delle Comunità Europee ha specificato che la fattispecie elusiva si configura quando sussistono tre presupposti contemporaneamente: “un elemento oggettivo” ovvero la prova che l'operazione economica è avvenuta per uno scopo non economico ma per “l'ottenimento delle sovvenzioni”; “un elemento soggettivo” riguardante il fatto che l'operazione è stata posta in essere per ottenere un vantaggio fiscale contrario a quanto previsto all'interno delle norme comunitarie; ed infine “un elemento procedurale” consistente nell'onere della prova da parte dell'amministrazione finanziaria²⁷.

Nello specifico, la Corte di Giustizia, per inquadrare una fattispecie elusiva, ha utilizzato come punto cardine il raggiungimento di un vantaggio fiscale contrario “all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni”²⁸ e riconoscendo che “lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale. (...) il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali”²⁹. Il principio che ne deriva, quindi, prevede che le operazioni vengano poste in essere con lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale che deve rappresentare l'obiettivo “essenziale” ma non esclusivo delle stesse³⁰. La Corte riconosce che possano esserci delle altre motivazioni per le quali il contribuente abbia condotto quel comportamento, per esempio “obiettivi economici ispirati da

²⁴ Tortorelli M., *op. cit.*, 19, evidenzia il problema che si potrebbe riscontrare nei conflitti tra norme di diritto interno e norme di diritto europeo. Il potenziale conflitto viene spento sul nascere in quanto prevale la norma europea con efficacia diretta nello Stato membro, con conseguente disapplicazione della norma di diritto interno se posta in conflitto con la normativa dell'Unione Europea.

²⁵ Sentenza *Emland-Starke GmbH*, causa C-110/99, 14 dicembre 2000; sentenza *Halifax*, causa C-255/02, 21 febbraio 2006; sentenza *Part Service Srl*, causa C-425/06, 21 febbraio 2008; sentenza *Cadbury-Schweppes*, causa C-196/04, 12 settembre 2006. Le sentenze *Halifax* e *Part Service Srl* fanno riferimento all'imposta sul valore aggiunto invece l'ultima sentenza citata riguarda l'abuso del diritto nel principio di libertà di stabilimento così come trattato all'interno degli articoli 43 e 48 del Trattato CE.

²⁶ Sentenza *Emland-Starke GmbH*, causa C-110/99, 14 dicembre 2000, punto 38.

La sentenza in oggetto tratta una causa instaurata contro l'ufficio doganale di Amburgo, in quanto la società in questione esportava la sua merce in Svizzera e poi anche in Italia, ma successivamente ritornavano sempre in Germania con lo stesso prodotto e con gli stessi mezzi di trasporto ponendole in libera pratica dopo il prelievo dei dazi in questi paesi di destinazione. L'ufficio doganale richiedeva il rimborso per la concessione all'esportazione. La società si difendeva dichiarando di aver venduto le sue merci in Svizzera e che non sapeva cosa ne avrebbe fatto gli acquirenti a sua volta.

²⁷ Sentenza *Emland-Starke GmbH*, causa C-110/99, 14 dicembre 2000, punto 39.

²⁸ Sentenza *Halifax*, causa C-255/02, 21 febbraio 2006, punto 74.

²⁹ Sentenza *Halifax*, causa C-255/02, 21 febbraio 2006, punto 75.

³⁰ Sentenza *Part Service Srl*, causa C-425/06, 21 febbraio 2008, punto 45 e 62.

considerazioni, (...), di marketing, di organizzazione e di garanzia”³¹, ma deve rilevare il fatto che il contribuente ha posto in essere quell’operazione per ottenere un vantaggio fiscale e che, se quest’ultimo non si fosse realizzato, non avrebbe mai tenuto quella condotta³². Inoltre, all’interno della sentenza *Emland-Starke GmbH* del 14 dicembre 2000, causa C-110/99, una delle sentenze più importanti sul tema, la Commissione ha aggiunto una specificazione sul vantaggio fiscale indebito: “gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile alla fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso. (...) In forza del principio giuridico dell’abuso del diritto in vigore nell’ordinamento comunitario, quando è provato che le operazioni commerciali in questione hanno come scopo il conseguimento di un vantaggio che contravviene agli obiettivi delle disposizioni comunitarie in materia, in quanto i presupposti per il conseguimento di tale vantaggio sono stati creati artificialmente, detto vantaggio finanziario non viene accordato, ovvero viene successivamente revocato.”³³.

La Corte di Giustizia aggiunge anche che spetta ai giudici nazionali l’individuazione di queste operazioni controverse, ovvero devono comprovare un’“appropriazione indebita della situazione favorevole prevista dalla norma comunitaria”³⁴ e per inquadrarle correttamente possono far riferimento al “carattere puramente fittizio di queste ultime, nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale”³⁵.

L’unica differenza che caratterizza principalmente queste sentenze riguarda l’aggiramento delle norme che ha comportato il vantaggio fiscale: nella sentenza *Halifax* (e anche nella sentenza *Cadbury-Schweppes*) l’applicazione della norma da parte del contribuente è in contrasto con la *ratio* della norma stessa, invece, nella sentenza *Part Service Srl* l’applicazione controversa della norma riguarda la violazione della *ratio* di una disposizione normativa che agisce su un diverso regime fiscale, non della medesima. Entrambe prevedono una “dissociazione” tra l’applicazione e la *ratio* delle norme ma la sentenza *Halifax* tratta la questione sull’aggiramento della “lettera” delle stesse disposizioni, invece la sentenza *Part*

³¹ Sentenza *Part Service Srl*, causa C-425/06, 21 febbraio 2008, punto 62.

³² Zizzo G., *L’elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in Maisto G., *Elusione ed abuso del diritto tributario, Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell’imposizione tributaria*, Quaderni della rivista di diritto tributario, Giuffrè editore, 2009, 62.

³³ Sentenza *Emland-Starke GmbH*, causa C-110/99, 14 dicembre 2000, punto 37 e punto 43.

³⁴ Lovisolo A., *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, Rivista di Diritto Tributario, n. 1, 2009, 49ss.

³⁵ Sentenza *Halifax*, causa C-255/02, 21 febbraio 2006, punto 81.

Service Srl riguarda l'aggiramento dello "spirito" delle norme ovvero l'aggiramento del presupposto di un certo obbligo o divieto³⁶.

I giudici europei, nell'applicazione del principio di divieto di abuso del diritto, hanno trattato un ulteriore elemento rilevante in quest'ambito ovvero la pianificazione fiscale. Nelle sue sentenze la Corte di Giustizia ha sottolineato come (soprattutto in ambito IVA) il soggetto passivo d'imposta non è obbligato a scegliere l'operazione che comporta un pagamento maggiore ma, al contrario, "ha diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale"³⁷.

Questo argomento rappresenta il tema centrale nella sentenza *Cadbury-Schweppes* in tema di libertà di stabilimento, in cui la società controllante in questione aveva localizzato alcune fonti produttive nelle società da lei controllate in Paesi soggetti ad una imposizione fiscale di favore. La causa ha sollevato l'ipotesi di abuso del diritto rispetto al principio di libertà di stabilimento ma la Corte di Giustizia ha escluso quest'ipotesi: trasferire delle unità produttive in Paesi che prevedono una tassazione inferiore non comporta un aggiramento della norma comunitaria sul tema. Questo è vero se le unità produttive dislocate sono effettivamente operative su quel territorio; se ciò non dovesse essere, allora si verificherebbe elusione fiscale in quanto la struttura sarebbe "artificiosa" e la localizzazione in quel Paese sarebbe avvenuta esclusivamente per ottenere un vantaggio fiscale, quindi la minore imposizione tributaria verrebbe annullata³⁸.

Dopo aver compreso come e con quali criteri si è sviluppato il principio di divieto di abuso del diritto a livello europeo, rimane da capire come quest'ultimo possa essere applicato da parte degli Stati membri.

Il primo passo, in questo senso, si riconosce nella direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990 (90/434/CEE – Comunità Economica Europea) relativa al "regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi", all'interno dell'articolo 11, primo comma, lettera a) in cui si dà la possibilità allo Stato di non riconoscere i vantaggi, previsti all'interno della

³⁶ Zizzo G., *op. cit.*, in Maisto G., *op. cit.*, 63-64.

³⁷ Sentenza *Halifax*, causa C-255/02, 21 febbraio 2006, punto 73; sentenza *Part Service Srl*, causa C-425/06, 21 febbraio 2008, punto 47.

³⁸ Beghin M., *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, Rassegna Tributaria, 2007, pag. 990. Quanto riportato si può riscontrare anche all'interno della sentenza stessa, al punto 55, in cui sottolinea come "perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale", concludendo al punto 64 che prevede: "La constatazione dell'esistenza di una tale costruzione richiede, infatti, oltre ad un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, elementi oggettivi dai quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall'ordinamento comunitario, l'obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento, quale esposto ai punti 54 e 55 della presente sentenza, non è stato raggiunto".

direttiva stessa³⁹, qualora queste operazioni non siano predisposte per valide ragioni economiche e abbiano come scopo principale o come uno degli scopi la frode o l'evasione fiscale⁴⁰.

Quanto appena riportato nella Direttiva è stato ripreso anche dalla giurisprudenza europea in cui la Corte di Giustizia appoggia a pieno le normative nazionali che limitano l'esercizio dei diritti previsti all'interno dei Trattati europei quando i soggetti passivi d'imposta provano ad aggirarli, ovvero qualora "l'ente" voglia evitare l'imposizione, derivante dalla normativa nazionale, in modo illegittimo⁴¹.

Inoltre, la Corte ha sottolineato come "gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario"⁴². Questo è un concetto che la Corte di Giustizia europea ribadisce più volte all'interno delle sue sentenze. Aggiunge anche che se i giudici nazionali vogliono individuare le fattispecie elusive possono far riferimento alle norme comunitarie in materia ma ponendo molta attenzione alle finalità con cui quelle norme sono state previste dall'Unione Europea⁴³.

Negli anni a seguire la posizione della Corte di Giustizia su questa tema subisce una variazione, in particolare nella sentenza *Kofoed* del 5 luglio 2007, causa C-321/05, che riguarda la diretta applicabilità del principio comunitario dell'abuso del diritto all'interno dell'ordinamento dello Stato membro senza che quest'ultimo abbia predisposto una norma *ad hoc* per la ricezione della disposizione comunitaria⁴⁴.

Il giudice sviluppa il suo ragionamento nel corso della sentenza prevedendo inizialmente che "l'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434 riflette il principio generale di diritto comunitario secondo il quale l'abuso del diritto è vietato. I singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario. L'applicazione di quest'ultime non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito

³⁹ Il Titolo II, III, e IV della Direttiva 90/434/CEE prevede la non imposizione delle plusvalenze risultanti dalla differenza tra il valore reale di quanto conferito e il loro valore fiscale. Ciò è applicabile alle fusioni, alle scissioni, agli scambi d'azioni e ai conferimenti d'attivo.

⁴⁰ Articolo 11, primo comma, lettera a) della Direttiva sopracitata prevede che "1. Uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni ai titoli II, III e IV o revocarne il beneficio qualora risulti che l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento d'attivo o di scambio di azioni:

a) ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale; il fatto che una delle operazioni di cui all'articolo 1 non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costruire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali."

⁴¹ Sentenza *TV10*, causa C-23/93, 5 ottobre 1994, punto 21.

La sentenza in questione trattava il caso di un ente commerciale radiotelevisivo (TV10) stabilito in Lussemburgo ma che trasmetteva, attraverso un satellite, i propri programmi in Olanda. La vigilanza sul settore radiotelevisivo in Olanda (Commissariaat voor de Media) accusava questa società di aver riposto la sede legale in Lussemburgo per evitare l'imposizione fiscale dello Stato in cui è rivolta tutta la sua attività, attraverso il Trattato CEE relativo alla libera prestazione di servizi chiedendo alla Corte se ciò rappresentasse una fattispecie di elusione fiscale.

⁴² Sentenza *Centros*, causa C-212/97, 9 marzo 1999, punto 21.

⁴³ Sentenza *Centros*, causa C-212/97, 9 marzo 1999, punto 25.

⁴⁴ Lovisolo A., *op. cit.*, 65ss.

di normali transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario⁴⁵, aggiungendo che gli Stati membri hanno il dovere di provvedere, con i mezzi adeguati, al recepimento delle direttive a loro destinate in modo che queste diventino pienamente efficaci nel loro territorio⁴⁶ e che “il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli”⁴⁷. Questa iniziale posizione è stata appoggiata anche dalle conclusioni dell’avvocato generale che, al punto 59 delle stesse, evidenziava la mancanza di valide ragioni economiche sull’operazione oggetto della causa e quindi la validità dell’applicazione dell’articolo 11.

Però la Corte prosegue sottolineando che “la trasposizione di una direttiva nel diritto interno non esige necessariamente un’azione legislativa in ciascun stato membro” e può essere sufficiente “un contesto normativo generale in modo che non è necessaria una formale ed esplicita riproduzione delle disposizioni nazionali”⁴⁸ ricordando che gli Stati membri, nell’applicazione del diritto nazionale, devono interpretarlo “alla luce della lettera e dello scopo delle direttive comunitarie, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest’ultime” e che “lo Stato può, in linea di principio, opporre un’interpretazione conforme alla legge nazionale nei confronti di singoli”⁴⁹. Conclude lasciando al giudice nazionale l’onere di ritrovare, all’interno dell’ordinamento dello Stato membro in cui opera, una disposizione o un principio che preveda il divieto di abuso del diritto⁵⁰.

Orbene, sulla base di una visione complessiva delle sentenze analizzate è chiaro come la Corte di Giustizia preferisca esporsi in merito al potenziale aggiramento delle norme comunitarie rispetto alle norme di diritto interno che gli Stati membri hanno sviluppato sul tema dell’abuso del diritto⁵¹.

Inoltre, dall’*excursus* appena svolto sullo sviluppo della sentenza *Kofoed*, si può concludere, con un certo livello di certezza, che non è possibile applicare direttamente il principio di divieto di abuso del diritto comunitario all’interno dell’ordinamento dello Stato membro senza prevedere nessuna norma di applicazione. Spetterà, quindi, agli organi predisposti di ciascun Paese provvedere a recepire il principio all’interno del proprio ordinamento.

⁴⁵ Sentenza *Kofoed*, causa C-321/05, 5 luglio 2007, punto 38.

⁴⁶ Sentenza *Kofoed*, causa C-321/05, 5 luglio 2007, punto 41.

⁴⁷ Sentenza *Kofoed*, causa C-321/05, 5 luglio 2007, punto 42.

⁴⁸ Sentenza *Kofoed*, causa C-321/05, 5 luglio 2007, punto 44.

⁴⁹ Sentenza *Kofoed*, causa C-321/05, 5 luglio 2007, punto 45.

⁵⁰ Sentenza *Kofoed*, causa C-321/05, 5 luglio 2007, punto 46.

Anche in questo caso la tesi del giudice della Corte di Giustizia è stata appoggiata dalle conclusioni dell’avvocato generale che, al punto 63, evidenzia: “Il giudice a quo dovrà, pertanto, verificare se non siano applicabili al presente caso anche disposizioni o principi generali del diritto interno, dai quali potrebbe ad esempio risultare l’irrelevanza, ai fini fiscali, dei negozi simulati o il divieto di un ricorso abusivo a determinate agevolazioni fiscali; sempre possibile è, altresì, l’applicazione di disposizioni generali di diritto interno in materia di frode o evasione fiscale.”

⁵¹ Lovisolo A., *op. cit.*, 65ss.

1.3 Il tema dell'abuso del diritto all'interno dell'elaborazione giurisprudenziale italiana

Negli anni che seguirono ci furono molteplici sentenze della Corte di Cassazione⁵² che crearono una confusione maggiore in ambito di abuso del diritto. La sua definizione fornita dalla giurisprudenza risultava molto più “aperta ed indeterminata” rispetto alla definizione più “articolata e puntuale” dell’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973⁵³.

Il punto di partenza della numerosa giurisprudenza prodotta in Italia è stato la sentenza *Halifax* della Corte di Giustizia Europea del 21 febbraio 2006, nella quale vengono riportate le caratteristiche che compongono il principio di divieto di abuso del diritto. In particolare, la sentenza stabilisce che “le operazioni controverse devono, (...), procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all’obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni”⁵⁴ e aggiunge: “Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l’ottenimento di un vantaggio fiscale. (...) il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali”⁵⁵. Infine, la sentenza conclude spiegando che “Perché possa parlarsi di 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 quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale”⁵⁶.

Successivamente alla sentenza *Halifax*, la giurisprudenza italiana decise di riportare il principio di divieto di abuso del diritto così come previsto a livello comunitario, ritenendo che esso si dovesse applicare direttamente all’interno dell’ordinamento nazionale e potesse essere concepito come la clausola generale antiabuso⁵⁷. Questo passaggio, posto in essere dalla Corte di Cassazione, ha sollevato non poche critiche a riguardo⁵⁸.

⁵² Si fa riferimento alle sentenze che tratteremo all’interno del presente paragrafo: Corte di Giustizia Europea, sentenza *Halifax* del 21 febbraio 2006; Corte di Cassazione, sentenze n. 21221 del 29 settembre 2006, n. 8772 del 16 gennaio 2008 e la n. 10257 del 21 aprile 2008; Sezioni Unite, sentenze n. 30055/2008, n. 30056/2008, n. 30057/2008; Corte di Cassazione sentenza n. 25374 del 17 ottobre 2008.

⁵³ Cit., Della Valle E., Ficari V., Marini G., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Giappichelli Editore, 2016, pag. 1-2.

⁵⁴ Corte di Giustizia Europea, sentenza *Halifax* del 21 febbraio 2006, causa C-255/02, punto 74.

⁵⁵ Corte di Giustizia Europea, sentenza *Halifax* del 21 febbraio 2006, causa C-255/02, punto 76.

⁵⁶ Corte di Giustizia Europea, sentenza *Halifax* del 21 febbraio 2006, causa C-255/02, punto 86.

⁵⁷ Questa presa di posizione venne attuata dalla Corte di Cassazione attraverso alcune sue sentenze: la sentenza n. 21221 del 29 settembre 2006, la sentenza n. 8772 del 16 gennaio 2008 e la sentenza n. 10257 del 21 aprile 2008.

⁵⁸ Beghin M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria*, pag. 29-36 in Maisto G., *op. cit.*

Quest'ultime, in particolar modo, riguardavano l'ambito di applicazione di questo principio, in quanto la sentenza *Halifax* fa riferimento all'applicazione dell'IVA e le sentenze della Corte prevedono l'applicazione di tale principio in fattispecie completamente diverse⁵⁹. Ma, quasi a voler "giustificare" la propria scelta, nella sentenza 8772/2008 la Corte di Cassazione sottolinea come "Il principio secondo cui, in forza del diritto comunitario, non sono opponibili alla Amministrazione finanziaria gli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano "abuso del diritto", cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale, deve estendersi a tutti i settori dell'ordinamento tributario, e dunque anche all'ambito delle imposte dirette, prescindendosi dalla natura fittizia o fraudolenta della operazione."

Da questo passaggio riportato nella sentenza sopracitata è possibile scorgere alcuni punti di contatto con l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 introdotto dal legislatore, tra cui l'avverbio "essenzialmente" e il concetto di inopponibilità all'amministrazione finanziaria.

Inoltre, è importante evidenziare come gli operatori del settore devono possedere tutti gli strumenti idonei per fronteggiare situazioni elusive e questo non avviene se si recepisce un principio elaborato in un ordinamento che non è l'ordinamento in cui si opera e, soprattutto, senza prevedere un sistema di soluzioni e di rimedi a livello nazionale⁶⁰.

In un secondo momento sono intervenute le Sezioni Unite, protagoniste di un importante cambio di rotta nella definizione di un principio di divieto di abuso del diritto, discostandosi da quanto affermato dalla Corte di Cassazione in precedenza. Questo in quanto, le tre sentenze "gemelle" di fine 2008⁶¹, affermano come "Nel merito, ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/08, 25374/2008), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano", citando espressamente l'articolo 53 Cost. e giustificando la loro scelta con diverse motivazioni a sostegno della loro tesi⁶².

⁵⁹ La sentenza n. 21221/2006 tratta il caso di dedotta simulazione di operazioni poste in essere ai fini di elusione dell'imposta sul reddito; la sentenza n. 8772/2008 tratta un caso di fatturazione in tema di costituzione di usufrutto su azioni intestate a società estera; infine la sentenza n. 10257/2008 tratta la fattispecie in tema di minusvalenze derivanti da operazioni elusive.

⁶⁰ Maisto G., *op. cit.*, pag. 35-36

⁶¹ Sezioni Unite, sentenze n. 30055/2008, 30056/2008, 30057/2008.

⁶² Sentenza n. 30055/2008 prevede che "I principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., primo comma) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., secondo comma) costituiscono il fondamento sia delle norme imperative in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi."

Oltre a riconoscere la presenza di un principio di divieto di abuso del diritto nel nostro ordinamento e cambiarne la fonte rispetto all'indirizzo assunto dalle sentenze precedenti, le Sezioni Unite proseguono fornendo una vera e propria definizione di questa clausola generale: "(...) Il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, se pur 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"⁶³. Da questa nozione è possibile riconoscere molti elementi già richiamati dal legislatore con l'introduzione dell'articolo 37-bis D.P.R. n. 600/1973, quasi a creare un "doppione"⁶⁴ della clausola antiabuso appena richiamata.

Vista la posizione sul tema assunta dalla giurisprudenza italiana, si potrebbe affermare la presenza di un "doppio binario" in cui da una parte si applica l'articolo 37-bis per le operazioni elusive previste all'interno del suo terzo comma, e dall'altra parte, si applica questa clausola generale antiabuso non scritta di formazione giurisprudenziale in riferimento alle imposte sui redditi riconducibile, comunque, per molti aspetti, allo stesso articolo 37-bis. Alla fine di questo periodo si sentì l'esigenza di un intervento da parte del legislatore (a cui si è sostituito il giudice in questa parentesi giurisprudenziale) per uniformare la materia e per creare un principio di portata generale all'interno dell'ordinamento italiano, consentendo a tutti gli operatori del settore ed ai contribuenti di muoversi con maggiore facilità e chiarezza nel tema dell'abuso del diritto.

1.4 L'articolo 10-bis della legge n. 212/2000: la clausola generale antiabuso

Come abbiamo precedentemente sottolineato, si sentiva molto la necessità di un riordino in materia di abuso del diritto per fornire maggiori garanzie ai contribuenti con l'obiettivo di creare una norma antiabuso di carattere generale e di determinare con chiarezza i confini di applicazione della norma.

Questa esigenza fu particolarmente sentita anche a livello europeo, tanto è vero che la Commissione Europea è intervenuta sul tema con la Raccomandazione del 6 dicembre 2012, n. 772, trattando la pianificazione fiscale aggressiva. Al considerando n. 8 della citata Raccomandazione, l'Unione Europea chiede agli Stati membri di intervenire prevedendo "una norma antiabuso generale comune intesa anche a evitare la complessità di molte norme diverse". Inoltre, all'interno del punto 4.2 della stessa, l'UE descrive l'abuso del diritto come

⁶³ Sezioni Unite, sentenza n. 30055/2008, punto 2.2.

⁶⁴ Andriola M., *Cass., SS.UU., nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008 – Abuso del diritto: necessità di un intervento legislativo o della Corte Costituzionale*, Il Fisco, 6 aprile 2009, n. 14, pag. 1-2245.

“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”. Definisce la “costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni” come “una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno o un evento” (punto 4.3) caratterizzata dall'essere “artificiosa se manca di sostanza commerciale” (punto 4.4) con la finalità di “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” (punto 4.5).

Alla presente Raccomandazione hanno dovuto adeguarsi i diversi Stati membri, tra cui l'Italia, dove il legislatore intervenne con la Legge delega n. 23 dell'11 marzo 2014, con la quale il Governo italiano fu delegato dal Parlamento ad occuparsi dell'elaborazione di una clausola generale di divieto di abuso del diritto, nel rispetto delle indicazioni europee. In particolare, all'interno dell'articolo 5 della delega, intitolato “Disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale”, si richiedeva al Governo di provvedere a “definire la condotta abusiva” (lettera a), garantendo “la libertà di scelta del contribuente” (lettera b) al fine di “considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali” (lettera b punto 1) e di “escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali” (lettera b punto 2). Inoltre, si è rilevata una particolare attenzione alla difesa del contribuente, nelle lettere d ed f del testo di legge che prevedono, rispettivamente, “a carico dell'amministrazione finanziaria l'onere di dimostrare il disegno abusivo” e “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 contenuto della legge delega fa ben sperare nell'elaborazione di un principio generale antiabuso caratterizzato da maggiori certezze in merito al suo ambito di applicazione, da maggiori e chiare garanzie e tutele al contribuente dando, nel contempo, strumenti efficaci all'amministrazione finanziaria per individuare e “combattere” i comportamenti elusivi⁶⁵.

La legge delega trattata è stata attuata dal Decreto Legislativo n. 128 del 5 agosto 2015 che, attraverso l'articolo 1, ha introdotto l'art. 10-bis all'interno della legge del 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente) che abroga definitivamente l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

L'articolo 10-bis rappresenta una clausola generale antiabuso a tutti gli effetti, riunendo nel solo termine “abuso del diritto” il concetto di abuso e di elusione fiscale. Tanto è vero che la

⁶⁵ Sul punto, Scuffi M., *Verso la codificazione dell'abuso del diritto*, 2015, pag. 3.

differenza principale rispetto all'articolo 37-bis riguarda la non previsione di una elencazione tassativa di operazioni considerate elusive ma descrive i requisiti che queste devono possedere per essere considerate tali, ampliando notevolmente il panorama di atti, fatti e contratti⁶⁶ rientranti nella fattispecie di abuso del diritto.

All'interno del primo comma descrive le operazioni elusive come "una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti" mantenendole inopponibili all'amministrazione finanziaria. Questo significa che le operazioni effettuate rimangono sempre valide dal punto di vista civilistico e vengono considerate nulle dal punto di vista tributario⁶⁷. Da questa definizione è possibile scorgere come il legislatore identifichi l'abuso del diritto sulla base di tre aspetti principali: l'assenza di sostanza economica nelle operazioni effettuate, il conseguimento di un vantaggio fiscale indebito e il carattere essenziale del vantaggio fiscale ottenuto⁶⁸.

Il terzo comma del presente articolo si presenta in "armonia" con quanto già previsto nel precedente articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 in quanto esclude l'ipotesi di operazioni elusive quando esse siano state poste in essere per valide ragioni extrafiscali non marginali, la cui prova rimane a carico del contribuente (nono comma dell'articolo 10-bis).

Sempre in linea con l'articolo 37-bis, il nono comma prevede l'onere probatorio della "sussistenza della condotta abusiva" a carico dell'amministrazione finanziaria che non può, comunque, rilevarla d'ufficio. In ambito di abuso del diritto si potrebbe parlare più correttamente di "onere di allegazione"⁶⁹ più che di onere della prova, in quanto l'amministrazione finanziaria presenta dei documenti a sostegno della tesi che l'operazione effettuata sia un'operazione elusiva ma, per accertare che ci sia stato effettivamente un vantaggio fiscale indebito, si effettuano delle valutazioni, dei ragionamenti sulla base della documentazione allegata.

Nonostante come, in un primo impatto, possa sembrare la previsione normativa che risolve tutti i problemi riscontrati dai precedenti interventi legislativi (articolo 10 della legge n. 408/1990 e articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973), non è tutto oro quel che luccica.

L'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 da una parte, essendo una clausola generale, prevede una definizione normativa molto ampia in cui vi rientrano molteplici operazioni elusive

⁶⁶ Si veda, articolo 10-bis legge n. 212/2000, secondo comma, lettera a, che descrive "le operazioni prive di sostanza economica" come "i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali."

⁶⁷ Scuffi M., *La codificazione dell'abuso del diritto secondo il D.Lgs. n. 128/2015*, Rivista diritto tributario, fascicolo 4, 2015.

⁶⁸ Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, Il Fisco, n. 23, 2015.

⁶⁹ Procopio M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, Diritto e Pratica Tributaria, fascicolo n. 4, 2019.

applicandosi a quasi tutte le tipologie di tributi⁷⁰ ma, dall'altra, cerca di restringere il campo di applicazione attraverso la previsione specifica di requisiti che tali operazioni devono possedere per essere considerate elusive⁷¹. Il risultato finale è un testo normativo che segue un "doppio binario" in cui da una parte si allarga per comprendere al suo interno più fattispecie e dall'altra si restringe per farne rientrare solo alcune di esse.

Inoltre, ha indubbiamente aiutato gli operatori del settore (tra cui, in particolar modo, i giudici)⁷² con nuovi strumenti per il loro lavoro di interpretazione delle norme, ma avrebbe dovuto garantire maggiore certezza nei rapporti tra Fisco e contribuente e non si può dire che abbia raggiunto questo obiettivo: la definizione di abuso del diritto al primo comma e la descrizione dei requisiti delle operazioni elusive al secondo comma sono descritti in modo vago ed astratto e questo permette, all'amministrazione finanziaria, di agire con un ampio potere discrezionale, a scapito del contribuente⁷³.

1.5 I presupposti costitutivi della fattispecie elusiva: assenza di sostanza economica e la presenza di vantaggi fiscali indebiti

Il primo comma dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 descrive l'abuso del diritto come "una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti", da cui si possono trarre i due presupposti che caratterizzano le operazioni elusive: l'assenza di sostanza economica e il realizzo (essenziale) di vantaggi fiscali indebiti.

Il presupposto della mancanza di sostanza economica è stato ripreso dal legislatore dalla giurisprudenza italiana degli anni precedenti. In particolare, in una delle sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite, la n. 30055/2008, la Corte introduce questo requisito come una strumentalizzazione delle norme fiscali, ovvero un "utilizzo distorto, (...), di strumenti

⁷⁰ L'articolo 10-bis in oggetto non si applica alle imposte doganali così come previste dal Decreto Legislativo n. 128/2015 che l'ha introdotto all'interno dello Statuto dei Diritti del Contribuente: "4. I commi da 5 a 11 dell'articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000 non si applicano agli accertamenti e ai controlli aventi ad oggetto i diritti doganali di cui all'articolo 34 del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, che restano disciplinati dalle disposizioni degli articoli 8 e 11 del decreto legislativo 8 novembre 1990, n. 374, e successive modificazioni, nonché dalla normativa doganale dell'Unione europea".

⁷¹ Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, *op. cit.*, 2015.

⁷² Gallo F., *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, *Rassegna Tributaria*, fascicolo n. 4, 2016.

⁷³ Procopio M., *op. cit.* Cfr. con Tortorelli M., *op. cit.*, in cui rileva che siano comunque previste delle disposizioni, sempre all'interno dell'articolo 10-bis, a favore del contribuente per ponderare l'ampio potere discrezionale lasciato all'amministrazione finanziaria, come il quarto comma dell'articolo in oggetto che prevede la libertà del contribuente di scegliere "tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale", sottolineando come il contribuente possa "legittimamente perseguire un risparmio d'imposta esercitando la propria libertà di iniziativa economica e scegliendo tra gli atti, fatti e i contratti meno onerosi sotto il profilo impositivo" come cita la Relazione illustrativa dello *schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*.

giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione”.

Nell'articolo 10-bis, al secondo comma, il legislatore descrive l'assenza di sostanza economica come l'inidoneità di atti, fatti e contratti a “produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”. Le operazioni elusive si classificano come tali nel momento in cui vengono poste in essere esclusivamente per fini fiscali e senza rilevare nessun altro scopo extrafiscale⁷⁴ e quando avrebbero potuto essere eseguite attraverso delle operazioni più lineari per raggiungere gli obiettivi economici desiderati⁷⁵.

La presenza di questo presupposto va dimostrato dall'amministrazione finanziaria attraverso il confronto tra la forma (ovvero l'atto o il fatto giuridico utilizzato per compiere l'operazione) e l'obiettivo economico che si voleva raggiungere attraverso il compimento di quell'azione (se la finalità è esclusivamente fiscale oppure anche extrafiscale)⁷⁶.

L'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 continua nella sua descrizione dell'assenza di sostanza economica al secondo comma lettera a) indicando, a titolo esemplificativo, alcuni “indici di mancanza di sostanza economica” tra cui “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”⁷⁷. I due esempi riportati dal legislatore sono quelli già indicati alle lettere a) e b) della Raccomandazione della

⁷⁴ Tra le operazioni prive di sostanza economica vi rientrano le operazioni cosiddette “circolari” che, in Assonime, *La disciplina sull'abuso del diritto*, 2016, vengono descritte come “gli atti posti in essere non determinano una modificazione significativa dell'assetto giuridico economico preesistente del contribuente e le scelte compiute determinano, in sostanza, effetti prettamente fiscali. (...) il risultato fiscale coincide con quello economico ed è questo stesso risultato che, ove si ponga in contrasto con la *ratio* delle norme tributarie o con i principi, viene a qualificarsi come vantaggio tributario indebito”. Le operazioni circolari vengono citate anche dalla Raccomandazione della Commissione Europea, del 6 dicembre 2012, *Pianificazione fiscale aggressiva*, 2012/772/UE, punto 4.4, lettera d), ma non vengono richiamate dal legislatore italiano all'interno dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000.

⁷⁵ Come si può riscontrare nel parere dell'Agenzia delle Entrate espresso nella risposta n. 242 del 5 agosto 2020 in cui si è valutata una possibile situazione di abuso del diritto nella fattispecie di creazione di una Newco, cessione di partecipazioni da Alfa a Newco ed infine un'operazione di fusione inversa tra la società veicolo e Alfa. Nel caso specifico, l'Agenzia delle Entrate ha sottolineato come “l'articolata serie di operazioni prospettate – ossia, la cessione delle partecipazioni, previamente, rivalutate, da parte dei soci superstiti a un veicolo societario da loro partecipato oltre che dal socio entrante e la susseguente incorporazione del veicolo, dopo l'acquisto delle predette partecipazioni, da parte della società ceduta – appare priva di sostanza economica, in quanto inidonea a produrre effetti significativi diversi dai descritti vantaggi fiscali.

Infatti, (...), il predetto obiettivo economico potrebbe essere direttamente raggiunto mediante il recesso tipico dei suddetti soci limitatamente alla quota-parte di partecipazione oggetto di recesso, (...).

Il disegno prospettato comporta perciò un numero superfluo di negozi giuridici, il cui perfezionamento non è coerente con le normali logiche di mercato.”

⁷⁶ Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, op. cit., pag. 2207, in cui l'Autore spiega chiaramente che, per comprendere la presenza o meno della caratteristica della sostanza economica si deve rispondere alle domande: “la strumentazione giuridica impiegata è adeguata (normale) rispetto all'obiettivo economico che si voleva conseguire? Quali effetti significativi ha prodotto quella operazione? Si tratta di effetto di tipo fiscale o extrafiscale?”.

⁷⁷ Tortorelli M., op. cit., pag. 67-68, l'Autore spiega cosa significa “normali logiche di mercato”, precisando che un'operazione viene considerata elusiva in questa ipotesi se crea un “danno agli altri operatori del diritto di iniziativa economica in regime di concorrenza” ovvero se “lesiva di una corretta attività concorrenziale”.

Commissione Europea del 6 dicembre 2012 n. 772 anche se quest'ultima prevede un elenco di ipotesi di "assenza di sostanza commerciale" decisamente più ampia⁷⁸. La scelta del legislatore italiano, di riportare solo queste due esemplificazioni, potrebbe essere motivata dalla volontà di richiamare le ipotesi che potevano creare maggiore incertezza rispetto alle altre già specificate in modo più chiaro dalla Commissione Europea⁷⁹ e dalla volontà di creare, nell'articolo 10-bis, una vera clausola generale antiabuso estrapolando, quindi, solo le ipotesi applicabili a diversi ambiti dell'ordinamento tributario e non solo alle imposte sui redditi di cui tratta la Raccomandazione 2012/772/UE⁸⁰.

E' corretto aggiungere che queste esemplificazioni sono denominate "indici" all'interno della norma, questo perché sono elementi indiziari e non vincolanti che danno la possibilità, in sede di giudizio o in sede di istruttoria, di provare la loro assenza nelle operazioni poste in essere dal contribuente se quest'ultimo dimostra di aver agito sulla base di valide ragioni extrafiscali (terzo comma, articolo 10-bis legge n. 212/2000)⁸¹.

Ciò che si può affermare con certezza è che il presupposto di assenza di sostanza economica, preso singolarmente, non può identificare una fattispecie elusiva ed è per questo che il legislatore ha introdotto un secondo presupposto: la realizzazione (essenziale) di vantaggi fiscali indebiti descritti all'interno del secondo comma lettera b) dell'articolo 10-bis come "benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario"⁸².

In merito a questo secondo requisito, il vantaggio fiscale indebito, riportato dal legislatore nella nuova disciplina antiabuso, era già presente nell'articolo 37-bis del D.P.R. n.

⁷⁸ Infatti, il punto 4.4 della Relazione in oggetto prevede: "Ai fini del punto 4.2 una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale. Per determinare se la costruzione o la serie di costruzioni è artificiosa, le autorità nazionali sono invitate a valutare se presenta una o più delle seguenti condizioni: a) la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme; b) la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale; c) la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente; d) le operazioni concluse sono di natura circolare; e) la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa; f) le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali."

⁷⁹ Della Valle E., Ficari V., Marini G., *op. cit.*, pag. 9.

⁸⁰ Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, *op. cit.*, pag. 2210.

⁸¹ Assonime, *op. cit.*, pag. 71.

⁸² Una definizione simile la si riscontra all'interno nella Direttiva UE 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016, *Recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, articolo 6, che, in ambito di imposta dovuta dalle società prevede: "(...) gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti."

600/1973⁸³. Inoltre, la definizione che il legislatore ha riportato all'interno dello Statuto dei diritti del contribuente è coerente con quanto previsto sia dalla Raccomandazione 2012/772/UE che al punto 4.5 prevedeva che “ai fini del punto 4.2, la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiali 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”, sia con la legge delega n. 23/2014 in cui, al primo comma lettera b) punto 1, richiedeva al Governo di “considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva”.

In sostanza, questo secondo presupposto dell'operazione elusiva può essere spiegato come un aggiramento delle norme fiscali previste dall'ordinamento tributario utilizzando delle “scappatoie formalmente legittime”⁸⁴ per ottenere un vantaggio non riconosciuto e disapprovato dal sistema normativo.

Il legislatore richiede all'amministrazione finanziaria di valutare, ai fini di identificare o meno la fattispecie elusiva, la *ratio*⁸⁵ della norma tributaria riguardante il tributo oggetto dell'operazione⁸⁶ per confrontarla con il risultato conseguito dal contribuente attraverso gli atti o fatti che ha posto in essere⁸⁷. Se l'operazione economica posta in essere dal contribuente non è coerente con la *ratio* della norma, il risultato conseguito può essere classificato come un vantaggio fiscale indebito.

Per chiarezza concettuale, la *ratio* di una norma fiscale è l'interesse che quest'ultima intende tutelare, riguarda il fatto o i fatti economici che il tributo ha l'obiettivo di colpire e costituisce la funzione e la ragione d'essere della norma tributaria⁸⁸. Non è di facile identificazione in quanto non corrisponde sempre esattamente al testo letterale della norma, specificando che si deve valutare la *ratio* delle norme dell'ordinamento tributario che hanno permesso (attraverso il loro raggio) al contribuente di ottenere il vantaggio fiscale indebito. Inoltre, rispecchiando anche l'ordine letterale con cui è stata scritta la definizione all'interno della norma, l'amministrazione finanziaria dovrebbe prima far riferimento alla *ratio* della norma e

⁸³ Articolo 37-bis D.P.R. n. 600/1973, primo comma: “(...) diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.”

⁸⁴ Commissione Parlamentare Consultiva in materia di riforma fiscale, *Relazione allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni*, 1997, pag. 7.

⁸⁵ Sul tema è intervenuta in modo esaustivo Assonime, *op. cit.* e Miele L., *I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto*, Corriere Tributario, n. 38, 2016, 2885-2890.

⁸⁶ Ingraio G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, Diritto e Pratica Tributaria, fascicolo n. 4, 2016, 1453.

⁸⁷ Assonime, *op. cit.*, pag. 66. Inoltre, l'associazione specifica a pag. 58: “se, infatti, è possibile riscontrare una coerenza del risultato con la *ratio* della norma applicata, questo elemento è quanto basta per concludere che il vantaggio conseguito sia legittimo e non possa essere disconosciuto”.

⁸⁸ Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, decima edizione riveduta*, CEDAM, 2017, pag. 86.

successivamente, nelle ipotesi in cui si ritenga che il confronto con il risultato conseguito sia poco significativo per la difficoltà di ricostruire la *ratio* della norma aggirata, si fa riferimento ai principi generali dell'ordinamento⁸⁹.

Oltre al confronto con la *ratio* normativa, è necessario effettuare una comparazione tra l'operazione posta in essere dal contribuente e un'altra operazione per definire la presenza o meno del vantaggio fiscale. La dottrina, in particolare, si è interrogata su quale potesse essere il criterio di confronto migliore da utilizzare. Alcuni sostengono che sia migliore un criterio di tipo esclusivamente giuridico, altri un criterio esclusivamente economico ed altri ancora ritengono che sarebbe più opportuno un criterio a metà tra questi due estremi. Il metodo più idoneo sembrerebbe quest'ultimo, definito "intermedio". Questo perché il criterio puramente economico è "eccessivamente elastico, impreciso"⁹⁰ e non darebbe la corretta rilevanza agli effetti giuridici delle operazioni poste in essere dal contribuente⁹¹. D'altro canto, il criterio giuridico differenzia tutte le operazioni confrontabili tra loro e questo comporterebbe la difficoltà di non riuscire mai a riscontrare un vantaggio fiscale dal punto di vista dell'abuso del diritto.

Per questo si ritiene più idoneo proseguire con un criterio "di mezzo", in cui rimane rilevante il profilo giuridico considerato che il nostro ordinamento tributario è legato al principio di riserva di legge dell'articolo 23 Cost. che ci pone i limiti d'azione sui quali si muove il legislatore per individuare i criteri idonei per il confronto tra operazione elusa ed operazione elusiva; rimane altrettanto rilevante il profilo economico in quanto l'ordinamento tributario (e il confronto in questione) si basa sulla "sostanza sotto forma di reddito, di patrimonio, di spese ecc..., in funzione della loro tassazione attraverso gli schemi giuridici elaborati dal diritto"⁹².

Ritengo doveroso sottolineare come non si dovrebbe commettere l'errore di "etichettare" come operazioni elusive tutte le operazioni, compiute dal contribuente, che comportano un minor carico fiscale. Infatti, come prevede il quarto comma dell'articolo 10-bis, il contribuente ha la libertà di poter scegliere tra il regime fiscale che meglio preferisce, anche se questo prevede una minore incidenza fiscale⁹³. Inoltre, anche se il vantaggio tributario è

⁸⁹ Miele L., *op. cit.*, 2887.

⁹⁰ Beghin M., *Elusione e abuso del diritto*, Enciclopedia Treccani, Diritto on line, 2014, 7.

⁹¹ Beghin M., *Elusione e abuso del diritto*, *op. cit.*, propone un'esemplificazione che ne chiarisce il concetto: se si confronta la cessione delle partecipazioni di controllo e la cessione dell'azienda, dal punto di vista economico esse sembrano essere uguali in quanto raggiungono il medesimo risultato solo con modalità differenti (in modo diretto o indiretto); ma se si valutano dal punto di vista giuridico sono operazioni molto diverse tra loro, in quanto con la cessione delle partecipazioni di controllo ci si "spoglia" del proprio bene ma anche della propria qualifica di socio e chi le acquista diventa proprietario del complesso di beni ma anche azionista di controllo.

⁹² Beghin M., *Elusione e abuso del diritto*, *op. cit.*, 8.

⁹³ Come viene riportato anche in Beghin M., *Ancora equivoci sul concetto di vantaggio fiscale elusivo e sulla sua inopponibilità al Fisco*, Corriere Tributario, 2015, 897-899.

stato conseguito attraverso l'aggiramento di una norma tributaria, non significa che ci sia obbligatoriamente una fattispecie elusiva in quanto l'operazione potrebbe essere sorretta da valide ragioni extrafiscali⁹⁴. Da ciò deriva che l'amministrazione finanziaria deve confrontare attentamente l'operazione elusa (ovvero l'operazione che avrebbe dovuto porre in essere il contribuente in modo lineare e diretto) con l'operazione elusiva (ovvero l'operazione che il contribuente ha compiuto aggirando le norme tributarie). Questo in quanto, nonostante siano operazioni diverse nelle modalità operative, permettono di raggiungere il medesimo risultato economico-giuridico⁹⁵ con la differenza che, nell'operazione elusiva, il vantaggio ottenuto è contrario rispetto alla *ratio* normativa e ai principi dell'ordinamento tributario, ovvero è indebito.

Il carattere indebito del vantaggio fiscale conseguito, pertanto, riguarda il "tradimento" dello spirito delle disposizioni normative, dando vita ad un beneficio non previsto dall'ordinamento tributario⁹⁶.

Per poter individuare lo spirito della norma, ed in particolare delle norme tributarie, è necessario fare riferimento all'articolo 12 delle preleggi (soprattutto il primo comma). Lo spirito di una disposizione tributaria corrisponde alla "ragione sufficiente" che giustifica l'emanazione della norma stessa e senza la quale il legislatore non l'avrebbe mai emanata⁹⁷. Individuare questo spirito nella norma significa comprenderne il suo vero contenuto, lo scopo per il quale il legislatore l'ha realizzata.

Per connotare una fattispecie di abuso del diritto, il legislatore ha sottolineato come il vantaggio fiscale ottenuto debba essere, oltre che indebito, essenziale⁹⁸. Il carattere di essenzialità riguarda la finalità dell'atto o fatto eseguito: il vantaggio fiscale indebito deve rappresentare l'obiettivo prevalente ma non esclusivo dell'operazione svolta⁹⁹. Ciò significa che, senza la finalità fiscale di riduzione del carico tributario, il contribuente non avrebbe mai posto in essere quell'operazione.

⁹⁴ Tabellini P., *L'elusione della norma tributaria*, Giuffrè Editore, 2007, pag. 253.

⁹⁵ Beghin M., *L'elusione tributaria tra sviste interpretative sul concetto di "aggiramento" e conseguenti fenomeni di "illusione ottica" quanto all'asistematicità dei vantaggi fiscali conseguiti*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo n. 5, 2007, 238. Come sottolinea l'Autore, questo è un passaggio di notevole importanza considerando che l'amministrazione finanziaria dovrà applicare l'imposta sull'operazione elusa privando l'operazione elusiva di tutti gli effetti tributari che ha generato. Cfr. Tesaro F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, Diritto e Pratica Tributaria, n. 4, 2012, con simili argomentazioni.

⁹⁶ Manoni E., *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, Diritto e Pratica Tributaria, n. 1, 2019, 260.

⁹⁷ G. Falsitta, *Manuale di Diritto Tributario, decima edizione, op. cit.*, pag. 185.

⁹⁸ Articolo 10-bis legge n. 212/2000, primo comma: "(...) realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti".

⁹⁹ Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, n. 163, 2015.

Rispetto all'articolo 5 della legge delega n. 23/2014, che richiedeva di inquadrare i vantaggi fiscali indebiti come "causa prevalente dell'operazione abusiva", il legislatore, nell'articolo 10-bis ha rafforzato maggiormente il concetto utilizzando l'avverbio "essenzialmente"¹⁰⁰. Il legislatore, in questo modo, ha deciso di mantenere una "posizione di compromesso dicendo (...) qualcosa di più di "prevalente", ma sicuramente meno di "esclusivo"¹⁰¹.

Sia l'aggettivo "prevalente" sia l'aggettivo "essenziale" consentono, all'amministrazione finanziaria e ai giudici, di godere di un ampio potere discrezionale in merito. Sicuramente questa marginalità si è ridotta con l'introduzione del carattere "essenzialmente" nell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 ma è comunque rimasta notevole. Questo ha sollevato numerose critiche a riguardo¹⁰² ed è intervenuta anche la Corte di Giustizia con la sentenza del 21 febbraio 2008, C-425/06 (*Part Service*) in cui viene ribadito il carattere essenziale del vantaggio fiscale indebito e non esclusivo¹⁰³.

Dallo scenario prospettato si ritiene di dover accogliere sia la tesi che l'abuso del diritto si identifica nelle operazioni economiche poste in essere esclusivamente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito, sia la tesi che la fattispecie elusiva si riscontra nelle operazioni concluse in modo "prevalente" (o "essenziale") per ottenere un vantaggio fiscale in aggiunta ad altre finalità conseguite con la medesima operazione¹⁰⁴.

Un altro aspetto rilevante in merito a questo presupposto è il suo collegamento al primo requisito che abbiamo trattato ovvero l'assenza di sostanza economica. Questo in quanto il vantaggio fiscale indebito non si può ritenere totalmente autonomo dalla mancanza di sostanza economica dell'operazione. Abbiamo già sottolineato in precedenza come l'assenza di sostanza economica riguardi l'inidoneità dell'operazione di produrre effetti diversi da quelli fiscali e il vantaggio fiscale indebito rappresenta il risultato conseguito (riduzione del carico fiscale) attraverso l'operazione, considerato "prevalente" rispetto ad altre finalità sulla

¹⁰⁰ Il legislatore, nell'intenzione di rafforzare l'importanza del vantaggio fiscale indebito, ha rispettato anche la Raccomandazione della Commissione Europea, *op. cit.*, dove, nel punto 4.6, specifica: "ai fini del punto 4.2, una data finalità deve essere considerata fondamentale 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."

¹⁰¹ Gallo F., *op. cit.*

¹⁰² Sul punto si veda Procopio M., *op. cit.*, 1469-1470, che sottolinea come il legislatore italiano, così facendo, non diminuirà i contenziosi tributari tra i contribuenti e l'amministrazione finanziaria visto che quest'ultima potrà definire un'operazione elusiva sul presupposto che il raggiungimento di un vantaggio fiscale indebito rappresenti il fine essenziale dell'operazione svolta. Inoltre, si interroga sul motivo per cui il legislatore non abbia preso spunto dalla sentenza francese n. 685 del 29 dicembre 2013 in cui si specifica che "la condotta elusiva" è "il comportamento diretto all'esclusivo scopo di eludere o ridurre l'onere fiscale".

¹⁰³ Sentenza del 21 febbraio 2008, C-425/06, punto 45: "Occorre quindi risolvere la prima questione proposta dichiarando che la sesta direttiva deve essere interpretata nel senso che l'esistenza di una pratica abusiva può essere riconosciuta qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell'operazione o delle operazioni controverse".

¹⁰⁴ Scuffi M., *op. cit.*, 242.

medesima operazione svolta. In quest'ultimo presupposto, quindi, si dà luce alla finalità fiscale che si è raggiunta con quella operazione oscurando gli altri obiettivi conseguiti.

Orbene, da questo breve ragionamento si potrebbe cogliere la possibilità che, sia l'assenza di sostanza economica sia il vantaggio fiscale indebito, trattino lo stesso fenomeno (ovvero l'inidoneità a produrre effetti significativi extrafiscali) attraverso delle modalità diverse, rappresentando, quindi, due facce della stessa medaglia¹⁰⁵.

In conclusione, ciò che appare dall'approfondimento sul tema è la non inopponibilità all'amministrazione finanziaria di questi vantaggi fiscali indebiti in caso che questi siano non essenziali, siano stati conseguiti in operazioni caratterizzate da sostanza economica e se il contribuente dimostra di aver realizzato un atto o un fatto per valide ragioni extrafiscali. Sono invece opponibili, in via residuale, nelle altre ipotesi non comprese in queste sopra indicate¹⁰⁶ a dimostrazione, ancora una volta, dell'ampio potere d'azione lasciato agli operatori del settore.

1.6 Confronto tra abuso del diritto, evasione fiscale e risparmio legittimo d'imposta

L'abuso del diritto si colloca al centro tra la fattispecie dell'evasione fiscale e quella del risparmio legittimo d'imposta ricoprendo un ruolo di "cuscinetto"¹⁰⁷ tra queste due figure.

La sua collocazione centrale viene rilevata anche all'interno del contesto normativo in cui, all'interno dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000, al quarto comma, il legislatore sottolinea la libertà del contribuente di poter scegliere il regime fiscale che preferisce tra quelli previsti dall'ordinamento tributario anche se ciò comporta una riduzione del carico fiscale e al dodicesimo comma prevede che "in sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie".

La disposizione qui sopra richiama ad un vero e proprio "divieto assoluto"¹⁰⁸ da parte dell'amministrazione finanziaria di rilevare una fattispecie elusiva quando si trovi di fronte una condotta riguardante un illecito tributario, ovvero in caso di evasione fiscale¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Assonime, *op. cit.*, 72.

¹⁰⁶ Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, *op. cit.*, 2207 e ss.

¹⁰⁷ Tortorelli M., *op. cit.*, 35.

¹⁰⁸ Contrino A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 2016, 1418.

¹⁰⁹ Tabellini P., *L'elusione della norma tributaria*, *op. cit.*, 21. L'Autore definisce l'evasione d'imposta come "violazione della norma che comporti sottrazione di materia imponible al prelievo fiscale. Ad essa l'ordinamento reagisce con il recupero dell'imposta evasa, maggiorata degli interessi moratori e con l'irrogazione della sanzione anche penale".

E se così facesse, quindi se rilevasse comunque l'abuso del diritto in una situazione di evasione, allora il suo "atto impositivo" sarebbe "parimenti illegittimo"¹¹⁰.

Orbene, per evitare questi errori di inquadramento giuridico è necessario comprendere in cosa differisce l'elusione fiscale rispetto all'evasione fiscale. Nella fattispecie di evasione il contribuente occulta i fatti economici, ovvero nasconde una ricchezza (tutta o solo in parte) incidendo sull'ammontare complessivo della materia imponibile che si riduce e ciò comporta una conseguente riduzione o azzeramento dell'imposta che dovrebbe versare secondo quanto previsto dalla legge¹¹¹. In questo caso il contribuente nasconde volontariamente situazioni economiche all'amministrazione finanziaria anche se quest'ultime si sono veramente realizzate nella realtà, con lo scopo di ridurre o azzerare il carico fiscale. In questo caso l'amministrazione finanziaria dovrebbe procedere con l'irrogazione della sanzione e il recupero dell'intero tributo dovuto su quella ricchezza non dichiarata¹¹².

E' importante ricordare come anche nell'elusione fiscale si realizza una riduzione dell'imposta che il contribuente dovrebbe versare. Tanto è vero che la riduzione dell'onere fiscale rappresenta la caratteristica in comune tra l'abuso del diritto e l'evasione fiscale con la differenza, però, che nell'ambito dell'elusione, l'amministrazione finanziaria richiede al contribuente una maggiore imposta sulla condotta che non ha posto in essere nella realtà ma che avrebbe dovuto porre in essere se non avesse aggirato la norma tributaria¹¹³.

Dopo aver compreso le due nozioni ci ricollegiamo a quanto già detto in precedenza: se la condotta del contribuente in esame all'amministrazione finanziaria prevede la violazione di una norma tributaria, non è possibile procedere facendo riferimento all'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 (né esclusivamente né "in aggiunta"), altrimenti, se così fosse, l'accertamento è da ritenersi illegittimo¹¹⁴. Questo perché "evasione ed elusione non sono fattispecie complementari, ma alternative"¹¹⁵.

¹¹⁰ Contrino A., *op. cit.*, 1418.

¹¹¹ Beghin M., *I "complementari" concetti di evasione ed elusione tributaria in un recente arresto giurisprudenziale*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo 4, 2008, 292. Cfr. Beghin M., *Elusione e abuso del diritto*, *op. cit.*

¹¹² Tabellini P., *Elusione fiscale, Risparmio d'imposta, evasione ed elusione*, Enciclopedia del Diritto, 1999.

¹¹³ Beghin M., *Elusione e abuso del diritto*, *op. cit.*, 2, in cui l'Autore spiega come "l'Amministrazione finanziaria manda a tassazione, attraverso il proprio provvedimento impositivo, un'altra operazione: si tratta dell'operazione "elusa", vale a dire quella che il contribuente, nel ricercare il percorso a lui più favorevole, si è guardato bene dal realizzare".

¹¹⁴ Contrino A., *op. cit.*, 1419.

¹¹⁵ Beghin M., *I "complementari" concetti di evasione ed elusione tributaria in un recente arresto giurisprudenziale*, *op. cit.*, 297. Sul punto anche la Relazione illustrativa dello *schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, n. 163, 2015, in cui, commentando il dodicesimo comma dell'articolo 10-bis, viene sottolineato che "la disciplina dell'abuso del diritto ha applicazione solo residuale rispetto alle disposizioni concernenti la simulazione o i reati tributari, in particolare, l'evasione e la frode: queste fattispecie vanno perseguite con gli strumenti che l'ordinamento già offre."

Tutto quanto appena esposto rimane sempre valido, anche se si sollevano alcuni dubbi in merito alla loro distinzione nell'ambito delle sanzioni inflitte. All'interno dell'articolo 10-bis, al tredicesimo comma, il legislatore definisce che l'abuso del diritto non ha rilevanza penale ma che rimangono salve le sanzioni amministrative tributarie. Il problema è che, in questo modo, si collocano sullo stesso piano elusione ed evasione anche se hanno una natura totalmente diversa: come abbiamo già detto, l'evasione fiscale comporta un illecito, una violazione delle norme tributarie ed è corretto che vengano inflitte delle sanzioni di questo tipo. Ma l'elusione riguarda un aggiramento delle norme non una loro violazione ed è per questo che non è possibile applicare, a questa fattispecie, le medesime sanzioni che vanno applicate nei casi di violazione di norme fiscali. Sarebbe corretto prevedere un sistema differenziato da questo punto di vista, in modo da assicurare a ciascuna fattispecie la punizione più corretta¹¹⁶.

Riprendendo il quarto comma dell'articolo 10-bis¹¹⁷, dopo aver adeguatamente escluso l'ipotesi di evasione fiscale, non necessariamente ci si potrebbe trovare davanti ad una condotta elusiva. Questo perché l'amministrazione finanziaria deve procedere ad effettuare un ulteriore inquadramento giuridico per escludere l'ipotesi del risparmio legittimo d'imposta. Si connota quest'ultima fattispecie nel momento in cui il contribuente sceglie un regime tributario caratterizzato da una minore incidenza fiscale, rispetto ad altri proposti dalla legge, che comunque assicura il raggiungimento dei medesimi risultati economici e giuridici, nel rispetto dell'articolo 41 Cost. che richiama il principio della libertà di iniziativa economica¹¹⁸. Viene definito "legittimo" in quanto rispetta pienamente la *ratio* della norma tributaria applicata, senza aggirarla o violarla¹¹⁹. Si può parlare di liceità quando il risparmio d'imposta è la conseguenza di comportamenti previsti dallo stesso legislatore attraverso la facoltà di

¹¹⁶ Vd. Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, *op. cit.*, 2210-2211. Sull'argomento anche Tabellini P., *L'elusione della norma tributaria*, *op. cit.*, 24, in cui l'Autore sottolinea: "Ma ove si accertasse che alle fattispecie elusive siano applicabili le ordinarie sanzioni, amministrative e/o penali, bisognerebbe anche porsi il problema dell'utilità di considerare ancora l'elusione d'imposta come fattispecie distinta da quella dell'illecito tributario, anche per via della modesta rilevanza delle diversità che residuerebbero".

¹¹⁷ Articolo 10-bis legge n. 212/2000, quarto comma: "Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale".

¹¹⁸ Un esempio è quello riportato dallo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente* del 2015 in cui viene spiegato come il contribuente, con l'obiettivo di concludere la propria attività d'impresa, può scegliere liberamente tra un'operazione di liquidazione e un'operazione di fusione. Hanno dei regimi fiscali diversi perché l'operazione di fusione è neutra da questo punto di vista, ma consentono entrambe di raggiungere il medesimo scopo e il legislatore le pone "sullo stesso piano" senza prevedere la preferenza di una sull'altra.

¹¹⁹ Contrino A., *op. cit.*, 1422. Vd. Anche Tabellini P., *op. cit.*, in cui l'Autore sottolinea come il risparmio legittimo d'imposta si deve considerare anche "socialmente utile, poiché realizza le finalità che l'ordinamento ritiene meritevoli".

scelta di quale condotta operare tra tutte quelle legittime previste dall'ordinamento tributario¹²⁰.

La definizione del risparmio legittimo d'imposta è fortemente collegata alla nozione di "pianificazione fiscale" con la quale si fa riferimento alle scelte che compie il contribuente nell'effettuare un'operazione che comporta un minor carico fiscale rispetto ad altre nel pieno rispetto delle norme tributarie. Sono fattispecie previste e riconosciute come legittime all'interno dell'ordinamento e, come abbiamo già visto¹²¹, l'amministrazione finanziaria non può obbligare il soggetto passivo d'imposta ad eseguire un'operazione, un atto o un fatto rispetto ad altri. L'unico vincolo a questa libertà di scelta è rappresentato dal rischio che il contribuente ponga in essere una condotta contraria alle norme tributarie e ai principi dell'ordinamento, acquisendo in questo modo dei vantaggi fiscali indebiti¹²².

Da ciò è possibile dedurre che, la linea di divisione tra l'abuso del diritto e il risparmio legittimo d'imposta è caratterizzato dall'"indebito" risparmio fiscale ottenuto¹²³: se l'amministrazione finanziaria vuole dimostrare la presenza di elusione fiscale in una determinata operazione economica posta in essere dal contribuente deve dimostrare il vantaggio fiscale indebito che quest'ultimo ha raggiunto attraverso l'aggiramento della *ratio* delle norme fiscali e dei principi generali dell'ordinamento tributario¹²⁴. Questo "confine", così rappresentato, risulta oltremodo fragile in quanto "è proprio la ricerca del risparmio d'imposta, ad ogni costo, che alimenta il germe dell'elusione"¹²⁵.

Abuso del diritto e risparmio legittimo d'imposta sono invece accomunati dal fatto di creare una nuova fattispecie, diversa rispetto a quella esistente inizialmente prima di compiere l'operazione, attraverso il compimento di una scelta normativa sulla base delle possibilità offerte dall'ordinamento tributario¹²⁶. Inoltre, sono atti o fatti svolti, entrambi, alla luce del sole e non hanno l'obiettivo di infrangere le norme tributarie come la fattispecie di evasione fiscale¹²⁷.

Per spiegare meglio questi concetti si potrebbe far riferimento ad una esemplificazione molto semplice ma efficace: se si prende di riferimento come imposta il pedaggio autostradale è

¹²⁰ Tabellini P., *L'elusione della norma tributaria*, op. cit., 18.

¹²¹ Vd. quanto previsto all'interno dell'articolo 10-bis legge n. 212/2000 quarto comma e dell'articolo 41 Cost.

¹²² Beghin M., *Elusione e abuso del diritto*, op. cit., 3-6.

¹²³ Vd. Assonime, op. cit., che sui medesimi concetti specifica come abuso del diritto e risparmio legittimo d'imposta si differenziano anche per alcune caratteristiche possedute dall'abuso del diritto che invece non si riscontrano nella fattispecie di risparmio legittimo d'imposta. Infatti, nell'elusione fiscale, la condotta posta in essere dal soggetto passivo d'imposta è un'operazione "artificiosa", ovvero non in linea con le finalità della norma tributaria che il contribuente ha applicato, creando così un comportamento non approvato dall'ordinamento tributario.

¹²⁴ Relazione illustrativa d.lgs. n. 128/2015, op. cit., 11.

¹²⁵ Tabellini P., *L'elusione della norma tributaria*, op. cit., 21.

¹²⁶ Assonime, op. cit., 39.

¹²⁷ Villani M., *Abuso del diritto e riequilibrio del sistema con particolare riguardo al diritto tributario*, Saggi di diritto tributario, Aracne editrice, 2013, 140-141.

possibile suddividere coloro che a) non utilizzano l'autostrada per viaggiare perché preferiscono le strade provinciali e b) chi, sapendo che le ambulanze non pagano il pedaggio, ne utilizza una per trasportare le proprie merci (per esempio un imprenditore edile). Delineato ciò, è chiaro come nell'ipotesi a) c'è un risparmio legittimo d'imposta perché non viene utilizzata l'autostrada ma si sceglie di utilizzare delle strade alternative che non prevedono il pagamento di un pedaggio ed è assolutamente legittimo poter scegliere quale strada condurre per giungere ad una determinata destinazione; nell'ipotesi b), invece, c'è una violazione della *ratio* della norma, in quanto si utilizzano mezzi di soccorso (non adeguati rispetto alla mansione svolta dal soggetto) al solo scopo di ottenere una riduzione d'imposta indebita, in quanto l'imprenditore edile dovrebbe effettuare il pagamento dell'imposta e non sottrarsene perché non rientra nell'ambito dei soccorsi e delle emergenze come la norma prevede¹²⁸.

Orbene, come già sottolineato nelle prime righe di questo paragrafo, la fattispecie elusiva riscontra, quindi, due limiti normativi: da una parte l'evasione fiscale richiamata all'interno del dodicesimo comma dell'articolo 10-bis e dall'altra il risparmio legittimo d'imposta come si denota dal quarto comma dell'articolo 10-bis già citato. Tutto ciò che si può ricondurre tra l'una e l'altra fattispecie rientra nella "zona grigia dell'abuso del diritto"¹²⁹.

Ed è proprio questo il maggiore ostacolo che gli ordinamenti tributari hanno dovuto affrontare: ovvero definire le linee di separazione tra i comportamenti leciti e quelli invece rigettati dal sistema fiscale in quanto non riconosciuti¹³⁰.

E' giusto, però, riconoscere come l'introduzione dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 abbia permesso di delineare in modo più preciso i confini dell'abuso del diritto rispetto ad altre fattispecie che possono configurarsi. Con questa disciplina non è più possibile commettere errori di inquadramento, come considerare delle operazioni elusive anche quando sono state poste in essere nel pieno rispetto dell'ordinamento tributario. L'amministrazione finanziaria deve, comunque, procedere all'individuazione di una fattispecie elusiva con molta attenzione, cercando di inquadrarla come tale solo se sussistono tutti i requisiti richiesti dalla legge e se si possono escludere sia l'evasione fiscale sia il risparmio legittimo d'imposta.

¹²⁸ L'esemplificazione qui riportata è ripresa da Contrino A., *op. cit.* 1423-1424 e da Marcheselli A., *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, Diritto e Pratica Tributaria, n. 5, 2010, 817.

¹²⁹ Tortorelli M., *op. cit.*, 36.

¹³⁰ Tabellini P., *L'elusione della norma tributaria, op. cit.*, 23.

CAPITOLO II

LE VALIDE RAGIONI EXTRAFISCALI NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE D'IMPRESA

Sommario: 2.1 Le valide ragioni economiche; 2.1.1 Le valide ragioni extrafiscali (*ex* valide ragioni economiche) alla luce dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000; 2.2 L'operazione di trasformazione; 2.2.1 Il particolare caso della trasformazione da S.p.a. in S.r.l. agricola; 2.3 L'operazione di scissione e le valide ragioni extrafiscali; 2.3.1 Scissione parziale proporzionale; 2.3.2 Scissione parziale non proporzionale; 2.3.3 Scissione totale; 2.4 Fusione: ipotesi di elusività e valide ragioni extrafiscali;

2.1 Le valide ragioni economiche

Il concetto di valide ragioni economiche venne trattato per la prima volta all'interno dell'articolo 11, primo comma, lettera a) della Direttiva CEE n. 434 del 23 luglio 1990¹³¹ in ambito di operazioni straordinarie d'impresa quali fusione, scissione, conferimenti d'attivo e gli scambi d'azione. All'articolo 11 della presente Direttiva, il Consiglio prevede solamente due tipologie di valide ragioni economiche (“ristrutturazione o razionalizzazione delle attività delle società partecipanti”) collegate alle operazioni in oggetto alla presente Direttiva sopra richiamata. In merito a quanto previsto all'interno di questa disposizione è intervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza del 17 luglio 1997, riferita alla causa C-28/95 (*A. Leur-Bloem*), in cui, al punto 48 della stessa, viene specificato che “la nozione di valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva dev'essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale”, aggiungendo che questa definizione comunitaria è direttamente applicabile nell'ordinamento degli Stati membri se quest'ultimi hanno recepito le disposizioni comunitarie in merito¹³².

Questa formulazione europea ha ispirato il nostro legislatore nella previsione dell'articolo 10 della legge n. 408/1990¹³³.

¹³¹ Articolo 11, primo comma, lettera a) della Direttiva 434/90 prevede: “(...) il fatto che una delle operazioni di cui all'articolo 1 non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali”.

¹³² Associazione Dottori Commercialisti di Milano, *Norma di comportamento n. 147, Nozione di “valide ragioni economiche”*.

¹³³ Di cui riporto il testo: “E' consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale,

Rispetto alla disposizione comunitaria, l'art. 10 ha apportato delle modifiche notevoli: non ha richiamato le due tipologie di valide ragioni economiche e il concetto di perdita del beneficio previsto dalla legge se l'operazione effettuata aveva scopo principale di evasione o di frode. Dall'altra parte, però, anche l'articolo 10 si applica solo alle operazioni straordinarie, mantenendo invariato il panorama di atti e fatti destinatari della disposizione comunitaria. Pertanto, le operazioni destinarie della norma sono rimaste le stesse ma, sostituendo l'espressione comunitaria con "(...) allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta", è come se ne avesse ridotto il campo applicativo¹³⁴.

Sul tema è intervenuto anche il Secit (Servizio Centrale degli Ispettori Tributarî) con la "delibera" n. 105 del 5 luglio 1994, con la quale si accentua l'importanza, direi quasi fondamentale, del ruolo delle valide ragioni economiche espone nell'articolo 10 della legge n. 408/1990. Nel documento in oggetto si specifica come questo esimente dovrebbe avere efficacia anche se non fosse scritto in quanto è presente in qualsiasi norma antiabuso, sottolineando il forte legame tra l'assenza delle valide ragioni economiche e lo scopo del vantaggio fiscale definendoli "due facce della stessa medaglia"¹³⁵. A rafforzamento dell'idea che questo possa essere riconosciuto come il requisito principale nell'individuazione di una fattispecie elusiva, nel documento viene dichiarato apertamente che "l'assenza di valide ragioni economiche ha un rilievo dominante rispetto alle altre due condizioni nel primo comma dell'art. 10"¹³⁶.

La conseguenza di quanto espresso dal Secit fu il quasi annullamento del presupposto della "condotta fraudolenta" e una "ipervalutazione"¹³⁷ del ruolo delle valide ragioni economiche.

Un aspetto che vorrei mettere in luce in questo contesto riguarda il principio di *business purpose* (sostenuto anche dal Secit) ovvero il "fine economico nell'utilizzo dell'istituto oggetto dell'agevolazione"¹³⁸ su cui la dottrina ha assunto dei pareri contrastanti. Secondo la norma di comportamento n. 147 elaborata dall'Associazione dottori commercialisti di Milano è un principio incompatibile con il concetto di valide ragioni economiche in quanto lo ritiene discriminante nell'individuazione di quest'ultime. Questo perché, secondo quel principio, si considera l'interesse creato solo da operazioni direttamente svolte dalla società senza considerare che sono valide anche le ragioni economiche di atti o fatti posti in essere in

liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo elusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta".

¹³⁴ Tabellini P., *Elusione fiscale, Le valide ragioni economiche*, 1999, 238.

¹³⁵ Secit, *Relazione alla "delibera" n. 105/1994 del 5 luglio 1994 del Secit*, Rassegna Tributaria, n. 3, 1995, 1.

¹³⁶ Secit, *op. cit.*, 2.

¹³⁷ Andriola M., *La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, Rassegna Tributaria, n. 6, 2006, 1902.

¹³⁸ Capolupo S., *Le valide ragioni economiche*, Il Fisco, n. 26, 2002.

condizioni esterne alla società stessa ma sempre nel suo interesse. Inoltre esclude la validità delle ragioni economiche che riguardano la limitazione di “fenomeni economici regressivi e rischi d’impresa i quali costituiscono anch’essi ragioni economiche di ovvia validità”¹³⁹. Questa volontà dell’Associazione di ampliare il significato di valide ragioni economiche è giustificata dal principio di proporzionalità, che dovrebbe esistere tra la sanzione prevista in caso di inopponibilità dell’atto e la prova di queste ragioni che viene richiesta al contribuente¹⁴⁰.

All’inverso, sono presenti altre posizioni che evidenziano come il *business purpose* abbia ispirato il nostro legislatore tributario nella previsione dell’articolo 37-bis¹⁴¹. In particolare, questa parte della Dottrina ritiene che si debba far riferimento ad una sentenza della Corte Suprema negli Stati Uniti (sentenza 293 U.S. 465(1935) *Gregory vs Helvering*) in cui è stato dichiarato che si considera legittima un’operazione societaria (nel caso specifico una ristrutturazione aziendale) se basata sul principio del *business purpose*.

Successivamente, con l’introduzione dell’articolo 37-bis nel D.P.R. n. 600/1973, la nozione di valide ragioni economiche è rimasta invariata¹⁴². Il legislatore ha deciso di non modificare questo esimente in quanto temeva di confondere gli operatori del settore che fino a questo momento facevano riferimento all’articolo 10 legge n. 408/1990 e sottolineando la volontà di mantenere il medesimo significato inteso come l’“apprezzabilità economico gestionale”¹⁴³, ovvero un apprezzabile interesse economico dell’operazione posta in essere dal contribuente¹⁴⁴.

Il significato del primo comma dell’*ex art.* 37-bis riguarda la possibilità della presenza di più motivazioni per le quali il soggetto passivo d’imposta ha compiuto quell’operazione,

¹³⁹ Associazione Dottori Commercialisti di Milano, *op. cit.*, 3.

¹⁴⁰ Chinellato G., *op. cit.*, 411.

¹⁴¹ Valente P., Mattia S., *Finanziamenti infragruppo, Le valide ragioni economiche secondo la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia*, Il Fisco, n. 16, 2013, 2483.

Dello stesso pensiero anche Capolupo S., *op. cit.*, il quale ritiene che le “valide ragioni economiche” integrino il concetto di *business purpose* in quanto “è stato rilevato che la dottrina del *business purpose* mosse dalla considerazione che il legislatore fiscale, nel dettare la disciplina tributaria di alcune fasi della vita e dello sviluppo dell’attività societaria, aveva previsto un trattamento di natura agevolativa per talune operazioni di riorganizzazione – quali fusioni, trasformazioni, scorpori – ritenute meritevoli di una particolare tutela in vista della rilevanza economico-sociale che potevano rivestire” e per questo “fosse necessario rilevare la presenza di un fine extrafiscale dell’operazione: vi fosse, cioè, un fine economico nell’utilizzo dell’istituto oggetto dell’agevolazione, un *business purpose*”. Cfr. con Andriola M., *La dialettica tra “aggiramento” e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, *op.cit.* che considera la volontà del legislatore di riproporre il principio del *business purpose* nel nostro ordinamento ma che, a suo pensiero, è stato mal richiamato in quanto è stato affiancato all’aggiramento di obblighi o divieti ed è stato richiesto all’Amministrazione finanziaria di provare l’assenza delle valide ragioni economiche; invece la prova della loro presenza è a capo del contribuente se vuole dimostrare che non ha posto in essere la fattispecie di abuso del diritto.

¹⁴² Articolo 37-bis D.P.R. n. 600/1973, primo comma: “Sono inopponibili all’amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall’ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni d’imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.”

¹⁴³ Commissione Parlamentare Consultiva in materia di riforma fiscale, *op. cit.*, 7.

¹⁴⁴ Russo P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, Rassegna Tributaria, n. 1, 1999, 73.

rilevando come scopo essenziale il vantaggio fiscale indebito per considerare la fattispecie elusiva, ma con il diritto del contribuente di dimostrare la non elusività della sua operazione attraverso la prova della presenza di una o più valide ragioni economiche come obiettivo principale della sua condotta (ottavo comma, *ex art. 37-bis*), considerando, quest'ultime, come le motivazioni non fiscali attuate all'interno di un programma imprenditoriale¹⁴⁵.

Da ciò rileva come l'Amministrazione finanziaria abbia l'onere di dimostrare che l'operazione del contribuente rientra nella fattispecie di abuso del diritto e, dall'altra parte, il legislatore riconosce al soggetto passivo d'imposta la possibilità di "rovesciare" quanto dichiarato dall'Amministrazione dimostrando la non elusività della sua operazione attraverso le valide ragioni economiche ("concreti interessi economici"¹⁴⁶) che ne hanno supportato il suo svolgimento.

In questa sua dimostrazione il contribuente deve far riferimento alle "effettive esigenze"¹⁴⁷ alla base del suo comportamento in quanto non sarà sufficiente, dinanzi all'Amministrazione finanziaria, la prova della qualificazione giuridica dell'atto o fatto.

Analizzando in modo più approfondito il significato di valide ragioni economiche, si deve comprendere, innanzitutto, cosa si intende per "ragioni economiche".

Il termine "ragioni" utilizzato dal legislatore indica la causa, il motivo del perché è stata posta in essere una determinata operazione con riferimento ad un'accezione prettamente concreta della parola¹⁴⁸. In particolar modo si considerano le "ragioni" che comportano una modifica sostanziale della sfera patrimoniale o reddituale del contribuente che ha tenuto quella condotta. Da questo deriva che non si considerano "valide ragioni economiche" le ragioni per le quali il contribuente non ha ottenuto nessuna modifica della propria situazione iniziale, dal punto di vista economico e patrimoniale¹⁴⁹.

Dall'altra parte, con il termine "economiche" si fa riferimento all'"economicità gestionale" sottolineata dalla Relazione del 1997¹⁵⁰. In questo modo si indicano gli effetti provocati (non di tipo fiscale) dall'operazione posta in essere che hanno modificato la situazione preesistente

¹⁴⁵ Beghin M., *Le "ragioni economiche" tra difetto di causa contrattuale ed elusività dell'operazione*, Corriere Tributario, 2007, 2702-2703.

¹⁴⁶ Sul punto Tabellini P., *L'elusione della norma tributaria*, *op. cit.*, 245, in cui l'Autore scrive: "Ove però utilizzi una delle operazioni previste dal terzo comma, ha l'obbligo di dimostrare che ha perseguito concreti interessi economici e che lo strumento giuridico utilizzato era con essi congruente".

¹⁴⁷ Valente P., Mattia S., *op. cit.*, 2483.

¹⁴⁸ Capolupo S., *op. cit.*, 5.

¹⁴⁹ Vd. Assonime, *op. cit.*, 54, in cui si descrivono le operazioni circolari come "atti posti in essere non determinano una modificazione significativa dell'assetto giuridico economico preesistente del contribuente e le scelte compiute determinano, in sostanza, effetti prettamente fiscali".

¹⁵⁰ Commissione Parlamentare Consultiva in materia di riforma fiscale, *op. cit.*, 7.

acquisendo delle utilità aggiuntive, applicando, quindi, i “criteri di economicità” che caratterizzano la gestione aziendale¹⁵¹.

Questo concetto di “economico” dovrebbe possedere il significato più ampio possibile, in quanto si dovrebbe ricondurre a diverse motivazioni che giustificano le situazioni poste in essere dal contribuente e non limitarsi esclusivamente alle operazioni del terzo comma *ex art.* 37-bis¹⁵². Questo alla luce delle modifiche successive all’entrata in vigore della normativa apportate dal legislatore che ne hanno ampliato la portata applicativa¹⁵³.

Per ottenere questo risultato è necessario riuscire a liberarsi dall’associazione del termine “economico” con quello di “imprenditore”¹⁵⁴ e collegarlo, invece, agli strumenti negoziali utilizzati dal contribuente, alla natura di quest’ultimo e a quella del tributo oggetto dell’operazione, escludendo, ovviamente, le ipotesi di ragioni esclusivamente fiscali e non economiche¹⁵⁵.

Queste “ragioni economiche” per essere rilevate, in questo contesto, devono anche essere “valide”. Il concetto di validità rappresenta un elemento di giuntura tra le “ragioni economiche”, alla base delle quali il contribuente ha posto in essere l’operazione, e lo strumento che ha utilizzato per realizzarla¹⁵⁶ ovvero il regime tributario a cui ha fatto riferimento¹⁵⁷. In questo modo si qualificano le “ragioni economiche” ma si fa anche riferimento alla “funzionalità del risultato” dell’operazione scelta dal contribuente (tra il panorama delle possibilità di operazioni legittime predisposto dal legislatore) che avrebbe dovuto essere svolta in modo lineare¹⁵⁸.

Questo attributo permette di rafforzare il concetto di “ragioni economiche” in quanto le pone in un contesto reale, concreto, fattibile rappresentando un aiuto notevole anche per

¹⁵¹ Capolupo S., *op. cit.*, 5.

¹⁵² Tabellini P., *op. cit.*, 239-240.

¹⁵³ Il legislatore intervenne con la legge n. 383 del 18 ottobre 2001 applicando l’articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 anche “alle imposte dovute in conseguenza dei trasferimenti a titolo di donazione o altra liberalità”.

¹⁵⁴ Sulla questione Vd. Mastroiacovo V., *L’economicità delle valide ragioni (note minime a margine della recente evoluzione del principio dell’abuso del diritto)*, Rivista di Diritto Tributario, n. 4, 2010, in cui l’Autrice ritiene che il profilo di economicità legato alle “valide ragioni economiche” debba intendersi soddisfatto anche ponendo in essere un negozio gratuito piuttosto che un negozio oneroso rilevando, però, la gratuità liberale e non la liberalità. Nella sua riflessione l’Autrice ritiene che sia possibile far rientrare in questa fattispecie anche degli aspetti quasi “antieconomici” (intesi senza “una logica di scambio”) che soddisfano comunque degli interessi (non tributari) riaffermando la sostanza economica della “valida ragione” come fondamento dell’operazione. Conclude sottolineando: “Se la nozione di economicità implica la soddisfazione di bisogni con mezzi limitati – anche se non apprezzabili in termini corrispettivi – allora nell’individuazione delle valide ragioni economiche di cui all’art. 37-bis (o comunque della clausola generale antiabuso così come ricostruita dalla giurisprudenza) detta validità dovrà essere verificata anche oltre il modello dello scambio a titolo oneroso. Assumendo come economico il comportamento umano indice di una relazione tra fini e mezzi scarsi suscettibili di fini alternativi non possiamo escludere ragioni che trovino il loro fondamento al di fuori del mercato (...) e che siano “irrazionali” (...) rispetto ad un modello classico di razionalità della scelta economica e tuttavia “validamente” discriminanti nell’adozione di una scelta quanto al profilo dell’allocazione della ricchezza.”

¹⁵⁵ Tabellini P., *op. cit.*, 242-243.

¹⁵⁶ Capolupo S., *op. cit.*, 5.

¹⁵⁷ Tabellini P., *Elusione fiscale, op. cit.*

¹⁵⁸ Tabellini P., *Elusione fiscale, op. cit.*

l'Amministrazione finanziaria nelle sue valutazioni¹⁵⁹. Inoltre, questa espressione, permette di comparare le motivazioni con i vantaggi fiscali indebiti che possono essere conseguiti e, nel momento in cui le valide ragioni economiche presentate dal contribuente si considerano idonee, la clausola anti abuso deve essere esclusa¹⁶⁰.

Nel valutare le valide ragioni economiche esposte dal contribuente è necessario non soffermarsi esclusivamente ai motivi alla base della sua condotta ma approfondire ricercando la causa intesa come "ragione giustificatrice"¹⁶¹. Questa ricerca di motivazioni extrafiscali dovrebbe essere svolta di caso in caso, per ogni singola situazione, cercando di capire il livello di congruità tra l'operazione svolta e il risultato economico e giuridico conseguito¹⁶², e per capire se il contribuente avesse finalità economiche "valide" per tenere quel comportamento oltre i possibili vantaggi fiscali conseguibili¹⁶³.

L'aspetto più problematico in merito a questo tema all'interno dell'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 riguarda l'operatività, in contemporanea, del requisito dell'aggiramento degli obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e le valide ragioni economiche. Questa difficoltà ha comportato, in senso negativo, ad un quasi annullamento del primo requisito (anche a causa dell'elevata difficoltà nell'individuazione della *ratio* delle norme tributarie di cui abbiamo parlato nei paragrafi precedenti) e ad una valutazione decisamente maggiore delle valide ragioni¹⁶⁴. Questo risultato è contrario rispetto alla volontà del legislatore che non riteneva le valide ragioni economiche come un presupposto per l'identificazione di una operazione elusiva, ma riteneva questo esimente come un'eccezione a cui poteva ricorrere il contribuente quando voleva dimostrare di non aver commesso abuso del diritto e solo in quel momento, se ritenute appropriate le sue giustificazioni, allora si sarà dismessa l'applicazione della clausola antielusiva¹⁶⁵.

Nonostante non si rispecchi l'interpretazione che ne voleva dare il legislatore, nella prassi si è diffuso l'utilizzo delle valide ragioni economiche come unico "ago della bilancia"¹⁶⁶ per definire un'operazione elusiva oppure no, diventando, quindi, l'unico criterio su cui basare la valutazione in merito, quasi dimenticando la presenza dell'altro requisito (lo scopo di ottenere il vantaggio fiscale indebito). In realtà, nell'ex articolo 37-bis, le valide ragioni economiche dovrebbero intervenire alla fine del procedimento quando l'Amministrazione finanziaria ha

¹⁵⁹ Beghin M., *Elusione tributaria ed esame "globale" della sequenza negoziale*, Corriere Tributario, n. 39, 2007, 3168-3169.

¹⁶⁰ Zizzo G., *La nozione di elusione nella clausola generale*, Corriere Tributario, n. 39, 2006, 3091.

¹⁶¹ Tabellini P., *L'elusione nella norma tributaria*, op. cit., 245.

¹⁶² Zizzo G., *La nozione di elusione nella clausola generale*, op. cit., 3091.

¹⁶³ Russo P., op. cit., 73.

¹⁶⁴ Andriola M., op. cit., 1905. Vd. Secit, op. cit. del 1994 sulla medesima posizione.

¹⁶⁵ Russo P., op. cit., 73.

¹⁶⁶ Beghin M., *Elusione tributaria, contribuenti zelanti e valide ragioni economiche*, Rivista di Diritto Tributario, 2007, 627.

già valutato la situazione ed è già arrivata ad una conclusione in merito esprimendo il proprio giudizio sull'abuso del diritto basandosi sul raggiungimento, come scopo prevalente, di ottenere un vantaggio fiscale indebito; questo importante esimente delle valide ragioni economiche ha l'unica funzione di modificare eventualmente questo risultato ma non di costruire quest'ultimo sulla loro assenza¹⁶⁷.

2.1.1 Le valide ragioni extrafiscali (ex valide ragioni economiche) alla luce dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000

Con l'introduzione dell'articolo 10-bis all'interno dello Statuto dei Diritti del Contribuente, il legislatore ha disciplinato le valide ragioni economiche al terzo comma: "Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente".

La legge delega n. 23 del 2014, che delegava il Governo all'introduzione della clausola generale antielusiva, all'articolo 5, primo comma, punto 2 definisce le valide ragioni extrafiscali "anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione, ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente".

Considerata la specificazione riportata dalla legge delega n. 23/2014, si è posto il dubbio se le valide ragioni extrafiscali facessero riferimento solo all'attività imprenditoriale. Il punto è stato chiarito¹⁶⁸ affermando che esse riguardano sia l'attività imprenditoriale del contribuente ma anche l'attività professionale di lavoro autonomo. Una sottolineatura aggiuntiva è stata riportata da Assonime¹⁶⁹ che evidenzia la possibilità di far valere le valide ragioni extrafiscali da parte di tutti i contribuenti, compresi coloro che non sono titolari di redditi d'impresa o di lavoro autonomo.

Inoltre risulta rilevante ai fini della loro valutazione, il concetto di marginalità. Queste motivazioni edotte dal contribuente devono essere non marginali ovvero, in loro assenza, il contribuente non avrebbe mai posto in essere quell'operazione. Devono risultare come le

¹⁶⁷ Beghin M., *Le "ragioni economiche" tra difetto di causa contrattuale ed elusività dell'operazione*, op. cit., 2702-2703. Cfr. Chinellato G., op. cit., 413.

¹⁶⁸ *Schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, 29 aprile 2015, 10.

¹⁶⁹ Assonime, op. cit., 76.

motivazioni principali del perché il contribuente ha tenuto quella condotta e la prova di questo è a carico, appunto, del contribuente in sede amministrativa o giudiziale¹⁷⁰.

Per riassumere, esse rilevano come un esimente totale se possiedono delle determinate caratteristiche: le valide ragioni extrafiscali devono essere oggettive nel senso di poter essere facilmente documentate e provate; devono anche essere effettive e valide ovvero si deve trattare di ragioni vere e non simulate; infine devono essere non marginali come abbiamo già spiegato e devono apportare un miglioramento all'andamento dell'attività imprenditoriale rispetto alla situazione esistente prima di porre in essere l'operazione¹⁷¹.

Un altro aspetto da porre in rilievo è la modifica lessicale che ha compiuto il legislatore definendole valide ragioni extrafiscali e non più valide ragioni economiche come erano definite agli articoli 10 della legge n. 408/1990 e 37-bis del D.P.R. n. 600/1973. Attraverso questa variazione ha consentito una maggiore "armonia" tra le valide ragioni extrafiscali e il requisito dell'assenza della sostanza economica.

Proprio in merito al rapporto di connessione esistente tra questi due requisiti, si sono sviluppate due tesi differenti¹⁷².

Secondo una prima tesi andrebbero posti su due piani diversi, connessi tra loro, ma non sovrapponibili in quanto le due espressioni non dovrebbero essere confuse nonostante

¹⁷⁰ *Schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, 29 aprile 2015, 11: "Si ritiene che per cogliere la non marginalità delle ragioni extrafiscali occorra guardare all'intrinseca valenza di tali ragioni rispetto al compimento dell'operazione di cui si sindacava l'abusività. In questo senso le valide ragioni 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".

¹⁷¹ Consiglio Nazionale del Notariato, *Abuso del diritto nella pratica notarile: rilevanza delle valide ragioni extrafiscali nelle operazioni societarie straordinarie*, Studio n. 56-2016/T, pag. 4. In questo studio è stata fatta anche un'elencazione di possibili valide ragioni extrafiscali in ambito di operazioni straordinarie d'impresa. Per esempio: "A. Ottimizzazione della gestione. – Gestione separata dei rami di azienda. La prima "valida ragione" potrebbe essere rinvenuta nella migliore riorganizzazione aziendale, finalizzata alla gestione separata dei rami di cui si compone l'azienda mediante la loro distinta assegnazione ai singoli soci senza un conguaglio in danaro. B. Dissidi tra i soci. La seconda ricorrerebbe nella opportunità/necessità di rimediare gli insanabili dissidi tra i soci.

C.- Responsabilità. L'operazione risulterebbe giustificabile anche in relazione alla diversa assunzione di profili di responsabilità tra i soci.

D.- Nuove acquisizioni. Evitare la confusione patrimoniale in vista di nuove acquisizioni relative solo a uno dei rami esercitati.

E.- Nuove esposizioni debitorie. Evitare la concorrenza dei creditori propri di un ramo di azienda rispetto a quelli che intratterranno rapporti commerciali con la stessa società in relazione ad una diversa attività condotta mediante l'esercizio di un altro distinto ramo d'azienda.

F.- Controllo societario. Necessità di assicurare il controllo di una società al fine della ottimizzazione della gestione.

G.- Ricambio generazionale. Necessità di assicurare il ricambio generazionale. In particolare nella scissione parziale proporzionale seguita dalla cessione (anche parziale) di quote della scissa e/o della beneficiaria oppure dalla donazione delle quote a propri familiari.

H.- Subentro nella titolarità delle partecipazioni. Necessità di assicurare il subentro nella titolarità delle partecipazioni e nella successiva gestione della società. Il caso riguarderebbe le operazioni di scissione/trasformazione seguite da cessione delle relative quote che ne rappresenterebbe la valida ragione extrafiscale non marginale giustificatrice.

I.- Attività sociale. Ragioni connesse al migliore conseguimento dell'oggetto sociale."

¹⁷² Assonime, *op. cit.*, 74.

presentino molteplici aspetti di similitudine. In particolare, la sostanza economica opera in un piano di tipo oggettivo ovvero riguarda la valutazione della coerenza tra gli strumenti giuridici utilizzati e gli obiettivi che si volevano raggiungere considerando, in aggiunta, la possibile presenza di un vantaggio fiscale indebito che può risultare dal compimento dell'operazione da parte del contribuente. Se si ritiene che, in una determinata situazione, questo requisito sia assente significa che non sussiste coerenza tra i mezzi utilizzati e gli scopi che il contribuente dichiara di voler raggiungere.

Invece le valide ragioni extrafiscali operano in un piano di tipo soggettivo in quanto riguardano le motivazioni che hanno portato il contribuente a porre in essere quell'operazione giudicata potenzialmente elusiva¹⁷³. Coloro che sostengono questa prima tesi ritengono, quindi, che i due concetti possano coesistere senza difficoltà all'interno dell'abuso del diritto.

La seconda tesi, invece, sostiene che i due requisiti operino sul medesimo piano e che descrivano lo stesso fenomeno però da un punto di vista differente. Ciò significa, se facciamo riferimento al testo normativo dell'articolo 10-bis, che l'Amministrazione finanziaria dovrebbe prendere in considerazione il primo comma che tratta l'assenza di sostanza economica e il contribuente dovrebbe concentrarsi sul terzo comma che descrive le valide ragioni extrafiscali.

In particolare, coloro che sostengono questa seconda tesi ritengono che, se l'operazione viene giustificata da valide ragioni extrafiscali, allora si può escludere l'assenza della sostanza economica in quanto le prime non lasciano spazio alla presenza del raggiungimento di obiettivi meramente fiscali essendovi già l'idoneità dell'operazione al raggiungimento di obiettivi extrafiscali. E lo stesso concetto si applica al contrario: se un'operazione risulta "in difetto"¹⁷⁴ di sostanza economica, non è possibile che sussistano delle valide ragioni extrafiscali per l'eliminazione dell'elusività su quella operazione¹⁷⁵.

Sono presenti pareri discordanti anche in ambito di definizione dei presupposti per l'identificazione di una fattispecie elusiva secondo l'ex art. 10-bis.

¹⁷³ Questa tesi è stata descritta da Assonime, *op. cit.*, 74 e condivisa da Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, *op. cit.* 2209 e da Ingrao G., *op. cit.*, 1456-1457.

¹⁷⁴ Assonime, *op. cit.*, 75.

¹⁷⁵ Questa seconda tesi viene sostenuta da Assonime stessa, *op. cit.*, 75 in quanto la considera anche coerente con quanto emerso in materia da parte dell'Unione Europea e specificando che, se si sostiene la prima tesi, "si dovrebbe ammettere che le ragioni extrafiscali soggettive possano operare anche al di là ed al di fuori del requisito dell'inidoneità obiettiva dell'operazione a produrre effetti extrafiscali significativi in cui si compendia la mancanza di sostanza economica" dovendo attribuire importanza anche ad elementi non obiettivamente individuabili come alle valutazioni poste in essere dal contribuente; la stessa tesi è sostenuta anche da Miele L., *op. cit.*, 2889 che riporta il pensiero condiviso di Assonime.

Alcuni studiosi del settore, anche alla luce del loro collegamento esistente, considerano l'assenza di sostanza economica e le valide ragioni extrafiscali come il contorno dell'abuso del diritto, come gli unici requisiti per la sua determinazione¹⁷⁶.

Di parere diverso sono altri autori che ritengono, invece, come elementi costitutivi dell'operazione elusiva, l'assenza della sostanza economica e il vantaggio fiscale indebito. Secondo la tesi da loro sostenuta le valide ragioni extrafiscali rappresentano uno "strumento" in capo al contribuente che quest'ultimo utilizza per dimostrare che, nella condotta da lui assunta, è presente sostanza economica e che ha posto in essere quell'operazione per il raggiungimento di scopi economici-gestionali, modificando, quindi, il giudizio espresso precedentemente dall'Amministrazione finanziaria¹⁷⁷.

Quello che si rileva, in conclusione, è che, in qualsiasi modo la si voglia interpretare e qualsiasi tesi si preferisca sostenere, le valide ragioni extrafiscali, nella disciplina vigente dell'abuso del diritto, rappresentano una posizione centrale, assumendo un ruolo di grande importanza nella determinazione di una condotta elusiva¹⁷⁸.

2.2 L'operazione di trasformazione

Prima di procedere ad analizzare l'operazione di trasformazione come operazione elusiva nell'ambito delle valide ragioni extrafiscali, ritengo doveroso riprendere, sinteticamente, alcuni concetti di diritto tributario in merito.

L'operazione straordinaria di trasformazione si caratterizza per l'obiettivo di modificare la forma sociale della società e, come le operazioni che tratteremo successivamente di scissione e fusione, si caratterizza per la neutralità dal punto di vista della tassazione delle plusvalenze o minusvalenze che si potrebbero generare¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Di questo parere Leo M., *L'abuso del diritto: elementi costitutivi e confini applicativi*, Il Fisco, n. 10, 2015, in cui l'Autore riporta: "In sostanza, dalla lettura congiunta dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 10-bis in commento, si può certamente affermare che la "sostanza economica" e le "valide ragioni extrafiscali, non marginali" sono proprio le espressioni che delimitano il perimetro dell'abuso del diritto. Infatti, dal dettato normativo pare emergere come l'abuso "per definizione" non può mai sussistere in tutti i casi in cui è individuabile un qualche, quantificabile, vantaggio economico; in tali casi, infatti, l'operazione non può dirsi "priva di sostanza economica". Tuttavia un'operazione può comunque essere "salvata" dalla contestazione di abusività se "poggia", comunque, su obiettivi economico-organizzativi anche semplicemente prospettici, purchè non marginali; in queste ipotesi, infatti, sussistono "le valide ragioni extrafiscali".

¹⁷⁷ Di quest'altro parere Zizzo G., *La nuova nozione di abuso del diritto e le raccomandazioni della Commissione europea*, Corriere Tributario, 47-48, 2015, 4582.

¹⁷⁸ Zizzo G., *La nuova nozione di abuso del diritto e le raccomandazioni della Commissione europea*, op. cit., 4583.

¹⁷⁹ L'articolo 170 del TUIR (Testo Unico delle Imposte sul Reddito), primo comma tratta l'argomento prevedendo che "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".

E' possibile suddividere le trasformazioni in due diverse tipologie: le operazioni di trasformazione eterogenee e quelle omogenee. Quest'ultime riguardano le mutazioni delle società solo dal punto di vista della tipologia ma mantengono la medesima natura commerciale, in cui lo statuto fiscale della società rimane invariato (per esempio: le trasformazioni da società a responsabilità limitata a società per azioni oppure da società in nome collettivo a società in accomandita semplice e così via)¹⁸⁰. In queste operazioni non rileva in modo particolarmente importante la fattispecie fiscale in quanto l'ambito tributario non subisce delle modifiche considerato che non muta la vera natura della società, ma solo la tipologia e i rapporti giuridici instaurati proseguono in continuità.

Le trasformazioni eterogenee, invece, riguardano le trasformazioni da società di persone a società di capitali (questa particolare tipologia viene anche definita "trasformazione progressiva") oppure viceversa ovvero da società di capitali a società di persone (chiamata anche "trasformazione regressiva"¹⁸¹) in cui la disciplina tributaria da applicare muta radicalmente e in cui avviene la "commercializzazione" o la "decommercializzazione" della società. In questo caso l'operazione assume un importante rilievo dal punto di vista fiscale in quanto, secondo l'articolo 171 del TUIR, in caso di trasformazione da società di capitali a società di persone (ente non commerciale) "i beni della società si considerano realizzati in base al valore normale, salvo che non siano confluiti nell'azienda o nel complesso aziendale dell'ente stesso", ovvero se i beni aziendali di proprietà della società trasformata confluiscono all'interno dell'ente non commerciale, allora non si ha realizzo di plusvalenze o minusvalenze; viceversa se i beni della società trasformata non confluiscono nell'ente le plusvalenze che si generano dall'operazione sono tassate considerato che i beni della società cessano di essere tali.

Al contrario, nel caso di trasformazione da ente non commerciale a società di capitali, si fa riferimento al secondo comma dell'articolo 171 del TUIR che considera l'operazione in questione come un conferimento se i beni dell'ente non commerciale non sono soggetti al regime dei redditi d'impresa e, in questo caso, si applica l'articolo 67 del TUIR, primo comma, lettera n): le plusvalenze generate si considerano come redditi diversi e sono sottoposte a tassazione. Se, invece, i beni dell'ente non commerciale sono soggetti al regime dei redditi d'impresa allora le plusvalenze o minusvalenze che si generano dall'operazione di trasformazione non sono sottoposte a tassazione¹⁸².

¹⁸⁰ Zizzo G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia*, Dodicesima Edizione, CEDAM, 2018, pag. 674 e ss.

¹⁸¹ Definizione riscontrata nella massima della sentenza di Corte di Cassazione civile, sez. V del 23 aprile 2007, n. 6243.

¹⁸² Zizzo G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia, op. cit.*, 679-680.

Qualsiasi sia la tipologia che si utilizza, attraverso l'operazione di trasformazione si divide in due parti il periodo d'imposta. Una prima parte verrà trattata rispetto alla conformazione societaria che si possedeva dall'inizio dell'esercizio sociale al momento della trasformazione e, alla seconda parte verranno applicate le regole fiscali relative alla nuova natura della società *post* trasformazione, da quando è avvenuta quest'ultima alla data di chiusura dell'esercizio¹⁸³. Ciò comporta, a sua volta, una suddivisione anche dal punto di vista contabile e dichiarativo rispettando le regole proprie della natura della società in base a quale dei due momenti ci si trova a dover valutare.

Un ultimo aspetto da considerare sono le riserve disciplinate anch'esse dall'articolo 170 del TUIR, primo comma, in cui il legislatore ha previsto la loro non concorrenza in capo ai soci come reddito imponibile se all'interno del bilancio di esercizio viene riportata la loro data di origine e vengono distinte da quelle formate dopo l'operazione di trasformazione; in caso di cambiamento da società di capitali a società di persone (trasformazione regressiva) le riserve di capitale applicano sempre lo stesso regime ovvero non costituiscono reddito per i soci, anche successivamente alla trasformazione. Le altre tipologie di riserve, invece, vengono attribuite ai soci quando vengono distribuite oppure quando sono utilizzate per scopi diversi dalla copertura delle perdite d'esercizio (se sono utilizzate per questo obiettivo non sono soggette a tassazione) e devono essere iscritte a bilancio alla loro data di origine; nel momento successivo alla trasformazione esse concorrono a formare reddito per i soci se non è stata riportata la loro data di origine in bilancio o se non sono state trascritte nel bilancio della società trasformata¹⁸⁴.

Riprendendo il tema dell'abuso del diritto, e in particolar modo l'ambito dell'esimente delle valide ragioni extrafiscali così come previste dal terzo comma dell'articolo 10-bis della legge n. 212/2000, nell'operazione di trasformazione alcune valide ragioni potrebbero essere individuate nell'esigenza di apportare alla società un ricambio generazionale¹⁸⁵ oppure per ottenere un subentro nella titolarità delle partecipazioni e di conseguenza nella gestione della società, non potendo considerare abusiva la trasformazione seguita successivamente dalla cessione delle azioni o delle quote¹⁸⁶. Inoltre, potrebbero essere validamente giustificate, e in modo non marginale, le operazioni di trasformazione orientate al raggiungimento di una maggiore stabilità nella programmazione giuridica e fiscale¹⁸⁷; per esempio, si potrebbe fare

¹⁸³ Zizzo G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia*, op. cit., 676.

¹⁸⁴ Zizzo G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia*, op. cit., 677-678.

¹⁸⁵ Consiglio Nazionale del Notariato, op. cit., 5.

¹⁸⁶ Consiglio Nazionale del Notariato, op. cit., 5 e nota n. 49.

¹⁸⁷ Consiglio Nazionale del Notariato, op. cit., 5 e nota n. 56.

riferimento alla responsabilità dei soci “per le obbligazioni sociali anteriori”¹⁸⁸ alla trasformazione oppure, all’inverso, da società di capitali a società di persone per una migliore gestione unitaria della società stessa¹⁸⁹.

Queste possibili valide ragioni extrafiscali non marginali possono essere rilevate dal contribuente, in caso di ipotesi di elusività avanzata dall’Amministrazione finanziaria, all’interno della relazione di stima posta in essere per la determinazione del capitale sociale risultante dalla trasformazione (articolo 2500-*ter* del codice civile che rinvia in merito all’articolo 2343 oppure all’articolo 2465 del codice civile in ambito di società responsabilità limitata) oppure può descriverle all’interno della relazione degli amministratori, prevista dall’articolo 2500-*sexies* del codice civile, in cui viene precisato al secondo comma che “Gli amministratori devono predisporre una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione”¹⁹⁰.

Nell’ambito della prassi si sono espressi il Comitato consultivo per l’applicazione delle norme antielusive e l’Agenzia delle Entrate. Anche nella giurisprudenza si rilevano numerose sentenze in merito a casi¹⁹¹ di trasformazione di varia tipologia per dichiararle o meno come fattispecie elusiva.

Dal punto di vista delle valide ragioni extrafiscali (o economiche) sarà possibile scorgere come, molto spesso, l’individuazione di una fattispecie elusiva avvenga principalmente sulla base delle valide ragioni, quasi senza considerare i veri presupposti previsti dal legislatore. Questo rappresenta un errore e una deviazione rispetto alla *ratio* normativa, in quanto quest’ultima prevede che le valide ragioni extrafiscali (o economiche) debbano essere considerate, dal giudice o dall’Amministrazione finanziaria, solo in un momento finale della controversia con il contribuente per eventualmente modificare il proprio giudizio di elusività ma non certamente per diventarne la base.

Una di queste situazioni è rappresentata dal parere n. 27 del 9 maggio 2008 espresso dal Comitato consultivo per l’applicazione delle norme antielusive, in merito ad una trasformazione da un ente ad una società a responsabilità limitata (poi seguita da una successiva operazione di fusione per incorporazione) che il contribuente aveva scelto di porre in essere come operazione sostitutiva alla procedura di liquidazione in corso. Il contribuente ha esposto le proprie valide ragioni “economiche” (in quanto all’epoca dei fatti la clausola

¹⁸⁸ Articolo 2269 del codice civile: “*Responsabilità del nuovo socio*. 1. Chi entra a far parte di una società già costituita risponde con gli altri soci per le obbligazioni sociali anteriori all’acquisto della qualità di socio”.

¹⁸⁹ Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, 5 e nota n. 56.

¹⁹⁰ Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, 6.

¹⁹¹ In particolar modo la prassi e la giurisprudenza che tratteremo di seguito in questo paragrafo: Comitato consultivo per l’applicazione delle norme antielusive, parere n. 27 del 9 maggio 2008; Commissione tributaria provinciale di Pisa, sentenza n. 74 del 20 maggio 2005; Agenzia delle Entrate, risposta n. 503 del 28 novembre 2019.

antiabuso in vigore era l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 e non si parlava ancora di "extrafiscali" così come modificate dall'articolo 10-bis della legge n. 212/2000) giustificando il suo "cambio di rotta"¹⁹² attraverso la paura di "sopravvenienze passive successive alla conclusione della procedura di liquidazione, anche per l'esistenza di giudizi civili con uno dei soci fondatori dell'ente"¹⁹³. L'Agenzia delle Entrate, in merito a questo caso, aveva riconosciuto come unico obiettivo il risparmio d'imposta indebito ottenuto dai soci attraverso la sostituzione di un'operazione tassata come la liquidazione con un'operazione neutrale come quella di trasformazione evitando, in questo modo, la tassazione sulle plusvalenze emergenti. Questo parere dell'Agenzia delle Entrate è stato riportato e condiviso dal Comitato consultivo rilevando, nella parte a noi più interessante, come le valide ragioni economiche espresse dal contribuente sono da considerarsi insussistenti in quanto il "timore" espresso da quest'ultimo non è ragionevole né particolarmente rilevante e ribadisce la volontà di sottrarsi al trattamento fiscale che spetterebbe¹⁹⁴.

L'Amministrazione finanziaria conclude affermando come la richiesta di revoca della procedura di liquidazione in corso e la sua sostituzione con un'operazione di trasformazione in società di capitali è da ritenersi elusiva ai sensi dell'*ex* articolo 37-bis, in quanto non sussistono valide ragioni economiche e l'unico scopo di tale scelta risiede nel voler ottenere un risparmio d'imposta da considerarsi illecito¹⁹⁵.

In questo caso è possibile affermare che non sembra esattamente che siano stati soddisfatti tutti i requisiti previsti dall'articolo 37-bis per poter dichiarare elusiva una certa operazione.

Innanzitutto perché il contribuente non ha aggirato in nessun modo la norma tributaria in ambito di liquidazione per riuscire a trarne un vantaggio fiscale indebito. Sicuramente ha ottenuto una riduzione dell'onere fiscale, in quanto l'operazione di trasformazione (e successiva operazione di fusione per incorporazione) è neutra dal punto di vista tributario, ma non l'ha raggiunto aggirando la normativa attraverso un comportamento non riconosciuto dall'ordinamento tributario. La scelta del contribuente rientra nella sua possibilità di scegliere, tra le operazioni legittime previste dal legislatore, quella che gli comporta un minor carico fiscale senza porre in essere comportamenti elusivi. Suddetta situazione rientra nella già citata pianificazione fiscale garantita ai contribuenti¹⁹⁶.

Inoltre, l'ente in questione raggiunge esattamente il medesimo risultato ovvero l'assegnazione ai soci delle partecipazioni della controllata. Questa può avvenire direttamente oppure

¹⁹² Beghin M., *L'elusione fiscale e il contribuente voltagabbana*, Rivista di Diritto Tributario, n. 1, 2008, II, 60.

¹⁹³ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 27 del 9 maggio 2008, Rivista di Diritto Tributario, n. 1, 2008, II, 58.

¹⁹⁴ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, *op. cit.*, 59.

¹⁹⁵ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, *op. cit.*, 60.

¹⁹⁶ Beghin M., *L'elusione fiscale e il contribuente voltagabbana*, *op. cit.*, 62.

attraverso una trasformazione e successiva fusione per incorporazione ma sempre secondo modelli legittimi previsti dall'ordinamento tributario¹⁹⁷.

Orbene, se è vero che un cambiamento di operazione da parte del contribuente può sollevare dei dubbi in ambito di abuso del diritto secondo l'ex art. 37-bis, è altrettanto vero che bisognerebbe, prima di giungere a conclusioni affrettate, ragionare in modo più approfondito per verificare che effettivamente il contribuente soddisfi tutti i presupposti per rientrare nella fattispecie elusiva.

Di diverso parere è stata la Commissione tributaria provinciale di Pisa con la sentenza n. 74 del 20 maggio 2005 in cui si è espressa in ambito di trasformazione da società in nome collettivo a società in accomandita semplice. Nel caso in questione la società era stata accusata dall'Agenzia delle Entrate di aver utilizzato indebitamente il credito d'imposta riconosciuto ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 388 del 2000 in quanto avrebbe aggirato la norma per ottenerne un vantaggio fiscale indebito. Inoltre, attraverso la trasformazione, i soci lavoratori della società in nome collettivo sono diventati i soci accomandanti della società in accomandita semplice e sono stati assunti da quest'ultima come lavoratori dipendenti in modo da aumentare, fittiziamente, il numero del personale assunto¹⁹⁸.

Il contribuente aveva dichiarato che non ha ottenuto nessun risparmio d'imposta indebito considerando che, l'assunzione come lavoratori dipendenti dei soci accomandati, ha creato in capo alla società degli oneri fiscali maggiori facendo venir meno, in questo modo, il presupposto principale per identificare la fattispecie elusiva.

Nella sentenza il giudice si è dissociato rispetto a queste conclusioni tratte dall'Agenzia delle Entrate, tanto è vero che ha dichiarato l'operazione di trasformazione e la successiva assunzione dei soci accomandati non elusiva sulla base di valide ragioni economiche che hanno supportato l'operazione stessa, consistenti nella logica economica di voler ridurre la responsabilità dei soci accomandanti consentendo loro di poter prestare la propria attività lavorativa all'interno della società stessa in modo da differenziarli dai soci accomandatari¹⁹⁹.

Di altrettanto parere, più recentemente, è stata l'Agenzia delle Entrate nella risposta n. 503 del 28 novembre 2019 in merito ad un'operazione di trasformazione da società di persone a società a responsabilità limitata. Questo caso trattava una società costituita da padre e figli che nel corso del tempo ha ampliato la propria attività ed attualmente il suo patrimonio è composto da un magazzino, da un appartamento e da un altro immobile e gli unici ricavi

¹⁹⁷ Beghin M., *L'elusione fiscale e il contribuente voltagabbana*, op. cit., 62.

¹⁹⁸ Commissione tributaria provinciale di Pisa, sentenza n. 74 del 20 maggio 2005.

¹⁹⁹ Come riporta la massima della sentenza stessa: "la trasformazione da società in nome collettivo a società in accomandita semplice con conseguente limitazione della responsabilità dei soci accomandatari costituisce una valida ragione economica che ne legittima l'operazione. Ne consegue che l'amministrazione finanziaria non può disconoscerne gli effetti fiscali ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973".

derivano dai canoni di locazione commerciale di suddetti immobili. La società ha espresso la volontà di procedere all'operazione di trasformazione in società a responsabilità limitata come operazione di ristrutturazione aziendale, in quanto i soci accomandatari hanno un'età avanzata e non hanno intenzione di rimanere illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali e non hanno nemmeno le forze per prestare la propria attività lavorativa all'interno della società stessa. Lo scopo principale di tale operazione sarebbe porre in essere un ricambio generazionale con l'inserimento dei propri congiunti attraverso l'attribuzione di quote facendo anche cessare, in questo modo, l'obbligo di prestare l'attività lavorativa all'interno.

In sintesi, le valide ragioni extrafiscali riportate dalla società riguardano: la cessazione dell'obbligo di prestare la propria attività per ragioni di età e la cessazione della responsabilità illimitata per quanto concerne i soci accomandatari, la volontà di procedere ad una ristrutturazione aziendale che consente una migliore gestione, un ricambio generazionale necessario e la possibilità di far entrare nuovi soci, in particolare, gli eredi. Inoltre, la società vorrebbe provvedere al pagamento dei debiti bancari di medio/lungo termine attraverso il corrispettivo derivante dalla cessione dell'immobile.

Il contribuente ritiene, quindi, che l'operazione venga posta in essere alla luce di queste valide ragioni extrafiscali non marginali, in quanto rappresentano le motivazioni principali che supportano l'operazione di trasformazione.

Dall'altra parte, suddetta operazione consentirebbe loro di procedere più velocemente alla cessione dell'immobile inutilizzato che la società possiede e la sua cessione creerebbe una plusvalenza tassabile. Se l'immobile venisse ceduto prima della trasformazione, la plusvalenza sarebbe tassata in capo ai singoli soci all'aliquota IRPEF maggiore; se, invece, venisse ceduto successivamente alla trasformazione sarebbe tassato in capo alla società con l'aliquota IRES del 24%. Questa riduzione del carico fiscale, in realtà, si proietta solo in capo alla società in quanto, per i soci, è più onerosa la cessione dell'immobile post trasformazione considerando la tassazione aggiuntiva del 26% che devono subire. Da quanto riportato si può evincere, in modo molto semplice, come non sussista un vantaggio fiscale indebito, così come previsto dall'articolo 10-bis della legge n. 212/2000, in quanto la società provvede comunque al pagamento delle imposte previste passando solamente da tassazione IRPEF ad imponibile IRES.

Alla luce di quanto riportato dal contribuente, l'Agenzia delle Entrate si è espressa favorevolmente considerando valide le ragioni esposte dalla società e ritenendo che non sia stato raggiunto nessun vantaggio fiscale indebito in quanto non è stata aggirata la *ratio* di nessuna norma tributaria in questione; ha riconosciuto, inoltre, la possibilità al contribuente di poter scegliere tra tutte le operazioni legittime previste dal legislatore all'interno

dell'ordinamento tributario affermando che la cessione dell'immobile può avvenire in capo alla società di persone o alla società di capitali ma non comporta una variazione della base imponibile su cui calcolare l'imposta dovuta²⁰⁰.

2.2.1 Il particolare caso della trasformazione da S.p.a. in S.r.l. agricola

Il *leading case* di questa operazione di trasformazione è rappresentato dalla Risoluzione n. 177/E del 28 aprile 2008. Nel caso trattato la società *Alfa* è una società per azioni agricola, ovvero svolge la sua attività in base all'articolo 2135 del codice civile e vorrebbe porre in essere un'operazione di trasformazione per poter accedere alla disciplina agevolativa introdotta dall'articolo 1, comma 1093 della Legge Finanziaria del 2007²⁰¹ (Legge n. 296 del 27 dicembre 2006) che consente, esclusivamente alle società a responsabilità limitata, di determinare i redditi su base catastale²⁰².

Secondo il parere del contribuente, non si tratta di un'operazione elusiva come previsto dall'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, in quanto non ha intenzione di aggirare obblighi o divieti impartiti dalle norme tributarie né di ottenere un illecito risparmio d'imposta, ma sceglie l'operazione, tra quelle legittime predisposte dall'ordinamento tributario, che gli consente di ottenere un risparmio d'imposta lecito considerando, in aggiunta, che all'epoca della costituzione della società non esisteva questa norma agevolativa²⁰³. Inoltre, il contribuente ha sempre dichiarato, alla luce del sole, che l'operazione di trasformazione aveva l'unico l'obiettivo di poter accedere alla disciplina agevolativa introdotta dalla Legge Finanziaria del 2007.

L'Agenzia delle Entrate ritiene che questa trasformazione rappresenti pienamente una fattispecie elusiva in quanto soddisfa tutti i requisiti previsti dall'art. 37-bis e motiva il proprio giudizio evidenziando come, la società in questione, abbia posto in essere “un uso improprio dell'operazione di trasformazione, in modo tale da realizzare dei risultati economico-sostanziali difforni da quelli che il legislatore ha assunto, sul piano politico legislativo, come presupposto e giustificazione dell'agevolazione in commento”, aggiungendo

²⁰⁰ Agenzia delle Entrate, Risposta n. 503 del 28 novembre 2019, banca dati Fisconline.

²⁰¹ Legge n. 296 del 27 dicembre 2006, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*, articolo 1, comma 1093: “Le società di persone, le società a responsabilità limitata e le società cooperative, che rivestono la qualifica di società agricola ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 29 marzo 2004, n. 99, come da ultimo modificato dal comma 1096 del presente articolo, possono optare per l'imposizione dei redditi ai sensi dell'articolo 32 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni”.

²⁰² Secondo l'articolo 32, primo comma del TUIR: “Il reddito agrario è costituito dalla parte del reddito medio ordinario dei terreni imputabile al capitale d'esercizio e al lavoro di organizzazione impiegati, nei limiti della potenzialità del terreno, nell'esercizio di attività agricole su di esso”.

²⁰³ Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 177/E del 28 aprile 2008, *Rivista di Diritto Tributario*, II, 2008, 618ss.

che ha abusato “della autonomia negoziale riconosciuta dall’ordinamento civilistico” per “conseguire un risparmio di imposta da considerarsi indebito”²⁰⁴.

Dal punto di vista delle valide ragioni economiche, l’Agenzia delle Entrate ritiene che, l’unica ragione presentata dalla società manchi della caratteristica principale di validità, in quanto l’operazione straordinaria in oggetto non raggiunge il proprio scopo “in modo fisiologico e strutturale, ma attraverso aggiramenti che generano risultati indebiti, realizzando in tal modo le condizioni richieste dall’art. 37-bis citato”²⁰⁵. Inoltre, l’Amministrazione finanziaria ritiene che la motivazione del contribuente in merito alla non esistenza dell’agevolazione in origine, non sia una valida ragione economica se si considera che il legislatore ha intenzionalmente voluto escludere da tale normativa le società per azioni per le quali vige un divieto di accesso a questa possibilità.

L’Agenzia conclude, dunque, ritenendo elusiva l’operazione di trasformazione.

Ciò che appare da questa Risoluzione dell’Amministrazione finanziaria è che essa sia il risultato di un fraintendimento della norma antielusiva e di una grande confusione sul tema²⁰⁶.

Uno degli argomenti trattati in questa Risoluzione riguarda proprio le valide ragioni economiche perché, come abbiamo già approfondito nei paragrafi precedenti di questo capitolo, nella prassi e nella giurisprudenza sono state utilizzate dagli operatori del settore come per basare il proprio giudizio di elusività, dando loro una rilevanza maggiore rispetto a quella che dovrebbero avere in queste situazioni²⁰⁷. Tanto è vero questo che appare dimenticata la differenza tra pianificazione fiscale ed abuso del diritto.

Come abbiamo già richiamato più volte, la pianificazione fiscale rappresenta l’autonomia negoziale garantita al contribuente che gli consente in totale libertà di poter scegliere, tra le alternative possibili, quella che ritiene migliore anche comprendendo una riduzione del carico fiscale rispettando, comunque e totalmente, le norme tributarie previste dall’ordinamento. Da ciò deriva come la società abbia la libertà di scegliere la sua natura in sede di costituzione, ma anche in un momento successivo durante la sua vita attraverso la trasformazione oppure un’altra operazione straordinaria, anche per accedere ad un regime fiscale agevolato che viene predisposto dal legislatore stesso²⁰⁸ senza nessun aggiramento normativo²⁰⁹.

²⁰⁴ Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 177/E del 28 aprile 2008, *op. cit.*, 620.

²⁰⁵ Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 177/E del 28 aprile 2008, *op. cit.*, 620.

²⁰⁶ Stevanato D., *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria: è davvero aggirato lo spirito della legge?*, Corriere Tributario, n. 21, 2008, 1722. Cfr. Beghin M., *La trasformazione di società per ragioni esclusivamente fiscali: ancora equivoci in tema di elusione tributaria*, Rivista di Diritto Tributario, II, 2008, 622.

²⁰⁷ Beghin M., *La trasformazione di società per ragioni esclusivamente fiscali: ancora equivoci in tema di elusione tributaria*, *op. cit.*, 622-623.

²⁰⁸ Beghin M., *La trasformazione di società per ragioni esclusivamente fiscali: ancora equivoci in tema di elusione tributaria*, *op. cit.*, 624, in cui l’Autore evidenzia in modo ben preciso questo passaggio: “In questa prospettiva, non è elusivo l’adeguamento della sequenza negoziale ad una scansione temporale prevista dalla legislazione fiscale, come potrebbe accadere, per esempio, nel caso della cessione a titolo oneroso di un

Se così non fosse, ci si troverebbe in una situazione totalmente contraria ai principi di uguaglianza e di contribuzione (rispettivamente articolo 3 ed articolo 53 della Cost.) previsti nel nostro ordinamento²¹⁰.

Oltre alla violazione della *ratio* normativa, la società avrebbe dovuto ottenere un vantaggio fiscale indebito da tale operazione per essere considerata elusiva, come previsto dall'art. 37-bis²¹¹. Ma, anche in questo caso, non si riesce ad identificare nella fattispecie del contribuente il raggiungimento di questo minor carico fiscale ottenuto in modo illecito: la società non ha aggirato nessuna normativa per ottenere un vantaggio indebito. Invece si è adeguata, attraverso l'operazione di trasformazione, per possedere i requisiti previsti dall'agevolazione fiscale introdotta dallo stesso legislatore e non ottenendola in modo fraudolento, ricordando che l'art. 1, comma 1093 della Legge Finanziaria del 2007 non sottolinea esplicitamente nessuna differenza tra le società a responsabilità limitata nate già come tali oppure coloro che lo sono diventate in un momento successivo mediante un'operazione straordinaria²¹².

Alla luce di queste valutazioni è possibile ritenere che, la trasformazione in questione, non rientri nella fattispecie elusiva prevista dall'articolo 37-bis in quanto non soddisfa nessun requisito previsto.

E' possibile trarre le stesse conclusioni anche nel caso di operazione straordinaria di trasformazione da società responsabilità limitata a società semplice agricola²¹³.

In questa seconda situazione prospettata, la fattispecie non rientra in un'ipotesi di elusività in quanto non permette di conseguire nessun vantaggio fiscale indebito, considerato che il regime fiscale che le società semplici adottano corrisponde esattamente a quello applicato alle S.r.l. agricole che aderiscono all'agevolazione fiscale prevista all'art. 1, comma 1093 della Legge Finanziaria 2007.

immobile in un arco infraquinquennale o ultraquinquennale, con differente impatto sulla plusvalenza riconducibile alla categoria dei redditi diversi”.

²⁰⁹ Stevanato D., *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria: è davvero aggirato lo spirito della legge?*, *op. cit.*, 1721.

²¹⁰ Leo M., *La trasformazione di S.r.l. agricola in società semplice: trattamento fiscale e profili elusivi*, *Il Fisco*, n. 21, 2014, 2053.

²¹¹ Stevanato D., *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria: è davvero aggirato lo spirito della legge?*, *op. cit.*, 1723. L'Autore sottolinea, all'interno di una nota a testo, come l'Amministrazione finanziaria non abbia tenuto conto del fatto che non obbligatoriamente la società a responsabilità limitata che accede a quel regime agevolativo ottiene un risparmio d'imposta: “Si pensi ad esempio ad una società con un risultato di bilancio negativo, che invece si trovi a pagare imposte proprio in virtù della scelta di determinare il proprio reddito su basi catastali. E' vero che la determinazione del reddito su basi catastali ha meramente natura agevolativa, comportando un minor carico tributario rispetto all'ipotesi di determinazione del reddito su basi analitico-contabili. Ma ciò non è conseguenza automatica, potendosi verificare una situazione esattamente opposta”.

²¹² Beghin M., *La trasformazione di società per ragioni esclusivamente fiscali: ancora equivoci in tema di elusione tributaria*, *op. cit.*, 627-628.

²¹³ Leo M., *La trasformazione di S.r.l. agricola in società semplice: trattamento fiscale e profili elusivi*, *op. cit.*, 2052-2053.

Tanto è vero, a maggior ragione, quando la S.r.l. ha già adottato l'agevolazione prevista dal legislatore in quanto si avrebbe, con l'operazione di trasformazione in società semplice, una "continuità del regime tributario"²¹⁴.

Inoltre, anche in questo caso, si tratta di una scelta della società avvenuta in un ambito di corretto esercizio del proprio diritto di pianificazione fiscale e non mediante la volontà di aggiramento delle norme tributarie.

Infine, nell'ambito delle valide ragioni extrafiscali, attraverso la trasformazione in una società semplice, il contribuente potrebbe voler perseguire l'obiettivo di una migliore gestione dell'attività d'impresa, dovuta da una semplificazione notevole della struttura organizzativa rispetto alla società a responsabilità limitata. Inoltre, la società potrebbe desiderare una forma più flessibile e semplice dell'atto costitutivo in modo da poterlo personalizzare con maggiore libertà godendo, in aggiunta, di minori adempimenti legali²¹⁵.

In conclusione, è possibile rilevare come, nella maggior parte delle operazioni di trasformazione, le valide ragioni extrafiscali (o "economiche" fino all'entrata in vigore dell'art. 10-bis della legge n. 212/2000) abbiano un ruolo fondamentale nel determinare l'elusività o meno di una specifica operazione posta in essere dal contribuente.

2.3 L'operazione di scissione e le valide ragioni extrafiscali

La scissione è un'operazione straordinaria che può essere realizzata secondo due modalità differenti: esiste la possibilità di porre in essere una scissione parziale ovvero una società decide di trasferire una parte del proprio patrimonio in capo ad un'altra o più società in cui i soci avranno il possesso delle azioni o quote; oppure una scissione totale in cui l'intero patrimonio della scissa viene trasferito ad un'altra società, definita beneficiaria, di nuova costituzione o già costituita in cui i soci della scissa si vedranno assegnati le loro relative azioni o quote con l'effetto di estinzione della società scissa.

Come l'operazione di trasformazione e, come vedremo poi, anche di fusione, la scissione è un'operazione neutra dal punto di vista della tassazione fiscale, come previsto dall'articolo 173 del TUIR, primo comma²¹⁶, in quanto non realizza plusvalenze o minusvalenze.

²¹⁴ Leo M., *La trasformazione di S.r.l. agricola in società semplice: trattamento fiscale e profili elusivi*, op. cit., 2054.

²¹⁵ Leo M., *La trasformazione di S.r.l. agricola in società semplice: trattamento fiscale e profili elusivi*, op. cit., 2049ss.

²¹⁶ Articolo 173 del TUIR, primo comma: "La scissione totale o parziale di una società in altre preesistenti o di nuova costituzione non dà luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni della società scissa, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento".

Anche per questa operazione straordinaria d'impresa, il contribuente potrebbe essere considerato un elusore da parte dell'Amministrazione finanziaria e per questo sono presenti molteplici valide ragioni extrafiscali che potrebbero rappresentare il valido motivo alla base dell'operazione che la società ha posto in essere e con cui può far "scardinare" la prospettiva di abuso del diritto nei confronti dell'Amministrazione.

Una di queste valide ragioni, nella prospettiva "economico-gestionale"²¹⁷, è rappresentata dalla possibilità o la necessità di limitare, attraverso la scissione, i dissidi tra i soci che potrebbero causare degli "effetti dannosi" all'interno della gestione societaria²¹⁸. Inoltre, i soci potrebbero voler porre in essere un'operazione di questo tipo per aumentare la propria posizione nel mercato raggiungendo determinate economie di scala oppure per finalità di riorganizzazione aziendale separando specifici rami d'impresa (soprattutto se la società si occupa di diverse attività) per consentire di gestire al meglio ognuno di essi aumentando la qualità e l'efficienza nel conseguimento dell'oggetto sociale²¹⁹ e di poter procedere con nuove acquisizioni raggiungendo, in questo modo, anche la finalità di frazionamento del rischio d'impresa²²⁰.

Un'ulteriore ragione rilevante è il ricambio generazionale: attraverso la scissione è possibile consentire l'ingresso di nuovi soci più giovani ma mantenendo, eventualmente, la titolarità in capo ai soci più anziani.

Un'operazione di scissione può essere svolta per raggiungere più di una di queste valide ragioni extrafiscali, ricordando, però, che se alla base si insinua solo una motivazione di riorganizzazione o di suddivisione del rischio d'impresa, sarà molto più difficile convincere l'Amministrazione finanziaria che non si tratta di una fattispecie elusiva, soprattutto se dopo l'operazione di scissione la società procede con alcune operazioni sulle partecipazioni dei soci nei confronti di soggetti terzi per cui i soci stessi ottengono una riduzione dell'onere fiscale.

All'inverso, se alla base della scissione si trovano delle motivazioni di miglioramento della gestione societaria, anche se *ante* o *post* dell'operazione la società effettua delle ulteriori operazioni sulle partecipazioni dei soci sarà meno difficile per il contribuente eliminare la classificazione della propria fattispecie come elusiva.

Per quanto concerne la dimostrazione da parte del contribuente della presenza delle valide ragioni extrafiscali, quest'ultimo può farle valere sia in sede di interpello preventivo sia presentarle successivamente qualora gli venissero richiesti dei chiarimenti ulteriori da parte dell'Amministrazione finanziaria.

²¹⁷ Carriolo F., *Ipotesi di scissione societaria elusiva e non*, Il Fisco, n. 27, 2009.

²¹⁸ Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, 5. Si veda anche Zanetti E., *Risoluzione n. 256/E del 2 ottobre 2009 – Scissioni societarie ed elusione fiscale*, Il Fisco, n. 38, 2009 e Carriolo F., *op. cit.*

²¹⁹ Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, 5.

²²⁰ Zanetti E., *op. cit.*

Il contribuente può decidere di esporle all'interno della relazione degli amministratori, accompagnatoria del progetto di scissione, come previsto dall'articolo 2506-*bis* e dell'articolo 2506-*ter* del codice civile, in cui si prevede che possa essere inserita la spiegazione dell'operazione straordinaria in essere anche dal punto di vista giuridico ed economico²²¹.

2.3.1 Scissione parziale proporzionale

Nell'ambito del caso particolare di scissione parziale proporzionale, ci sono stati diversi pareri²²² espressi nella prassi dall'Amministrazione finanziaria tutti caratterizzati, a differenza degli orientamenti più recenti, dall'utilizzo distorto della clausola generale antielusiva (sia l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 sia l'articolo 10-bis della legge n. 212/2000) in cui si è fatto riferimento alle valide ragioni extrafiscali (o economiche) come se fossero un presupposto per la determinazione di una fattispecie elusiva.

Un esempio è rappresentato dal parere emesso dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive n. 11 del 22 marzo 2007 – 5 aprile 2007 in cui una società possiede un immobile e, considerato il calo delle vendite, vorrebbe cederlo parzialmente in locazione a terzi procedendo con un'operazione straordinaria di scissione parziale proporzionale.

La valida ragione economica, in questo specifico caso, riguarda la possibilità di separare la loro attività commerciale con l'attività immobiliare in modo da garantire un maggiore efficientamento nella gestione di entrambe. Il giudizio presentato ritiene che non sia presente un'ipotesi di elusività in questo caso ma, come accennato in precedenza, basa il proprio parere sulla rilevanza delle valide ragioni economiche²²³, tanto è vero che, nel giungere alle conclusioni, si giustifica in questo modo: “la prospettata scissione parziale proporzionale consentirà di separare e specializzare la gestione degli immobili, ottimizzandola, funzionalmente ad una strategia di riorganizzazione aziendale e in un contesto imprenditoriale attivo. (...) L'operazione in esame appare, quindi, obiettivamente finalizzata alla realizzazione di situazioni giuridico-economiche propriamente riconducibili alle finalità tipiche di una scissione e non strumentale a soddisfare finalità proprie di atti o negozi giuridici fiscalmente più onerosi per il contribuente”²²⁴. Ritengo doveroso sottolineare, in questa

²²¹ Zanetti E., *op. cit.* Si veda anche il Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, 6.

²²² I pareri che analizzeremo di seguito sono: Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 11 del 22 marzo 2007 – 5 aprile 2007; Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 28, 4 ottobre 2006; Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 51 del 15 dicembre 2005; Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 20 del 9 maggio 2007.

²²³ Beghin M., *Elusione tributaria, contribuenti zelanti e valide ragioni economiche*, *op. cit.*, 627.

²²⁴ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 11 del 22 marzo 2007 – 5 aprile 2007.

situazione, che l'idea di un possibile abuso del diritto era quasi impossibile considerando che non esisteva nessun risparmio d'imposta, tanto meno indebito, per il contribuente²²⁵.

Un altro significativo esempio riguarda sempre il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive e il suo parere n. 28 emesso il 4 ottobre 2006. Come nel caso precedente, la società vorrebbe porre in essere un'operazione di scissione parziale proporzionale per suddividere l'attività industriale con l'attività immobiliare che confluirebbe in una società a responsabilità limitata di nuova costituzione. Alla base di questa loro volontà, i soci hanno presentato all'Amministrazione finanziaria, come valide ragioni economiche, lo scopo di rinnovare la compagine sociale in quanto i soci più anziani non sono più in grado di rispondere alle esigenze del mercato ed è per questo che, *post* scissione, vorrebbero far entrare nuova "forza lavoro" per ampliare l'area commerciale e riuscire ad espandersi a livello mondiale cedendo il 60% del capitale sociale. Il Comitato, valutato tutto questo, ha espresso il suo parere basandosi, ancora una volta, sulle valide ragioni economiche presentate dal contribuente, sostenendo che l'operazione di scissione non sembra rivolta al raggiungimento delle finalità tipiche di questa operazione, ma "rappresenterebbe solo una fase intermedia di un più complesso disegno unitario finalizzato alla creazione di una mera società contenitore (la scissa) destinata ad accogliere il ramo operativo dell'azienda da far circolare successivamente sotto forma di partecipazioni" e per questo è da considerarsi priva di valide ragioni economiche e quindi elusiva²²⁶.

Non ci troviamo perfettamente d'accordo con questo parere emesso dall'Amministrazione finanziaria in quanto, rimanendo sempre nell'ambito delle valide motivazioni alla base dell'operazione, la cessione del 60% del capitale corrisponde esattamente alla volontà di voler modificare l'assetto proprietario della società in modo da ottenere la nuova gestione che meglio corrisponde agli obiettivi aziendali che vogliono raggiungere. Inoltre, l'Amministrazione ritiene che, in questo caso, non si creino due "complessi aziendali autonomamente funzionanti" ma in realtà è proprio quello che succede considerato che, con la scissione, la società otterrà una netta separazione tra l'attività industriale e quella immobiliare, in modo da agevolarne la gestione²²⁷.

All'inverso sono presenti, nella prassi, anche dei pareri emessi dal medesimo Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive favorevoli al contribuente, considerando l'operazione di scissione non elusiva ma sostenendo il suo giudizio sempre sulle valide ragioni economiche presentate dal contribuente stesso.

²²⁵ Beghin M., *Elusione tributaria, contribuenti zelanti e valide ragioni economiche*, op. cit., 626.

²²⁶ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 28, 4 ottobre 2006.

²²⁷ Beghin M., *L'elusione tributaria tra sviste interpretative sul concetto di "aggiramento" e conseguenti fenomeni di "illusione ottica" quanto all'asistematicità dei vantaggi fiscali conseguiti*, op. cit., 242.

Un caso di questi è il parere n. 51 del 15 dicembre 2005 in cui, sempre nell'ambito di una scissione parziale proporzionale, il contribuente, che svolge attività di gestione ed acquisizione di immobili, vorrebbe procedere trasferendo alla società beneficiaria gli immobili più retrodatati da lui posseduti. Le valide ragioni economiche che pone alla base della sua scelta riguardano la possibilità di separare gli immobili di vecchia acquisizione rispetto a quelli acquistati più recentemente e consentire l'ingresso di un terzo finanziatore (rispetto ai due soci già presenti) che consentirà di porre in essere delle importanti ristrutturazioni da gestire in modo più economico, in quanto nella beneficiaria verrebbe a crearsi un complesso di immobili di maggiori dimensioni e tutti concentrati nella medesima area geografica.

Nell'esprimersi l'Amministrazione finanziaria ha pienamente condiviso queste ragioni esposte dal contribuente, sostenendo che l'operazione in oggetto soddisfa le finalità tipiche di un'operazione di scissione consentendo di ridurre gli oneri per la ristrutturazione immobiliare e di raggiungere delle importanti economie di scala che non sarebbero mai state raggiunte con altre operazioni alternative²²⁸.

Un ultimo esempio della prassi in merito deriva dal parere n. 20 del 9 maggio 2007 che riguardava il caso di una società che svolge due attività, una artigiana e una di tipo commerciale ed è proprietaria di diversi immobili. Attraverso l'operazione di scissione parziale proporzionale vorrebbe suddividere queste tre macro aree di cui si occupa, spostando l'attività artigiana e quella commerciale in due Newco distinte e lasciare in capo alla scissa la gestione immobiliare. Anche in questo caso, il contribuente espone le proprie valide ragioni economiche sottolineando come questa operazione gli permetterebbe di suddividere le attività in modo tale da migliorarne la gestione di ciascuna e di reperire il capitale di rischio per le due nuove società beneficiare essendo state esonerate della parte immobiliare.

Il Comitato ha rilevato, in questa fattispecie, una non elusività dell'operazione in quanto, così prevista, risponde alla finalità tipica dell'operazione di scissione ed è orientata ad una riorganizzazione aziendale più efficiente suddividendo le diverse attività²²⁹ e basandosi, quindi, ancora una volta sulle valide ragioni economiche.

Uno scostamento rispetto a questa "tradizione", se così si può definire, è stata rinvenuta nelle valutazioni emesse dall'Agenzia delle Entrate negli ultimi anni²³⁰ in cui, ovviamente, faceva

²²⁸ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 51 del 15 dicembre 2005.

²²⁹ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 20 del 9 maggio 2007.

²³⁰ Si veda sul punto: Risposta n. 75 del 20 novembre 2018, *Valutazione anti-abuso di scissione parziale del ramo immobiliare a favore della società controllante*; Risposta n. 65 del 8 novembre 2018, *Valutazione anti-abuso scissione parziale proporzionale*; Risposta n. 68 del 15 novembre 2018, *Valutazione anti-abuso scissione parziale asimmetrica contestuale tra due società*.

riferimento non più all'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 ma all'articolo 10-bis della legge n. 212/2000.

In queste valutazioni, per la maggior parte valutazioni anti-abuso, l'Amministrazione finanziaria ha diminuito l'importanza delle valide ragioni extrafiscali, non ponendole più come un requisito per la determinazione di un'operazione elusiva, ma si è basata, come correttamente prevede la clausola generale antiabuso, sull'individuazione della mancanza di sostanza economica e sulla presenza del vantaggio fiscale indebito.

A prova di ciò, in alcune di queste valutazioni, l'Agenzia delle Entrate, mentre espone il proprio giudizio sulla elusività o meno della fattispecie, si basa principalmente sul vantaggio fiscale indebito ritenendo che, qualora esso non fosse presente, allora l'operazione posta in essere è da considerarsi non elusiva.

2.3.2 Scissione parziale non proporzionale

Nello specifico caso della scissione parziale (o totale) non proporzionale non è ben chiaro come si applicasse la clausola antielusiva prevista all'ex articolo 37-bis, in quanto non ci si capacita di quale possa essere il vantaggio fiscale indebito a favore della società che possa emergere da questa operazione che risulta, invece, vantaggiosa per i soci che possono realizzare degli atti dispositivi sulle partecipazioni al termine della scissione²³¹.

Tanto è vero questo che l'Amministrazione finanziaria, proprio perché teme queste successive operazioni in ambito di partecipazioni dei soci, nell'esprimere il suo parere si proietta già in quello che non è ancora accaduto ma che potrebbe accadere *post* scissione²³².

Un esempio di questa situazione lo si rinviene nel parere n. 40 del 18 dicembre 2006 espresso dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive nel quale la società in merito voleva suddividere l'attività industriale da quella di gestione immobiliare attraverso una scissione parziale non proporzionale, con l'obiettivo di migliorare la gestione e l'organizzazione delle risorse necessarie per queste due attività.

Come nei casi precedenti che abbiamo analizzato, anche in questo, l'Amministrazione finanziaria pone al centro delle sue valutazioni le valide ragioni economiche ma, a differenza di altri pareri esposti, qui subordina la validità di queste motivazioni ad una condizione futura che non è accaduta ma potrebbe accadere. Nonostante venga già commesso a priori l'errore di basare il proprio giudizio su questo esimente quando dovrebbe essere basato sul vantaggio

²³¹ Lupi R., *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazione della fusione e fobie antielusive*, Il Fisco, n. 7, 1993, 2209.

²³² Artuso E., *La non elusività della scissione tra valide ragioni economiche e future vicende del rapporto partecipativo*, Rivista di Diritto Tributario, II, 2007.

fiscale indebita che il contribuente cerca di ottenere aggirando obblighi e divieti, il Comitato non valuta le motivazioni alla luce di potenziali finalità extrafiscali ma le considera valide se gli immobili, nel futuro, non verranno utilizzati per scopi personali dei soci e se la società, con l'intenzione di allargare la propria compagine sociale, non cederà ai nuovi soci la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto in assemblea.

Il parere finale emesso di non elusività è pienamente condivisibile ma il percorso logico con cui viene emesso, non esattamente. L'operazione in questo caso risulta essere basata su ragioni economiche coerenti con l'attività imprenditoriale ma si deve valutare sulla base delle circostanze reali fornite dal contribuente e non in merito a delle fattispecie non realizzate e che ipoteticamente il contribuente potrebbe realizzare, creando delle difficoltà al contesto economico e al rapporto di certezza tra fisco e contribuente²³³.

Un altro caso da porre all'attenzione del lettore riguarda il parere n. 10 del 22 marzo 2007 in cui la compagine sociale della società protagonista è composta da due nuclei famigliari in cui sono sorti dei dissidi importanti in merito alla gestione della società e, per questo motivo, vorrebbero procedere con una scissione parziale non proporzionale creando una nuova società e assegnando alle due famiglie ciascuna la propria società.

Secondo il parere espresso dall'Amministrazione finanziaria l'aspetto problematico in questione è rappresentato dalle modalità con cui i soci vorrebbero procedere alla scissione ovvero estraendo a sorte quale famiglia diventerà proprietaria di quale società. Ed è proprio su questo aspetto che il Comitato basa la propria valutazione ritenendo suddetta scissione elusiva perché priva di valide ragioni economiche.

Quello che è chiaramente visibile è che, con questo metodo "a sorte", potrebbe ricomporsi la situazione di partenza prima della scissione non risolvendo, quindi, il problema dei dissidi tra i soci. Ma, detto ciò, rimane da chiedersi quanto rileva lo strumento utilizzato rispetto alla finalità. Considerato che i dissidi tra soci corrispondono ad una valida ragione economica per porre in essere un'operazione straordinaria di scissione, il metodo utilizzato non dovrebbe innescare, con tanta forza, l'elusività dell'operazione, anche perché potrebbe obbligare i soci a ricorrere alla liquidazione che non rappresenta un'alternativa alla scissione²³⁴.

Un ultimo caso di specie in cui viene ancora utilizzato l'esimente delle valide ragioni economiche riguarda il parere n. 31 del 4 ottobre 2006 emesso dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, in cui una società svolge attività di compravendita e di gestione di immobili e i soci vorrebbero proseguire con una scissione parziale non proporzionale per suddividere gli immobili utilizzati come negozi e quelli utilizzati come

²³³ Artuso E., *op. cit.*, 414.

²³⁴ Muraro D., *Elusione Fiscale, dissidi tra i soci e sorteggio delle quote di partecipazione da assegnare in occasione della scissione societaria*, Rivista di Diritto Tributario, n. 10, 2007, II, 618.

ufficio e magazzino. Le valide ragioni economiche da loro esposte riguardano, principalmente, i frequenti dissidi tra i soci in merito alla gestione del patrimonio immobiliare ma, mediante l'operazione in oggetto, la società continuerebbe la propria attività nel mercato e non sono presenti prospettive di cessione di partecipazioni o di ingresso di nuovi soci.

Nel suo giudizio l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che l'operazione non fosse sorretta da valide ragioni economiche in quanto le finalità non riguardano una riorganizzazione aziendale e non rileva né il beneficio né la miglior gestione dalla suddivisione del patrimonio immobiliare tra la scissa e la beneficiaria; inoltre conclude la sua valutazione sottolineando come la scissione, in questo caso, rappresenti uno strumento utilizzato unicamente per evitare la cessione di beni tra le società o la ripartizione di questi fra i soci, considerando quest'ultime operazioni come più congrue e più onerose dal punto di vista tributario.

Il parere appena riportato è assoggettabile a numerose riflessioni in merito.

Innanzitutto, come già ripetuto più volte, non è rispettoso della *ratio* normativa far riferimento alle valide ragioni economiche come un requisito per l'individuazione di un'operazione elusiva, ma dovrebbero essere valutate successivamente, quando il giudizio è già stato espresso da parte del Comitato.

Considerato ciò, l'Amministrazione finanziaria ha riportato nelle motivazioni del suo giudizio delle operazioni che la società avrebbe dovuto porre in essere ma, quest'ultime, non sono da considerarsi come alternative all'operazione di scissione parziale non proporzionale.

Su questo, un aspetto da sottolineare è che l'Agenzia delle Entrate non può deviare la scelta del contribuente sulle operazioni più onerose dal punto di vista fiscale²³⁵ in quanto concorre il rischio di creare un precedente secondo il quale le operazioni meno onerose dal punto di vista tributario verranno classificate sempre come elusive²³⁶.

2.3.3 Scissione totale

Concludiamo l'analisi dell'operazione straordinaria di scissione con l'ultima tipologia ovvero la scissione totale. Come abbiamo già richiamato all'inizio del paragrafo, nella scissione totale avviene una separazione dell'intero patrimonio societario che viene trasferito in capo ad un'altra società già esistente o di nuova costituzione e la società scissa si estingue.

²³⁵ Muraro D., *L'aprioristico predominio delle "valide ragioni economiche" nella formulazione del giudizio di elusività*, Rivista di Diritto Tributario, n. 6, 2007, II, 393.

²³⁶ Il punto in questione è stato, fortunatamente, chiarito con l'introduzione del nuovo articolo 10-bis della legge n. 212/2000 nel quale, al quarto comma, prevede espressamente la libertà del contribuente di scegliere l'alternativa che preferisce tra quelle previste dall'ordinamento tributario, anche se la sua preferenza comportasse un carico fiscale inferiore.

Una particolare situazione si è verificata nel parere n. 42 del 18 dicembre 2006, dove il Comitato ha ritenuto invalide le ragioni economiche perché non prestata sufficiente documentazione a suo sostegno da parte del contribuente.

Il caso riguardava una società che si occupa di gestione e locazione di immobili e, successivamente a numerosi dissidi tra i soci, vorrebbe porre in essere una scissione totale assegnando le nuove quote ai soci già preesistenti in modo proporzionale e proseguendo con una permuta delle partecipazioni tra i soci stessi.

Il Comitato considera quest'operazione elusiva in quanto le valide ragioni economiche basate sui dissidi tra i soci non sono state adeguatamente approfondite e documentate da parte del contribuente e aggiunge che lo scopo principale dell'operazione in oggetto consiste nell'ottenere un vantaggio fiscale indebito²³⁷.

L'Amministrazione finanziaria avrebbe dovuto comportarsi diversamente su due fronti: prima di tutto avrebbe dovuto focalizzarsi sull'operazione completa considerando la scissione totale e la successiva permuta. La scissione totale, così come riportata dal contribuente, non dà origine a nessun vantaggio fiscale indebito, in realtà è la permuta un'operazione che genera materia imponibile (a differenza della scissione che è un'operazione neutrale) e la società avrebbe potuto porre in essere una scissione non proporzionale per aggirarla ma non l'ha fatto e questo aspetto è stato totalmente non considerato dal Comitato.

Inoltre, per la mancanza di prove documentali a sostegno delle valide ragioni economiche, l'Amministrazione finanziaria avrebbe potuto richiedere al contribuente un'integrazione della documentazione prima di considerarle totalmente inesistenti²³⁸.

Nel tempo sono emersi anche dei pareri del Comitato pienamente condivisibili in cui l'unica critica sollevabile riguarda il metodo per giungere a quella conclusione, in quanto pone sempre al centro l'esimente delle valide ragioni economiche. Un esempio è il parere n. 13 del 22 marzo 2007 nel quale due soci al 50% vorrebbero attuare una scissione totale a favore di due beneficiari mantenendo intatta la compagine sociale per risolvere i loro dissidi in ambito di futura gestione della società. Attraverso questa operazione straordinaria avrebbero la possibilità di evitare una divisione del patrimonio ma consentirebbe ad un socio di godere degli immobili e all'altro di utilizzarli ai fini dell'attività imprenditoriale.

L'Amministrazione finanziaria ha sostenuto che, in questo caso, non sono previste dai soci delle nuove attività imprenditoriali, dai bilanci presentati non emerge nessuna strategia da adottare o una struttura aziendale, tanto è vero che potrebbero considerarsi (le società beneficiarie) come dei meri contenitori vuoti. Inoltre, i soci hanno manifestato la volontà di

²³⁷ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 42 del 18 dicembre 2006.

²³⁸ Giaretta L., *L'elusione tributaria tra inesistenti vantaggi asistemati e lacune documentali*, Rivista di Diritto Tributario, n. 7-8, II, 2007, 449.

“congelare”, anche *post* scissione, la compagine sociale quindi non risolverebbero comunque il problema, da loro menzionato, dei numerosi dissidi in merito alla gestione aziendale. Il Comitato conclude classificando questa fattispecie come elusiva, considerando che avrebbero potuto sciogliere il vincolo della società e suddividere tra i soci il patrimonio immobiliare ma hanno aggirato la normativa per evitare il maggior carico fiscale²³⁹.

Come già anticipato, e come è possibile scorgere dal ragionamento sviluppato dal Comitato che ho cercato di riportare qui in breve, le conclusioni e le valutazioni raggiunte sono pienamente condivisibili ma non è corretto che si basino esclusivamente sulle valide ragioni economiche che, anche in questo caso, hanno rappresentato l'unico criterio per la determinazione dell'abuso del diritto²⁴⁰.

2.4 Fusione: ipotesi di elusività e valide ragioni extrafiscali

Per poter comprendere al meglio come si identifica l'abuso del diritto in questa operazione straordinaria, procediamo esponendo dei brevi cenni in materia fiscale.

L'operazione di fusione si configura, secondo l'articolo 2501 del codice civile, primo comma,²⁴¹ attraverso la costituzione di una nuova società oppure per incorporazione in una società già esistente. Come le operazioni di trasformazione e di scissione, anche la fusione è caratterizzata dall'essere un'operazione neutrale (anche per i soci) in merito ad eventuali plusvalenze o minusvalenze²⁴². Le partecipazioni dei soci, in questo contesto, vengono annullate e sostituite con le partecipazioni della nuova società risultante dalla fusione o della società incorporante e il rapporto di concambio di queste partecipazioni risulta essere neutrale dal punto di vista fiscale²⁴³.

Aggiungo, senza dilungarmi, che l'operazione di fusione dà origine ad avanzi o disavanzi da annullamento²⁴⁴ quando avviene l'annullamento delle partecipazioni nell'incorporata e dalla

²³⁹ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 13 del 22 marzo 2007.

²⁴⁰ Beghin M., *Il predominio delle valide ragioni economiche e l'inesistente indagine sull'asistematicità dei vantaggi tributari generati dall'operazione straordinaria*, Rivista Diritto Tributario, n. 10, 2007, 636.

²⁴¹ Riportiamo per semplificazione al lettore l'articolo 2501 del codice civile, primo comma: “La fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società, o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre.”

²⁴² Come previsto dal primo comma dell'articolo 172 del TUIR: “La fusione tra due o più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate comprese quelle relative alle riserve e il valore di avviamento”.

²⁴³ Secondo quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 172 del TUIR: “Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa fatta salva l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7 e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87”.

²⁴⁴ Per stabilire un avanzo o un disavanzo da annullamento si calcola la differenza tra la somma totale delle attività e quella delle passività; da questa differenza emerge il valore del patrimonio netto dell'incorporata che si confronta con il valore delle partecipazioni nel bilancio dell'incorporante. In particolare, si ha avanzo da annullamento quando il valore contabile del patrimonio netto dell'incorporata è superiore al valore contabile

contemporanea immissione nella sua contabilità dei valori delle attività e delle passività dell'incorporante; oppure ad avanzi o disavanzi da concambio²⁴⁵ quando l'aumento del capitale sociale deliberato dall'incorporante per il concambio non coincide con il valore contabile del patrimonio netto dell'incorporata. In entrambi i casi, il legislatore specifica, nuovamente, che non rilevano fiscalmente²⁴⁶.

Dopo queste brevi nozioni di carattere tributario ci ricollegiamo all'ambito dell'abuso del diritto in quanto, nell'operazione di fusione, viene concessa la possibilità di riportare le perdite fiscali pregresse delle società coinvolte nella fusione. Questa agevolazione è assolutamente lecita, tanto che è stata prevista dallo stesso legislatore e può essere utilizzata all'interno di una valida ragione extrafiscale non marginale di riorganizzazione aziendale oppure di ristrutturazione dei reparti produttivi; ma, nel momento in cui la fusione viene utilizzata a scopo esclusivo di trarre beneficio dalle perdite presentate da una o più delle società partecipanti alla fusione, si accede all'interno dell'elusione fiscale in quanto si è aggirata la normativa in materia. Per evitare questi comportamenti elusivi da parte del contribuente, il legislatore ha posto dei limiti all'utilizzo di questa agevolazione, previsti dall'articolo 172 del TUIR, settimo comma. In particolare, il legislatore ha cercato di evitare l'elusione fiscale attraverso la fusione con società inattive introducendo due limiti: innanzitutto, per poter riportare le perdite fiscali pregresse, l'incorporata deve aver conseguito ricavi e proventi riferiti alla sua attività caratteristica e spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi superiori al 40% rispetto a quelli conseguiti nella media dei due anni precedenti; inoltre, il riporto delle perdite è consentito ma nel limite massimo dell'ammontare complessivo del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio o, se inferiore, nell'importo risultante dalla situazione patrimoniale di fusione²⁴⁷.

Premesso tutto ciò, procediamo ad analizzare il comportamento tenuto nella giurisprudenza e nella prassi in merito alle ipotesi di elusività nell'operazione di fusione con particolare rilievo al ruolo delle valide ragioni extrafiscali (o economiche).

delle partecipazioni nel bilancio dell'incorporante; si ha, invece, disavanzo da annullamento quando il valore contabile del patrimonio netto dell'incorporata è inferiore al valore contabile delle partecipazioni nel bilancio dell'incorporante.

²⁴⁵ In questo caso, per il calcolo di avanzo o disavanzo da concambio, si calcola la differenza tra l'aumento del capitale sociale in capo all'incorporante e il valore del patrimonio netto contabile dell'incorporata. Se l'aumento del capitale sociale è inferiore al valore del patrimonio netto contabile si ha avanzo da concambio; se l'aumento del capitale sociale è superiore al valore del patrimonio netto contabile si avrà disavanzo da concambio.

²⁴⁶ Come prevede l'articolo 172 del TUIR, secondo comma: "Nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio per effetto del rapporto di cambio delle azioni o quote o dell'annullamento delle azioni o quote di alcuna delle società fuse possedute da altre. (...)".

²⁴⁷ Zizzo G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia, op. cit.*, 703-708.

Un primo esempio riguarda il parere n. 27 del 21 settembre 2005 espresso dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive in un caso di fusione per incorporazione, nel quale il capitale di una società è suddiviso tra cinque soci che non ne detengono tutti insieme il 100% in quanto una parte di esso è posseduto da un'altra società. Questi soci vorrebbero procedere all'operazione di fusione tra le due società con l'intento di appropriarsi della rimanente quota del capitale sociale e ritengono che tale obiettivo potrebbe essere conseguito anche attraverso una liquidazione, ma che quest'ultima sarebbe decisamente più complessa rispetto ad una fusione per incorporazione.

I contribuenti espongono le loro valide ragioni economiche sottolineando lo scopo di semplificazione del controllo societario, l'eliminazione dei costi di gestione della società di persone che all'epoca dei fatti possedeva la percentuale residuale del capitale societario e la possibilità di optare per il regime di trasparenza fiscale.

Il Comitato si esprime sulla fattispecie in questione rilevando da subito, e come sappiamo in modo erroneo, l'assenza delle valide ragioni economiche sopraesposte in quanto le medesime finalità potrebbero essere raggiunte attraverso la liquidazione, che si ritiene più idonea a questi obiettivi e richiederebbe tempi minori e minori oneri fiscali. Da ciò, l'Amministrazione finanziaria deduce che i soci vogliono ottenere un vantaggio fiscale indebito attraverso la fusione in quanto verrebbero trasferite le quote ai soci senza nessun onere fiscale aggiuntivo che invece sarebbe presente nell'ipotesi di liquidazione societaria. Da questo punto conclude dichiarando l'elusività dell'operazione²⁴⁸.

Da quanto appena riportato, è possibile scorgere come, nonostante questo presupposto non dovrebbe rappresentare l'unico elemento su cui far riferimento, una volta che si riesce ad identificare l'assenza delle valide ragioni economiche, il percorso logico per definire l'elusività di una fattispecie e la presenza del vantaggio fiscale indebito sia molto più semplice, si potrebbe dire che quasi "vien da sé"²⁴⁹.

Un altro parere in cui il Comitato ha posto al centro del ragionamento le valide ragioni economiche è il numero 3 emesso il 18 dicembre 2006, in cui, a differenza del parere analizzato in precedenza, non si è riusciti ad esprimere un vero e proprio giudizio in merito.

Il caso in oggetto riguardava un gruppo bancario che aveva già effettuato un'operazione di fusione per incorporazione ma richiedeva l'accesso al beneficio previsto dall'articolo 172 del TUIR, settimo comma, sul riporto delle perdite pregresse. La società ha presentato anche le valide ragioni economiche sulla base delle quali aveva posto in essere l'operazione di fusione: l'aumento delle competenze sviluppate nella società incorporata considerate strategiche a

²⁴⁸ Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 27 del 21 settembre 2005.

²⁴⁹ Beghin M., *Elusione tributaria ed esame "globale" della sequenza negoziale*, op. cit.

livello di gruppo, la valorizzazione degli investimenti posti in essere dall'incorporata in strutture e competenze per rispondere in modo più efficiente alle nuove esigenze di mercato e con l'obiettivo di realizzare delle sinergie tra le diverse attività svolte dal gruppo e delle economie di scala ed, infine, per motivi di riorganizzazione aziendale.

Il Comitato ha evidenziato come le ragioni economiche perdano di certezza, di validità in quanto il medesimo gruppo aveva richiesto, solo alcuni mesi prima, la disapplicazione della stessa disciplina agevolativa per cui richiedeva ora l'adesione.

Il parere, in realtà, non è stato emesso in quanto, secondo il Comitato, mancavano gli elementi idonei per proseguire ad una dichiarazione di elusività, sottolineando, comunque, che non si esclude una fattispecie di abuso del diritto considerando la non presenza di valide ragioni economiche.

Ecco come, anche in questo ennesimo caso, questo criterio sia l'unico su cui far dipendere l'elusività di una fattispecie rispetto alla norma tributaria che ne prevede altri, collegati con le valide ragioni economiche ma comunque che non possono essere dimenticati.

In merito a questa riflessione mi collego alla sentenza n. 16097 del 20 luglio 2007 della Corte di Cassazione in cui, nello specifico caso di una fusione per incorporazione, la Corte rinvia il giudizio alla Commissione tributaria regionale e mette in evidenza in modo ben chiaro i tre presupposti alla base dell'articolo 10 della legge n. 408 del 1990, riconducibili anche all'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, ovvero il vantaggio fiscale indebito, il carattere essenziale di questo vantaggio fiscale conseguito e l'assenza di valide ragioni economiche a sostegno dell'operazione posta in essere²⁵⁰ (nella nuova disciplina antielusiva riscontriamo i requisiti della fattispecie elusiva nell'assenza di sostanza economica, nel vantaggio fiscale indebito e nell'assenza delle valide ragioni extrafiscali).

La critica da sollevare in merito riguarda come la Corte di Cassazione abbia trattato questi elementi in modo tra loro completamente indipendenti e scollegati ma in realtà non è così²⁵¹: l'errore che non si dovrebbe commettere riguarda l'elevare ad una importanza quasi eccessiva uno di questi mettendo totalmente nel dimenticatoio i veri presupposti per l'individuazione, in modo corretto e nel rispetto della norma della fattispecie elusiva.

Dalle risposte presentate dall'Agenzia delle Entrate, in tempi più recenti, sembra si sia intrapresa questa direzione. A supporto di ciò riporto la risposta n. 341 del 23 agosto 2019 in ambito di fusione inversa²⁵². Il caso riportato all'Agenzia delle Entrate riguarda una società, costituita e gestita da due soci con le rispettive famiglie, che si occupa di attività commerciale.

²⁵⁰ Beghin M., *Elusione tributaria ed esame "globale" della sequenza negoziale*, op. cit.

²⁵¹ Beghin M., *Elusione tributaria ed esame "globale" della sequenza negoziale*, op. cit.

²⁵² Con l'operazione di fusione inversa si intende l'operazione di fusione in cui la società che subisce l'operazione e che cesserà di esistere è l'incorporante invece la società che rimane in vita è l'incorporata.

La società vorrebbe porre in essere un'operazione di fusione inversa per realizzare un ricambio generazionale e anche gestionale attraverso la costituzione di una Newco da parte dei soci fondatori; gli altri soci dovrebbero poi cedere le loro quote alla Newco e quest'ultima dovrebbe poi acquistare una parte delle quote della società preesistente ed, infine, porre in essere un'operazione di fusione inversa tra la Newco e la società iniziale.

I soci espongono le loro valide ragioni extrafiscali caratterizzate dal passaggio generazionale e dal timore di un intervento di un giudice in merito all'interdizione della figlia di uno dei soci, in quanto renderebbe l'operazione di fusione più complessa.

Le differenze principali (e positive), rispetto alla prassi degli anni precedenti, si riscontrano nel ragionamento logico seguito dall'Agenzia delle Entrate nel spiegare le proprie motivazioni legate al giudizio, anteposto all'inizio di tutta la spiegazione, di elusività della fattispecie.

Innanzitutto, l'Amministrazione finanziaria cerca di individuare il primo presupposto previsto dall'articolo 10-bis della legge n. 212/2000 ovvero il vantaggio fiscale indebito e riesce ad individuarlo nel minor carico fiscale in capo ai soci uscenti, in quanto quest'ultimi hanno aggirato la norma tributaria in ambito di recesso tipico. Inoltre, considera l'insieme delle operazioni che il contribuente vorrebbe porre in essere prive di sostanza economica perché non producono nessun effetto extrafiscale e si trovano in contrasto con le normali logiche di mercato menzionate dall'ex art. 10-bis.

L'Agenzia delle Entrate, solo nella parte finale del suo ragionamento, spiega l'assenza delle valide ragioni extrafiscali in quanto mancante il requisito principale di marginalità delle stesse. Nella serie numerosa di negozi giuridici che la società vorrebbe porre in essere manca totalmente una giustificazione di tipo economico o gestionale o di riorganizzazione aziendale, l'unico obiettivo è l'abbattimento dell'onere fiscale in capo ai soci fondatori uscenti e, per l'insieme dei tre elementi, è da considerarsi una fattispecie elusiva²⁵³.

Un altro esempio dimostrativo del consolidamento nella prassi di queste valutazioni che seguono il filo logico dettato dalla norma tributaria riguarda la risposta dell'Agenzia delle Entrate n. 242 del 5 agosto 2020 sempre in ambito di fusione inversa.

Il contribuente, in questo caso, voleva procedere in due fasi: nella prima avrebbe costituito una Newco a cui avrebbe aperto un debito bancario per l'acquisizione delle partecipazioni nell'altra società preesistente e successivamente, nella seconda fase da lui prospettata, avrebbe proseguito con la fusione inversa della Newco nella società originaria.

²⁵³ Agenzia delle Entrate, risposta del 23 agosto 2019, n. 341, *Abuso del diritto – Costituzione di una newco seguita dalla cessione a newco delle quote previamente rivalutate e dalla fusione inversa – Articoli 2, comma 2, del decreto-legge 24 dicembre 2002, n. 282 e s.m., 47 comma 7 del TUIR – Articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212.*

La società ha presentato le valide ragioni extrafiscali che si trovano alla base dell'operazione, ovvero esigenze di tipo gestionale e amministrativo in quanto la fusione inversa garantirebbe alla società di proseguire i rapporti commerciali con i propri clienti e fornitori e di utilizzare le certificazioni già predisposte all'interno della società in continuità.

Il parere dell'Agenzia delle Entrate è stato formulato sulla falsariga del parere trattato in precedenza, in cui dichiara l'elusività dell'operazione di fusione inversa, attraverso l'analisi meticolosa dell'esistenza di tutti i presupposti, dal vantaggio fiscale indebito, alla mancanza di sostanza economica fino ad individuare l'assenza delle valide ragioni extrafiscali marginali. Queste valutazioni dell'Agenzia delle Entrate sono quelle corrette, nel rispetto della disposizione antielusiva e che avrebbero dovuto caratterizzare anche le risposte, le valutazioni, i pareri e le sentenze emesse fino a questo momento.

CONCLUSIONI

E' giunto il momento di tirare le fila dei discorsi affrontati.

Come abbiamo potuto vedere nel primo capitolo, la disciplina normativa dell'abuso del diritto ha subito una innumerevole serie di sviluppi nel corso della sua storia.

Al principio non era nemmeno disciplinato tanto è vero che si applicava l'articolo 1344 del codice civile in ambito di frode alla legge, di certo non senza difficoltà.

Da qui nacque l'esigenza di un intervento legislativo e, dopo una serie di tentativi mal riusciti, il legislatore intervenne con l'articolo 10 della legge n. 408/1990. Questo ha rappresentato, senza dubbio, un momento di notevole importanza ma, nonostante ciò, possedeva dei limiti nella sua applicazione e non si poteva considerare la clausola generale antiabuso tanto ricercata. Un altro importante intervento legislativo si ebbe con l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 ma nemmeno in questo caso si riuscì ad ottenere quel risultato.

Successivamente, in un momento di vuoto legislativo, la giurisprudenza assunse il ruolo di protagonista creando, a livello europeo ed italiano, una clausola generale antiabuso non scritta che creò una sorta di doppio binario in cui, nei casi previsti dall'art. 37-bis sopracitato, si applicava quest'ultimo e negli altri casi non compresi al suo interno si applicava il principio di divieto di abuso del diritto di natura giurisprudenziale.

In questo panorama così confuso si sentì più che mai la necessità di un intervento legislativo per mettere ordine alla disciplina in materia.

Il legislatore intervenne, nel 2015, con l'articolo 10-bis della legge n. 212/2000. Esso rappresentava una clausola generale antiabuso a tutti gli effetti e sembrava davvero la svolta nell'ambito dell'abuso del diritto. Ed è così, anche se presenta comunque delle criticità. Ha indubbiamente il merito di aver definito in modo più chiaro i presupposti costitutivi della fattispecie di abuso del diritto, quali l'assenza di sostanza economica e il vantaggio fiscale indebito, ma ha anche provocato la nascita di una doppia strada da percorrere in quanto da una parte ha ampliato l'ambito applicativo della norma ma dall'altra parte ha previsto dei requisiti ben specifici che, all'inverso, restringono la sua applicazione.

Un aspetto di questa clausola generale antiabuso che ha meritato un approfondimento è l'esimente delle valide ragioni extrafiscali. Sono state formulate inizialmente all'interno della Direttiva CEE n. 434 del 23 luglio 1990, per poi essere applicate anche a livello giurisprudenziale e nella prassi.

Con questa espressione si fa riferimento alle ragioni che hanno portato il contribuente a compiere quella precisa operazione. Secondo la modifica apportata dall'articolo 10-bis della

legge n. 212/2000, esse devono essere anche non marginali ovvero in loro assenza il contribuente non avrebbe mai compiuto quell'operazione.

Durante la nostra analisi della loro applicazione in numerosi casi di pareri espressi dall'Agenzia delle Entrate e in numerose sentenze europee ed italiane, abbiamo potuto osservare come, nel tempo, le valide ragioni extrafiscali non marginali siano state utilizzate (e tuttora sono utilizzate in alcuni casi) come un perfetto ago della bilancia per determinare se l'operazione straordinaria posta in essere da una società sia abusiva oppure no.

Abbiamo dall'altra parte sottolineato come, in realtà, il loro ruolo sia ben diverso. L'amministrazione finanziaria dovrebbe basarsi sull'assenza di sostanza economica e sull'eventuale presenza di un vantaggio fiscale indebito e determinare la presenza di una condotta abusiva su questi presupposti. Le valide ragioni extrafiscali devono essere presentate in un momento successivo da parte del contribuente per rafforzare la sua posizione difensiva.

L'augurio che ci riserviamo di riportare è quello che l'amministrazione finanziaria, come i giudici, inizino a percepire quale sia il vero ruolo di queste valide ragioni extrafiscali, in particolar modo nei casi di operazioni straordinarie d'impresa, senza più "giudicare" delle condotte abusive sulla base di esse.

BIBLIOGRAFIA

Andriola M., *Cass., SS.UU., nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008 – Abuso del diritto: necessità di un intervento legislativo o della Corte Costituzionale*, *Il Fisco*, 6 aprile 2009, n. 14, pag. 1-2245.

Andriola M., *La dialettica tra “aggiramento” e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, *Rassegna Tributaria*, n. 6, 2006, 1902.

Artuso E., *La non elusività della scissione tra valide ragioni economiche e future vicende del rapporto partecipativo*, *Rivista di Diritto Tributario*, II, 2007.

Associazione Dottori Commercialisti di Milano, *Norma di comportamento n. 147, Nozione di “valide ragioni economiche”*.

Assonime, *La disciplina sull’abuso del diritto*, 2016.

Beghin M., *Ancora equivoci sul concetto di vantaggio fiscale elusivo e sulla sua inopponibilità al Fisco*, *Corriere Tributario*, 2015.

Beghin M., *L’elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, CEDAM, 2013.

Beghin M., *Elusione e abuso del diritto*, Enciclopedia Treccani, Diritto on line, 2014.

Beghin M., *Elusione tributaria, contribuenti zelanti e valide ragioni economiche*, *Rivista Diritto Tributario*, fascicolo n. 10, 2007.

Beghin M., *Elusione tributaria ed esame “globale” della sequenza negoziale*, *Corriere Tributario*, n. 39, 2007, 3168-3169.

Beghin M., *I “complementari” concetti di evasione ed elusione tributaria in un recente arresto giurisprudenziale*, *Rivista Diritto Tributario*, fascicolo 4, 2008.

Beghin M., *Il predominio delle valide ragioni economiche e l'inesistente indagine sulla asistematicità dei vantaggi tributari generati dall'operazione straordinaria*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo n. 10, 2007.

Beghin M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, Il Fisco, n. 23, 2015.

Beghin M., *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, Rassegna Tributaria, 2007.

Beghin M., *La trasformazione di società per ragioni esclusivamente fiscali: ancora equivoci in tema di elusione tributaria*, Rivista Diritto Tributario, 2008.

Beghin M., *Le "ragioni economiche" tra difetto di causa contrattuale ed elusività dell'operazione*, Corriere Tributario, 2007, 2702-2703.

Beghin M., *L'elusione fiscale e il contribuente voltagabbana*, Rivista di Diritto Tributario, n. 1, 2008, II, 60.

Beghin M., *L'elusione tributaria tra sviste interpretative sul concetto di "aggiramento" e conseguenti fenomeni di "illusione ottica" quanto all'asistematicità dei vantaggi fiscali conseguiti*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo n. 5, 2007.

Capolupo S., *Le valide ragioni economiche*, Il Fisco, n. 26, 2002.

Carrirolo F., *Ipotesi di scissione societaria elusiva e non*, Il Fisco, n. 27, 2009.

Chinellato G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, CEDAM, 2007.

Consiglio Nazionale del Notariato, *Abuso del diritto nella pratica notarile: rilevanza delle valide ragioni extrafiscali nelle operazioni societarie straordinarie*, studio del 26 maggio 2016, n. 56.

Contrino A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, Diritto e Pratica Tributaria, n. 4, 2016.

Della Valle E., Ficari V., Marini G., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2016.

Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, sesta edizione*, CEDAM, 2016.

Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, decima edizione riveduta*, CEDAM, 2017.

Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia, dodicesima edizione*, CEDAM, 2018.

Gallo F., *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, Rassegna Tributaria, fascicolo n. 6, 2015.

Gallo F., *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Rassegna Tributaria, fascicolo n. 4, 2016.

Giaretta L., *L'elusione tributaria tra inesistenti vantaggi asistematici e lacune documentali*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo n. 7-8, 2007.

Ingrao G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, Diritto e Pratica Tributaria, fascicolo n. 4, 2016.

Leo M., *La trasformazione di S.r.l. agricola in società semplice: trattamento fiscale e profili elusivi*, Il Fisco, n. 21, 2014, 2053.

Leo M., *L'abuso del diritto: elementi costitutivi e confini applicativi*, Il Fisco, n. 10, 2015.

Lovisolò A., *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, Rivista di diritto tributario, fascicolo 1, 2009.

Lupi R., *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazione della fusione e fobie antielusive*, Il Fisco, n. 7, 1993, 2209.

Maisto G., *Elusione ed abuso del diritto tributario, Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Quaderni della rivista di diritto tributario, Giuffrè editore, 2009.

Manoni E., *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, Diritto e Pratica Tributaria, fascicolo n. 1, 2019.

Marcheselli A., *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, Diritto e Pratica Tributaria, n. 5, 2010.

Mastroiacovo V., *L'economicità delle valide ragioni (note minime a margine della recente evoluzione del principio dell'abuso del diritto)*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo n. 4, 2010.

Miele L., *I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto*, Corriere Tributario, n. 38, 2016.

Muraro D., *Elusione fiscale, dissidi tra soci e sorteggio delle quote di partecipazione da assegnare in occasione della scissione societaria*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo n. 10, 2007.

Muraro D., *L'aprioristico predominio delle "valide ragioni economiche" nella formulazione del giudizio di elusività*, Rivista Diritto Tributario, fascicolo n. 6, 2007.

Procopio M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, Diritto e Pratica Tributaria, fascicolo n. 4, 2019.

Russo P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, Rassegna Tributaria, n. 1, 1999, 73.

Scuffi M., Consiglio di Presidenza della Giustizia tributaria, *Verso la codificazione dell'abuso del diritto*, Torino, 2015.

Scuffi M., *La codificazione dell'abuso del diritto secondo il D.Lgs. n. 128/2015*, Rivista diritto tributario, fascicolo 4, 2015.

Stevanato D., *Commento di Dario Stevanato (Sent. n. 20398/2005: dividend washing), Le “ragioni economiche” nel dividend washing e l’indagine sulla “causa concreta” del negozio: spunto per un approfondimento*, Fisconline.

Stevanato D., *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria: è davvero aggirato lo spirito della legge?*, Corriere Tributario, fascicolo n. 21, 2008.

Tabellini P., *L’elusione della norma tributaria*, Giuffrè Editore, 2007.

Tabellini P., *Elusione fiscale, Le valide ragioni economiche*, 1999.

Tabellini P., *Elusione fiscale, Risparmio d’imposta, evasione ed elusione*, Enciclopedia del Diritto, 1999.

Tesauro F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, Diritto e Pratica Tributaria, n. 4, 2012.

Tortorelli M., *L’abuso del diritto nella disciplina tributaria*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

Valente P., Mattia S., *Finanziamenti infragruppo, Le valide ragioni economiche secondo la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia*, Il Fisco, n. 16, 2013, 2483.

Villani M., *Abuso del diritto e riequilibrio del sistema con particolare riguardo al diritto tributario*, Saggi di diritto tributario, Aracne editrice, 2013.

Zanetti E., *Risoluzione n. 256/E del 2 ottobre 2009 – Scissioni societarie ed elusione fiscale*, Il Fisco, n. 38, 2009.

Zizzo G., *La nozione di elusione nella clausola generale*, Corriere Tributario, n. 39, 2006, 3091.

Zizzo G., *La nuova nozione di abuso del diritto e le raccomandazioni della Commissione Europea*, Corriere Tributario, n. 47-48, 2015.

LEGISLAZIONE

Commissione Parlamentare Consultiva in materia di riforma fiscale, *Relazione allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni*, 1997.

D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973, *Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi*.

D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986, *Testo Unico delle Imposte sui Redditi*.

Decreto Legislativo 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5,6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23*.

Direttiva CEE n. 434 del 23 luglio 1990, *relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi*.

Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016, *Norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*.

Legge 29 dicembre 1990, n. 408, *Disposizioni tributarie in materia di rivalutazione di beni delle imprese e di smobilizzo di riserve e fondi in sospensione di imposta, nonché disposizioni di razionalizzazione e semplificazione. Delege al Governo per la revisione del trattamento tributario della famiglia e delle rendite finanziarie e per la revisione delle agevolazioni tributarie*.

Legge 23 dicembre 1994, n. 724, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*.

Legge 23 dicembre 1996, n. 662, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*.

Legge 23 dicembre 2000, n. 388, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)*.

Legge 18 ottobre 2001, n. 383, *Primi interventi per il rilancio dell'economia*.

Legge 27 luglio 2000, n. 212, *Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente*.

Legge 21 novembre 2000, n. 342, *Misure in materia fiscale*.

Legge n. 296 del 27 dicembre 2006, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*.

Legge 11 marzo 2014, n. 23, *Delega Fiscale, art. 5, Disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale*.

Raccomandazione della Commissione Europea, del 6 dicembre 2012, *Pianificazione fiscale aggressiva*, 2012/772/UE.

Relazione illustrativa dello *schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, n. 163, 29 Aprile 2015.

Risoluzione Ministeriale del 2 gennaio 1981, n. 1004, Ministero delle Finanze.

Secit, *Relazione alla "delibera" n. 105/1994 del 5 luglio 1994 del Secit*, Rassegna Tributaria, n. 3, I, 1995.

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, sentenza del 3 settembre 2001, n. 11351.

Commissione tributaria provinciale di Pisa, sentenza n. 74 del 20 maggio 2005.

Corte di Cassazione, sentenza del 14 novembre 2005, n. 22932.

Corte di Cassazione, sentenza del 21 ottobre 2005, n. 20398.

Corte di Cassazione, sentenza del 29 settembre 2006, n. 21221.

Corte di Cassazione, sentenza del 23 aprile 2007, n. 6243.

Corte di Cassazione, sentenza del 23 aprile 2007, n. 9569, *Trasformazione da società di persone in società di capitali*.

Corte di Cassazione, sentenza del 4 aprile 2008, n. 8772.

Corte di Cassazione, sentenza del 21 aprile 2008, n. 10257.

Corte di Cassazione, sentenza del 17 ottobre 2008, n. 25374.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 23 dicembre 2008, n. 30055.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 23 dicembre 2008, n. 30056.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 23 dicembre 2008, n. 30057.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza *TV10*, causa C-23/93, 5 ottobre 1994.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza *Centros*, causa C-212/97, 9 marzo 1999.

Corte di Giustizia, sentenza del 17 luglio 1997, causa C-28/95, *A. Leur-Bloem*.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza *Emland-Starke GmbH*, causa C-110/99, 14 dicembre 2000.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza *Halifax*, causa C-255/02, 21 febbraio 2006.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza *Cadbury-Schweppes*, causa C-196/04, 12 settembre 2006.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza *Kofoed*, causa C-321/05, 5 luglio 2007.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza *Part Service Srl*, causa C-425/06, 21 febbraio 2008.

Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza 293 U.S. 465(1935), *Gregory vs. Helvering*.

PRASSI

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 27 del 21 settembre 2005.

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 51 del 15 dicembre 2005.

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 28, 4 ottobre 2006.

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 42 del 18 dicembre 2006.

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 11 del 22 marzo 2007 – 5 aprile 2007.

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 13 del 22 marzo 2007.

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 20 del 9 maggio 2007.

Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 177/E del 28 aprile 2008, *Rivista di Diritto Tributario*, II, 2008, 618ss.

Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, parere n. 27 del 9 maggio 2008.

Agenzia delle Entrate, risposta n. 75 del 20 novembre 2018, *Valutazione anti-abuso di scissione parziale del ramo immobiliare a favore della società controllante*.

Agenzia delle Entrate, risposta n. 65 del 8 novembre 2018, *Valutazione anti-abuso scissione parziale proporzionale*.

Agenzia delle Entrate, risposta n. 68 del 15 novembre 2018, *Valutazione anti-abuso scissione parziale asimmetrica contestuale tra due società.*

Agenzia delle Entrate, risposta del 23 agosto 2019, n. 341, *Abuso del diritto – Costituzione di una newco seguita dalla cessione a newco delle quote previamente rivalutate e dalla fusione inversa – Articoli 2, comma 2, del decreto-legge 24 dicembre 2002, n. 282 e s.m., 47 comma 7 del TUIR – Articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212.*

Agenzia delle Entrate, risposta n. 503 del 28 novembre 2019, *Articoli 86 e 170 del TUIR di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Valutazione antibuso di una cessione di immobile plusvalente a seguito di trasformazione societaria progressiva.*

Agenzia delle Entrate, risposta n. 242, 5 agosto 2020, *Articolo 11, comma 1, lettera c), della legge n. 212 del 2000. Valutazione anti-abuso cessione di partecipazioni previamente rivalutate ad una società di nuova costituzione e successiva fusione inversa del predetto veicolo societario nella società acquistata.*