

*Dipartimento di Giurisprudenza  
Cattedra di Diritto penale dell'economia*

**L'IMPIEGO ELUSIVO E FRAUDOLENTO DELLE  
SOCIETÀ DI COMODO NEL DIRITTO PENALE  
TRIBUTARIO**

**RELATORE**  
Chiar.mo Prof. Filippo Sgubbi

**CANDIDATO**  
Vincenzo Costa  
Matricola 130583

**CORRELATORE**  
Chiar.ma Prof.ssa Elisa Scaroina

**ANNO ACCADEMICO**  
2018 – 2019



*Alla mia Famiglia*

## INDICE

<b>INTRODUZIONE</b>	1
---------------------	---

### **CAPITOLO I: LA DISCIPLINA SULLE SOCIETÀ DI COMODO**

<b>1.1</b> Società di comodo nel diritto civile: legittimità e rimedi agli abusi	5
<b>1.2</b> Evoluzione della disciplina tributaria: interventi temporanei ed episodici per favorirne lo scioglimento fino alla legge 724 del 1994	8
<b>1.3</b> Disciplina tributaria vigente: l'articolo 30 della legge 724 del 1994	11
<b>1.4</b> Il primo contatto tra il contribuente bisognoso di chiarimenti e l'Amministrazione: l'interpello	21
<b>1.5</b> Il test di operatività ed il confronto tra i redditi effettivi e quelli figurativi	25
<b>1.6</b> Le società in perdita sistematica: quando non basta il rispetto del test di operatività	32
<b>1.7</b> Il reddito presunto attribuito alle società accertate come non operative	34
<b>1.8</b> Lo scopo della disciplina sulle società di comodo	37
<b>1.9</b> Compatibilità costituzionale e comunitaria della disciplina delle società di comodo, tra falsi problemi e dubbi aperti	40
<b>1.10</b> Conclusioni	50

### **CAPITOLO II: LINEAMENTI GENERALI DEL SISTEMA PENALE TRIBUTARIO E RILEVANZA DELL'ELUSIONE FISCALE**

<b>2.1</b> L'evoluzione storica del reato tributario: dai tributi doganali al d.lgs. 74 del 2000	53
<b>2.2</b> L'assetto vigente del diritto penale tributario: tra principi costituzionali e "particolarismo"	58
<b>2.3</b> L'evoluzione storica del concetto di elusione fiscale : dagli studi della scuola di Pavia all'assetto attuale, passando per l'abuso del diritto di matrice Giurisprudenziale	72

2.4 L'elusione fiscale nel diritto tributario vigente: l'articolo 10 <i>bis</i>	78
2.4.1 Le garanzie procedurali dell'articolo 10 <i>bis</i>	84
2.4.2 Le conseguenze dell'elusività dell'operazione: la cosiddetta "tassazione differenziale"	90
2.5 Elusione fiscale, evasione fiscale e legittimo risparmio di imposta. Tra la lecita diminuzione della base imponibile e l'occultamento dei presupposti, si inserisce il concetto di elusione	91
2.6 L'abuso del diritto come concetto risalente nel tempo e <i>genus</i> della <i>species</i> elusione fiscale	95
2.7 Rilevanza penale delle condotte elusive: dai dubbi della giurisprudenza alla soluzione definitiva dell'articolo 10 <i>bis</i>	98
2.8 Conclusioni	104

### **CAPITOLO III UTILIZZO ELUSIVO E FRAUDOLENTO DELLE SOCIETA' DI COMODO**

3.1 Premessa	108
3.2 Le frodi carousel: schema della frode e meccanismo dell'IVA intracomunitaria che la rende possibile	109
3.2.1 Il primo fornitore anche detto <i>conduit company</i> e la sua eventuale partecipazione consapevole alla frode	113
3.2.2 La società cartiera: l'elemento fittizio all'interno del carousel	116
3.2.3 Le eventuali società filtro e i reati non tributari commessi dall'intera catena	122
3.2.4 Il rivenditore: l'ultimo approdo dei beni oggetto di frode, e in alcuni casi la società da cui riparte il carousel	127
3.3 Conseguenze tributarie per i partecipanti alla frode carousel, e le condizioni alle quali è possibile la detrazione dell'IVA versata per gli attori non consapevoli del carousel	129
3.4 L'onere della prova nella frode carousel: le difficoltà probatorie riscontrate nella pratica, e la possibile soluzione con l'applicazione dell'articolo 3 del d.lgs. 74 del 2000	132

3.5 Mezzi di contrasto alle frodi IVA e gli interventi del legislatore sui beni più utilizzati nelle frodi	135
3.6 Le bare fiscali e la disciplina del riporto delle perdite di periodo nel diritto tributario	139
3.7 La finalità anti elusiva della disciplina di prevenzione delle bare fiscali e test di vitalità per la società fittizia	142
3.8 La rilevanza dei reati tributari ai fini della responsabilità degli enti del d.lgs. 231 del 2001: i tentativi della corte costituzionale e le prospettive di riforma ai sensi della Direttiva PIF	152
3.9 Conclusioni	157

#### **CAPITOLO IV: UTILIZZI ELUSIVI E FRAUDOLENTI DELLE SOCIETA' DI COMODO IN AMBITO TRANSNAZIONALE**

4.1 Premessa	161
4.2 Le condotte qualificabili come <i>Dividend washing</i> : cenni introduttivi	162
4.3 La <i>participation exemption</i> : metodo di coordinamento della tassazione della società e del socio soggetto passivo IRES	163
4.3.1 La minusvalenza deducibile nella seconda cessione: il guadagno del secondo partecipante e la ragione che rende conveniente l'operazione	169
4.4 La non contestata natura elusiva delle operazioni di <i>dividend washing</i>	171
4.5 I mezzi di contrasto del legislatore alle pratiche di <i>dividend washing</i> e i rilievi dell'Agenzia delle Entrate	172
4.6 Le pratiche di <i>transfer pricing</i> e la possibilità di "aggiustamento" del prezzo da parte dell'Amministrazione finanziaria	178
4.7 L'evoluzione della disciplina del <i>transfer pricing</i> e il ruolo decisivo delle organizzazioni sovranazionali come l'OCSE	181
4.8 L'attuale disciplina sul <i>transfer pricing</i> nell'ambito dell'OCSE: la rilevanza ed influenza delle Linee Guida, e la creazione dei metodi per la comparazione dei prezzi	186

4.9 Il quadro normativo nazionale di riferimento sul <i>transfer pricing</i> , nel solco della disciplina dell'OCSE	193
4.10 Le principali pronunce della Giurisprudenza nazionale in tema di <i>transfer pricing</i>	197
4.11 Natura delle pratiche di <i>transfer pricing</i> e rilevanza penale: l'importanza della qualificazione della condotta per verificarne la punibilità	201
4.12 Conclusioni in tema di utilizzo delle società di comodo nel <i>dividend washing</i> e nel <i>transfer pricing</i>	207
<b>CONCLUSIONI</b>	211
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	

## INTRODUZIONE

Nelle pagine che seguiranno si cercherà di offrire a chi legge una panoramica sulle cosiddette società di comodo e sugli utilizzi che se ne possono fare nel campo del diritto tributario e del diritto penale. In particolare utilizzi che integrino delle fattispecie di elusione fiscale o evasione fiscale.

L'utilizzo di questo veicolo societario ha avuto una grande diffusione nel mondo imprenditoriale. Le sue finalità possono essere molteplici, si va da società di mero godimento che hanno lo scopo di fare da contenitore di beni per ottenere una serie di vantaggi fiscali inerenti a quei beni, fino ad arrivare a società di comodo con un ruolo decisivo nel consentire frodi fiscali come nel caso delle "frodi carosello".

Nel primo capitolo, infatti, si cercherà di analizzare la norma che regola il trattamento fiscale che si riserva alle società ritenute di comodo, si tratta dell'articolo 30 della legge 724 del 1994. Essa è frutto di un complesso susseguirsi di riforme che hanno radicalmente cambiato rotta nel corso degli anni '80 e '90 del secolo scorso. Si iniziò infatti con norme episodiche che miravano allo scioglimento delle società già esistenti, concedendo incentivi fiscali, rigorosamente transitori e temporalmente contingentati, a coloro che accogliessero l'idea dello scioglimento.

Si arrivò però alla norma attuale, il già citato articolo 30. Con esso ci si stabilisce su una disciplina che preveda un complesso meccanismo per individuare le società di comodo attraverso un test di operatività a valori predefiniti. Il trattamento qui previsto non è più di incentivo allo scioglimento ma di disincentivo fiscale, in sostanza rendendo inutile uno strumento utilizzato per ottenere vantaggi fiscali e conducendo poi di fatto ad un incentivo allo scioglimento. Inoltre si mostrerà come sia irragionevole la perfetta equiparazione, dal punto di vista delle conseguenze, tra le società che non superano il test di operatività, e quelle che sono considerate in perdita sistematica.

Il secondo capitolo, dopo una breve panoramica sul diritto penale tributario, si occuperà dell'altro tema centrale del lavoro che andrà ad incontrarsi con quello delle società di comodo.

Si tratta del concetto di elusione fiscale, vale a dire il comportamento del contribuente che impedisce che nasca un presupposto di imposta aggirando una norma senza violarla espressamente.

È un concetto che è stato affrontato nel corso degli anni in molteplici modi dal legislatore, da un approccio ad elenco di operazioni elusive fino ad approdare all'attuale clausola anti elusiva onnicomprensiva dell'articolo 10 *bis* contenuto nello Statuto del Contribuente; il quale ha risolto una serie di dubbi interpretativi che si erano palesati in Giurisprudenza anche per via della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che con delle pronunce molto note e importanti nell'ambito del concetto di abuso del diritto, aveva condizionato le normative nazionali.

Si cercherà anche di affrontare il complicato tema della distinzione tra elusione fiscale e evasione fiscale, tra il risparmio di imposta elusivo e quello legittimo. Si cercherà anche di capire quale è il rapporto tra l'elusione e l'abuso del diritto, un concetto molto più risalente, i primi studi risalgono alla prima metà del ventesimo secolo, e di valore interdisciplinare.

Infine si dovrà capire, trattandosi di un lavoro che orbita nell'ambito del diritto penale tributario, quale sia lo spazio per una rilevanza penale dell'elusione, il quale è stato un tema molto dibattuto che si è sviluppato anche attraverso casi giudiziari molto noti.

Il terzo e il quarto capitolo affronteranno, senza la pretesa di esaurirli, alcuni casi in cui le società di comodo svolgono un ruolo essenziale in delle fattispecie elusive ma anche fraudolente, con molteplici risvolti dal punto di vista della possibilità di sanzionare penalmente queste condotte.

Si affronteranno sia quelle condotte circoscritte all'ambito nazionale sia quelle che coinvolgono nella commissione dell'operazione, e a volte del reato, anche questioni transfrontaliere.

In particolare si affronterà il tema della frode carosello, delle bare fiscali, del *dividend washing*, e del *transfer pricing*.

Il tema comune tra esse sarà proprio la possibile presenza di società di comodo nella fattispecie, poiché utilizzare questo tipo di società consente di essere più impermeabili ai controlli e porre come una sorta di filtro tra le persone fisiche che

compiono l'illecito e l'attività di chi sarà chiamato a verificare e punire questi comportamenti.

Si affronterà anche il tema della responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 e della grossa e incolmabile lacuna che lo caratterizza, dal punto di vista dei reati tributari.



## **CAPITOLO I**

### **LA DISCIPLINA SULLE SOCIETA' DI COMODO**

**Sommario: 1.1 Società di comodo nel diritto civile: legittimità e rimedi agli abusi. 1.2 Evoluzione della disciplina tributaria: interventi temporanei ed episodici per favorirne lo scioglimento fino alla legge 724 del 1994. 1.3 Disciplina tributaria vigente: l'articolo 30 della legge 724 del 1994. 1.4 Il primo contatto tra il contribuente bisognoso di chiarimenti e l'Amministrazione: l'interpello 1.5 il test di operatività ed il confronto tra i redditi effettivi e quelli figurativi. 1.6 Le società in perdita sistematica: quando non basta il rispetto del test di operatività. 1.7 Il reddito presunto attribuito alle società accertate come non operative. 1.8 Lo scopo della disciplina sulle società di comodo. 1.9 compatibilità costituzionale e comunitaria della disciplina delle società di comodo, tra falsi problemi e dubbi aperti. 1.10 Conclusioni**

#### **1.1 Società di comodo nel diritto civile: legittimità e rimedi agli abusi.**

La società di comodo è un fenomeno estremamente eterogeneo, caratterizzato in tutte le sue varianti dalla volontà di fare un uso improprio della forma societaria, in particolare l'utilizzo maggiormente diffuso riguarda le società non operative.

L'articolo 2247 c.c. indica come elementi fondanti del contratto di società il conferimento di beni e servizi per lo svolgimento di attività di impresa al fine di

dividerne gli utili, a differenza dell'articolo 2248 c.c. che ha il compito di escludere dal fenomeno sociale la comunione per il godimento di beni. Ciò rappresenta una novità inserita nell'ordinamento che, prima del 1942, prevedeva la possibilità tra le ipotesi di "società civile", della creazione di società che avessero come unico scopo il mero godimento dei beni. Tra la società e la comunione ex art 2248 c.c. vi sono più differenze che affinità<sup>1</sup>, innanzitutto la diversa declinazione del bene oggetto della comunione o conferito in società: nella comunione il bene e la percezione di frutti da quest'ultimo rappresentano lo scopo stesso della comunione, mentre i beni conferiti nella società sono destinati al perseguimento dell'oggetto sociale tramite una attività di impresa, e quindi strumentali al fine desiderato. Inoltre nell'istituto del 2248 c.c. i comunisti mantengono comunque diritti autonomi sul bene nel rispetto della sua destinazione.

In questo solco si inseriscono le società di mero godimento dei beni, le quali si caratterizzano per l'assenza dell'attività di impresa dichiarata nell'atto costitutivo. Esse realizzano una via di mezzo tra la società e la comunione<sup>2</sup> come stabilito dalla giurisprudenza della Cassazione<sup>3</sup>. Si può quindi affermare che la società di comodo sia una particolare forma di società senza impresa<sup>4</sup>. L'ammissibilità di questo tipo di società è contestata, si sostiene che non vi sia spazio nelle maglie degli articoli 2247 c.c. e 2248 c.c. per delle società che non svolgono una effettiva attività di impresa, ma sono usate solamente per un mero godimento di beni<sup>5</sup>, le società di mero godimento sarebbero quindi un *tertium genus* intermedio tra i due istituti<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 48 ss.

<sup>2</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 50 ss.

<sup>3</sup> Cass. 6 febbraio 2009, n. 3028; Cass. 1 Aprile 2004 n. 6361.

<sup>4</sup> In particolare G.SANTINI, *tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *riv.dir.civ.*, 1973, sostiene l'appassimento dello scopo lucrativo che può anche essere sostituito da altre finalità.

<sup>5</sup> In particolare G.CUCINELLA, *Brevi riflessioni sulle differenze tra comunione a scopo di godimento e società*, in *Giureta, riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2010, p 157 ss, sostiene che l'unico scopo delle società di comodo sia la particolare condizione giuridica dei beni conferiti che non risultano aggredibili dai creditori personali dei soci.

<sup>6</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 53 ss.

Il nodo da sciogliere diventa quindi quale disciplina civilistica<sup>7</sup> applicare alle ipotesi di società di mero godimento, se quella del contratto di società o quella della comunione. La posizione che si è delineata in dottrina<sup>8</sup> e giurisprudenza<sup>9</sup> è stata quella di richiedere una valutazione caso per caso delle singole fattispecie; in particolare ci si troverà di fronte ad una società nel caso in cui vi sia l'intento comune di una attività di impresa collettiva o individuale<sup>10</sup>. Permane quindi la separata regolazione dei due diversi istituti.

L'articolo 2248 c.c. però, non prende posizione sui possibili rimedi e sulle possibili conseguenze civilistiche della creazione di una società il cui unico fine sia il godimento dei beni.

La conseguenza che *prima facie* viene in mente è quella della nullità, ma ciò cozza con la disposizione dell'articolo 2332 c.c. che stabilisce in esso le cause tassative di nullità della società, e che non presta il fianco, interpretativamente parlando, alla riconduzione della società di comodo in uno dei casi previsti<sup>11</sup>. L'unico collegamento ipotizzabile è con la causa di nullità nel caso di illiceità dell'oggetto sociale. L'oggetto sociale, però, va valutato in base a ciò che si desume dall'atto costitutivo, quindi la percorribilità di questa strada è limitata alle ipotesi, molto marginali, in cui lo scopo di mero godimento sia espressamente previsto dal contratto sociale<sup>12</sup>, dovrà quindi essere l'interprete a valutare se possibile una declaratoria di nullità caso per caso.

In conclusione nonostante la diffusa convinzione della illegittimità delle società di mero godimento l'eliminazione di queste rimane un problema aperto. Il prevalere dell'esigenza del legittimo affidamento spiega la sofferenza dell'ordinamento per la

---

<sup>7</sup> Per la disciplina tributaria paragrafo 1.3.

<sup>8</sup> F.GALGANO, *comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in, *contr. impr.*, 1988.

<sup>9</sup> Cass. 6 febbraio 2009, n. 3028.

<sup>10</sup> F.GALGANO, *comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in, *contr. impr.*, 1988.

<sup>11</sup> I casi dell'art. 2332 c.c. per la nullità delle società sono 1) mancata stipulazione dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico; 2) illiceità oggetto sociale; 3) mancanza nell'atto costitutivo di ogni riferimento a denominazione, conferimenti, capitale sociale, oggetto sociale.

<sup>12</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 61 ss.

rimozione tramite declaratoria di nullità delle società in generale<sup>13</sup> e di quelle di comodo. Ne consegue che in assenza di soggetti interessati, che ne facciano valere la nullità, queste società di mero godimento continueranno ad esistere<sup>14</sup>

## **1.2 Evoluzione della disciplina tributaria: interventi temporanei ed episodici per favorirne lo scioglimento fino alla legge 724 del 2004.**

Nella disciplina tributaria delle società di comodo di fondamentale importanza è l'art 30 della legge 23 Dicembre 1994, n.724 che, rubricato "società di comodo", regola la disciplina strutturale di queste società.

Gli interventi legislativi prima del 1994 si erano caratterizzati per la disomogeneità delle soluzioni e dei fini, al *favor* legislativo per la creazione delle società in generale, si contrappone un *favor* per lo scioglimento delle società di mero godimento<sup>15</sup>. Infatti con la legge "Visentini ter" n.17/1985 si prevedeva che, le società commerciali avessero la possibilità di sciogliersi, tramite assegnazione dei beni ai soci persone fisiche o enti non commerciali, in una finestra di tempo limitata, assicurando loro una tendenziale neutralità fiscale delle assegnazioni. La previsione fu ben accolta dalla dottrina<sup>16</sup> ma la tendenza normativa si limitò a questi interventi episodici e temporalmente limitati<sup>17</sup>, fino ad arrivare però alla legge n.724/1994 la

---

<sup>13</sup> Le riforme successive al codice del 1942 hanno ridotto le cause di nullità, spesso in ossequio a direttive CE che avevano come scopo quello di diminuire le cause di nullità e consentire che la sanabilità di quest'ultime.

<sup>14</sup> MICELI,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 65.

<sup>15</sup> MICELI,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 70 ss.

<sup>16</sup> BRACCINI *le società di comodo nella recente legislazione tributaria* in *riv.dir.fin.*, 1986; CROSTAROSA GUICCIARDI *le società di comodo tra diritto commerciale e diritto tributario il fisco*, 1995.

<sup>17</sup> MICELI,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 73 ss.

quale prevede una disciplina strutturale della società di comodo che non è solamente finalizzata alla sua rimozione.

L'art. 30 della legge 724/1994 prevedeva, per le società di capitali, la presunzione di un reddito minimo ai fini IRPEG (antesignano dell'IRES), tutto questo senza dare una definizione della sua rubrica: società di comodo. Questo reddito minimo era attribuito alle società non operative alla quale si arrivava tramite un'altra presunzione basata sul numero dei dipendenti e sui ricavi. Accanto a questa regola strutturale è prevista anche una previsione episodica e temporalmente limitata, che concede agevolazioni fiscali a società che si sciolgono attraverso assegnazione dei beni ai soci, infine si prevedono numerose cause di esclusione dell'applicazione della disciplina.

Questa prima normazione strutturale sul tema è stata però giudicata frettolosa e lacunosa per via dell'assenza di una definizione della società di comodo, lasciando lo scomodo compito all'interprete. Gli indici individuati dall'art.30 sono stati oggetto di critica in quanto ritenuti in possibile contrasto con gli articoli 3 e 53 della costituzione, per via della discriminazione che si veniva a creare tra società piccole rispetto alle altre<sup>18</sup>.

Proprio sul discusso tema dell'ambito di applicazione interviene la legge n.662 del 1996. La riforma amplia i soggetti interessati poiché si prevede l'applicazione della disciplina a tutte le società ad eccezione delle cooperative. Viene poi introdotto il *test* di operatività e si estende l'applicazione della disciplina all'imposta sul valore aggiunto.

È inserita inoltre la solita previsione episodica e temporale, analoga alla precedente, sullo scioglimento della società attraverso assegnazione dei beni ai soci. Poco tempo dopo però con la legge n.449/1997 all'articolo 29 si aggiunge una interessante previsione: è possibile l'assegnazione agevolazione ai soci anche senza il contemporaneo scioglimento della società; si cerca così di combattere la società di comodo non solo attraverso lo scioglimento, ma anche attraverso lo svuotamento della società dei beni non effettivamente necessari all'attività di impresa<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> BATISTONI FERRARA *imposizione sulle società di comodo: riflessioni agre*, in *Rassegna Tributaria 1994*; MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 85.

<sup>19</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 91 ss.

Il tema delle società di comodo ritorna di interesse del legislatore quasi dieci anni dopo quando, tra il 2006 e il 2008 vengono emanate una serie di norme<sup>20</sup> a riguardo. Questi interventi normativi pur lasciando intatta la struttura generale della disciplina hanno apportato una serie di modifiche.

Innanzitutto si modificano le percentuali dei ricavi presunti dei test di operatività in maniera tale da ampliare lo spettro dei soggetti presunti di comodo (percentuali che saranno poi ritoccate in senso più mite dai due interventi successivi). Nel 2008 si inseriscono delle nuove cause di esclusione dell'applicazione della disciplina, e in particolare si assegna al Direttore dell'Agenzia delle entrate il potere di individuarne di nuove tramite un suo provvedimento<sup>21</sup>.

Modifiche ben più sostanziose riguardarono le difese del contribuente con l'introduzione dell'art 37 *bis*, comma 8, al D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, ai sensi del quale si crea una particolare forma di interpello chiamato disapplicativo e finalizzato a chiedere all'amministrazione la possibilità di disapplicare una norma antielusiva speciale<sup>22</sup>. Vengono meno inoltre i limiti precedentemente stabiliti alla prova contraria che può fornire il contribuente in merito alle presunzioni di non operatività.

Come consuetudine anche in questo biennio di riforme viene inserita una previsione episodica e temporale con agevolazioni fiscali per le società che attuassero una trasformazione o lo scioglimento con assegnazione di beni ai soci.

Dopo gli anni 2006-2008 non si ferma la spinta riformatrice che, nel 2011 con il d.l. 13 agosto 2011 n. 138, innalza parecchio le aliquote per le società di comodo e introduce un nuovo presupposto applicativo: la presentazione di dichiarazioni fiscali in perdita per tre<sup>23</sup> periodi di imposta o due se nel terzo ci fossero ricavi inferiori ai minimi presunti. Infine viene sostituito l'interpello disapplicativo con quello probatorio.

---

<sup>20</sup> in particolare: art 35 commi 15 e 16 del d.l. 4 luglio 2006, n.233 (convertito in legge 4 agosto 2006, n.248); art 1 comma 109 della l. 27 dicembre 2006, n.296; art 1 comma 128 della l. 24 dicembre 2007 n.244.

<sup>21</sup> I provvedimenti emanati sono stati il n. 23681 del 14 febbraio 2008 e il n.87956 dell' 11 giugno 2012.

<sup>22</sup> L'interpello è affrontato nel paragrafo 1.4 del presente capitolo.

<sup>23</sup> Poi portati a 5 periodi di imposta con d.l. 21 novembre 2014 n.175.

Sempre nel 2011 con il d.l. 13 Settembre 2011, n.138 si delinea una disciplina non episodica che, senza agevolazioni fiscali, consente a tutte le società (operative e non) di assegnare il bene dell'impresa al godimento dei soci. Nel 2016 invece con la l.28 dicembre 2015 n. 208 si ripropone l'ennesima norma a carattere episodico e temporale che consente trasformazione ed assegnazione di beni ai soci con agevolazioni fiscali, sulla falsariga della precedente previsione del 2008.

### **1.3 Disciplina tributaria vigente: l'articolo 30 della legge 724 del 1994.**

L'attuale articolo 30 della legge 724/1994, con tutte le modifiche di cui sopra, è oggi il contenitore fondamentale della disciplina tributaria sulle società non operative, ad esso poi si affiancano i commi 36 *decies* e 36 *undecies* dell'articolo 2 della legge 148/2011, che allargano i presupposti applicativi aggiungendo due previsioni in materia di società in perdita sistematica.

L'articolo 30<sup>24</sup> contiene una regola con il relativo ambito di applicazione, e una numerosa serie di cause di esclusione che limitano l'ambito di applicazione della regola stessa.

---

<sup>24</sup> per facilità di consultazione si riporta il testo dell'articolo 30 l.724/1994

Agli effetti del presente articolo le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, in nome collettivo e in accomandita semplice, nonché le società e gli enti di ogni tipo non residenti, con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, si considerano non operativi se l'ammontare complessivo dei ricavi, degli incrementi delle rimanenze e dei proventi, esclusi quelli straordinari, risultanti dal conto economico, ove prescritto, è inferiore alla somma degli importi che risultano applicando le seguenti percentuali:

- a) il 2 per cento al valore dei beni indicati nell'articolo 85, comma 1, lettere c), d) ed e), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e delle quote di partecipazione nelle società commerciali di cui all'articolo 5 del medesimo testo unico, anche se i predetti beni e partecipazioni costituiscono immobilizzazioni finanziarie, aumentato del valore dei crediti;
- b) il 6 per cento al valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati

---

nell'articolo 8-bis, primo comma, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, anche in locazione finanziaria; per gli immobili classificati nella categoria catastale A/10, la predetta percentuale e' ridotta al 5 per cento; per gli immobili a destinazione abitativa acquisiti o rivalutati nell'esercizio e nei due precedenti, la percentuale e' ulteriormente ridotta al 4 per cento; per tutti gli immobili situati in comuni con popolazione inferiore a 1.000 abitanti la percentuale e' dell'1 per cento;

c) il 15 per cento al valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria. Le disposizioni del primo periodo non si applicano:

1) ai soggetti ai quali, per la particolare attivita' svolta, e' fatto obbligo di costituirsi sotto forma di societa' di capitali;

2) ai soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta;

3) alle societa' in amministrazione controllata o straordinaria;

4) alle societa' ed enti che controllano societa' ed enti i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati italiani ed

esteri, nonche' alle stesse societa' ed enti quotati ed alle societa' da essi controllate, anche indirettamente;

5) alle societa' esercenti pubblici servizi di trasporto;

6) alle societa' con un numero di soci non inferiore a 50;

6-bis) alle societa' che nei due esercizi precedenti hanno avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle dieci unita';

6-ter) alle societa' in stato di fallimento, assoggettate a procedure di liquidazione giudiziaria, di liquidazione coatta amministrativa ed in concordato preventivo;

6-quater) alle societa' che presentano un ammontare complessivo del valore della produzione (raggruppamento A del

conto economico) superiore al totale attivo dello stato patrimoniale;

6-quinquies) alle societa' partecipate da enti pubblici almeno nella misura del 20 per cento del capitale sociale;

6-sexies) alle societa' che risultano congrue e coerenti ai fini degli studi di settore.

2. Ai fini dell'applicazione del comma 1, i ricavi e i proventi nonche' i valori dei beni e delle immobilizzazioni vanno assunti in base alle risultanze medie dell'esercizio e dei due precedenti. Per la determinazione del valore dei beni si applica l'articolo 110, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917; per i beni in locazione finanziaria si assume il costo sostenuto

dall'impresa concedente, ovvero, in mancanza di documentazione, la somma dei canoni di locazione e del prezzo di riscatto risultanti dal contratto.

3. Fermo l'ordinario potere di accertamento, ai fini dell'imposta personale sul reddito per le societa' e per gli enti non operativi indicati nel comma 1 si presume che il reddito del periodo di imposta non sia inferiore all'ammontare della somma degli importi derivanti dall'applicazione, ai valori dei beni

---

posseduti nell'esercizio, delle seguenti percentuali:

- a) l'1,50 per cento sul valore dei beni indicati nella lettera a) del comma 1;
- b) il 4,75 per cento sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'articolo 8-bis, primo comma, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, anche in locazione finanziaria; per le immobilizzazioni costituite da beni immobili a destinazione abitativa acquisiti o rivalutati nell'esercizio e nei due precedenti la predetta percentuale e' ridotta al 3 per cento; per gli immobili classificati nella categoria catastale A/10, la predetta percentuale e' ulteriormente ridotta al 4 per cento; per tutti gli immobili situati in comuni con popolazione inferiore a 1.000 abitanti la percentuale e' dello 0,9 per cento;
- c) il 12 per cento sul valore complessivo delle altre immobilizzazioni anche in locazione finanziaria. Le perdite di esercizi precedenti possono essere computate soltanto in diminuzione della parte di reddito eccedente quello minimo di cui al presente comma.

3-bis. Fermo l'ordinario potere di accertamento, ai fini dell'imposta regionale sulle attivita' produttive per le societa' e per gli enti non operativi indicati nel comma 1 si presume che il valore della produzione netta non sia inferiore al reddito minimo determinato ai sensi del comma 3 aumentato delle retribuzioni sostenute per il personale dipendente, dei compensi spettanti ai collaboratori coordinati e continuativi, di quelli per prestazioni di lavoro autonomo non esercitate abitualmente e degli interessi passivi.

4. Per le societa' e gli enti non operativi, l'eccedenza di credito risultante dalla dichiarazione presentata ai fini dell'imposta sul valore aggiunto non e' ammessa al rimborso ne' puo' costituire oggetto di compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, o di cessione ai sensi dell'articolo 5, comma 4-ter, del decreto-legge 14 marzo 1988, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 maggio 1988, n. 154. Qualora per tre periodi di imposta consecutivi la societa' o l'ente non operativo non effettui operazioni rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto non inferiore all'importo che risulta dalla applicazione delle percentuali di cui al comma 1, l'eccedenza di credito non e' ulteriormente riportabile a scomputo dell'IVA a debito relativa ai periodi di imposta successivi.

4-bis. In presenza di oggettive situazioni che hanno reso impossibile il conseguimento dei ricavi, degli incrementi di rimanenze e dei proventi nonche' del reddito determinati ai sensi del presente articolo, ovvero non hanno consentito di effettuare le operazioni rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto di cui al comma 4, la societa' interessata puo' interpellare l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente.

4-ter. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate possono essere individuate determinate situazioni oggettive, non trovano applicazione le disposizioni di cui al presente articolo.

4-quater. Il contribuente che ritiene sussistenti le condizioni di cui al comma 4-bis ma non ha presentato l'istanza di interpello prevista dal medesimo comma ovvero, avendola presentata, non ha ricevuto risposta positiva deve darne separata indicazione nella dichiarazione dei redditi.

La regola stabilisce che le società elencate si considerano società non operative se i ricavi, gli incrementi delle rimanenze e i proventi non straordinari sommati tra loro sono inferiori a determinate percentuali di poste del bilancio anche esse sommate tra loro. È questo il cosiddetto test di operatività<sup>25</sup>

L'ambito di applicazione, al netto delle esclusioni che vedremo dopo, comprende: società per azioni, a responsabilità limitata, in nome collettivo e in accomandita semplice e gli enti di ogni tipo non residenti, con stabile organizzazione nel territorio italiano.

Presupposto perciò, ai sensi dell'articolo 30, dell'applicazione della disciplina è il non superamento del test di operatività. Ad esso si affiancano anche altri due presupposti rintracciabili nei commi 36 *decies* e 36 *undecies* dell'articolo 2 della legge 148/2011<sup>26</sup>, cioè la presentazione di una dichiarazione in perdita per 5 esercizi oppure quattro se il quinto presenta un reddito inferiore al minimo.

---

5. (Comma abrogato. L'art. 3, comma 37 legge 23 dicembre 1996 n. 662, a decorrere dal periodo di imposta in corso alla data del 15 settembre 1996, ha sostituito con i commi da 1 a 4 gli originari commi da 1 a 7).

6. (Comma abrogato. L'art. 3, comma 37 legge 23 dicembre 1996 n. 662, a decorrere dal periodo di imposta in corso alla data del 15 settembre 1996, ha sostituito con i commi da 1 a 4 gli originari commi da 1 a 7).

7. (Comma abrogato. L'art. 3, comma 37 legge 23 dicembre 1996 n. 662, a decorrere dal periodo di imposta in corso alla data del 15 settembre 1996, ha sostituito con i commi da 1 a 4 gli originari commi da 1 a 7).

8. Il comma 2 dell'articolo 61 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e' sostituito dal seguente:

"2. Ai fini del raggruppamento in categorie omogenee non si tiene conto del valore e si considerano della stessa natura i titoli emessi dallo stesso soggetto ed aventi uguali caratteristiche".

9. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 6 si applicano a decorrere dal periodo di imposta in corso al 31 dicembre 1994.

10. (Comma abrogato dall'art. 29, comma 3 decreto-legge 23 febbraio 1995 n. 41, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 1995 n. 85).

<sup>25</sup> Vedi paragrafo 1.5.

<sup>26</sup> Si riportano i due commi di interesse per la tematica come modificati dalla l.175/2014:

36-decies. Pur non ricorrendo i presupposti di cui all'articolo 30, comma 1, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, le società e gli enti ivi indicati che presentano dichiarazioni in perdita fiscale per cinque periodi d'imposta consecutivi sono considerati non operativi a decorrere dal successivo sesto periodo

Infine nell'articolo si elencano poi le cause di esclusione, alle quali vanno però aggiunte quelle individuate dal direttore dell'agenzia delle entrate con il potere conferitogli dalla legge finanziaria del 2008<sup>27</sup>.

In particolare quelle dell'articolo 30 sono

- Società che per via dell'attività svolta sono obbligate a costituirsi come società di capitali
- Soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta. In un caso però questa esclusione non si applica, si tratta delle società che si trovano al primo periodo d'imposta a seguito di operazioni straordinarie.
- Soggetti sottoposti ad amministrazione straordinaria o controllata. Anche se non espressamente previsto si possono considerare escluse anche le società in stato di fallimento e in liquidazione coatta amministrativa<sup>28</sup> anche le società sottoposte a concordato preventivo, inizialmente non escluse dall'Agenzia<sup>29</sup>, sono state escluse dalla disciplina con la legge finanziaria 2008
- Società controllanti altre società quotate e anche a quelle controllate da queste ultime. Si escludono così dalla disciplina le catene di controllo che sarebbero probabilmente state penalizzate eccessivamente dall'applicazione di questa disciplina
- Società di trasporto pubblico
- Società con più di 50 soci
- Società con più di 10 dipendenti negli ultimi 2 esercizi
- Società soggette a procedure concorsuali

---

d'imposta ai fini e per gli effetti del citato articolo 30. Restano ferme le cause di non applicazione della disciplina in materia di società non operative di cui al predetto articolo 30 della legge n. 724 del 1994.

36-undecies. Il comma 36-decies trova applicazione anche qualora, nell'arco temporale di cui al medesimo comma, le società e gli enti siano per quattro periodi d'imposta in perdita fiscale ed in uno abbiano dichiarato un reddito inferiore all'ammontare determinato ai sensi dell'articolo 30, comma 3, della citata legge n. 724 del 1994.

<sup>27</sup> Vedi nota 21.

<sup>28</sup> Circolare 14/E del 2007 e 17/E del 2007; G. SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*; Rimini; 2008.

<sup>29</sup> Circolare 25/E del 2017.

- Società che hanno un valore della produzione superiore all'attivo dello stato patrimoniale
- Società con una partecipazione pubblica almeno del 20%
- Società che risultano congrue e coerenti con gli studi di settore

Come si può vedere si fa fatica a trovare una *ratio* comune a queste numerose cause di esclusione, prevale l'eterogeneità delle motivazioni; si evidenzia però un giusto *favor* per le imprese a partecipazione pubblica che sono tollerate e non penalizzate anche se non operative. Così come non si vogliono penalizzare le imprese che hanno una determinata capacità occupazionale; tendenzialmente quindi se si vuole trovare un collegamento tra le cause di esclusione questo può essere la volontà del legislatore di non onerare questi tipi di società al rispetto dei requisiti del test di operatività che se non rispettato porta ad una penalizzazione fiscale, spesso queste società, per il tipo di attività che svolgono sono svantaggiate nel raggiungere la soglia di operatività.

Una particolare causa di esclusione è poi prevista al comma 4 bis dell'articolo 30. Si prevede infatti che nel caso di cause oggettive che hanno reso impossibile rispettare i requisiti di operatività le società coinvolte possono fare interpello probatorio all'amministrazione finanziaria, come previsto dallo statuto del contribuente.

Questa ultima previsione è quindi un presupposto per la proposizione di interpello probatorio<sup>30</sup>.

Nella previgente formulazione era contenuto il termine "straordinarie" che però la legge finanziaria 2007 ha espunto. Questo significa che le oggettive situazioni in commento possono essere anche delle situazioni fisiologiche e ricorrenti<sup>31</sup> dell'impresa, ovviamente deve trattarsi di condizioni oggettive. Questa nuova formulazione amplia la possibile casistica la quale, oltre a comprendere gli eventi straordinari<sup>32</sup> che prima del 2007 davano diritto all'esclusione, adesso si compone di nuove ipotesi.

---

<sup>30</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 127.

<sup>31</sup> G. SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p. 191

<sup>32</sup> L'Agenzia nella circolare 48/1997 aveva enucleato alcune situazioni straordinarie che davano diritto ad esclusione: una crisi di settore oggettivamente dimostrabile anche nel caso in cui, la società controllante non abbia ricevuto dividendi dalla controllata a causa di una crisi di settore che colpisce

Molte di queste ipotesi sono state trattate dall'Agenzia nelle circolari 5 del 2007 e in molte risposte ad interpelli che sono state poi trasfuse nella circolare 44 del 2007.

Una prima ipotesi è quella della liquidazione volontaria. Con la liquidazione volontaria<sup>33</sup> l'impresa sceglie di liquidare il suo attivo e di definire tutti i rapporti giuridici in essere al fine di ottenere, al termine della procedura, la cancellazione dal registro delle imprese<sup>34</sup>. Ovviamente l'apertura di questa procedura può di certo essere considerata una causa oggettiva che non consenta di superare il reddito figurativo, ma l'Agenzia ha precisato<sup>35</sup> che però deve trattarsi di una liquidazione effettiva e non un mero stato formale in cui la società si trova. Andranno quindi valutati ai fini dell'esclusione dalla disciplina molteplici fattori: il reale avanzamento della procedura o, qualora manchi, stabilire le oggettive cause di difficoltà che hanno portato all'arresto dell'*iter*.

Altra ipotesi è quella delle società holding, queste società hanno come attività d'impresa quella di detenzione di partecipazioni in altre società. Balza subito all'occhio che questo tipo di società dipende, ai fini della produzione del reddito, dall'avvenuta o meno distribuzione di dividendi da parte delle società partecipate. L'Agenzia quindi nella circolare 5 del 2007 ha deciso di spostare l'indagine, ai fini della sussistenza della causa di esclusione, sulle società partecipate. Nel medesimo documento infatti vengono indicate una serie di circostanze che possono essere considerate esemplificative di fattispecie ricorrenti: società partecipate con riserve di utili non sufficienti, in caso di integrale distribuzione, a consentire alla holding di superare il test di operatività; mancata distribuzione di dividendi dovuta alla

---

quest'ultima; un furto che abbia inciso in maniera rilevante sulla disponibilità di beni o liquidità dell'impresa.

<sup>33</sup> Le cause di liquidazione che prescindono dalla volontà della società si trovano all'articolo 2484 c.c. e sono: decorso dell'eventuale termine di durata dell'atto costitutivo; conseguimento dell'oggetto sociale o sopravvenuta impossibilità di quest'ultimo; impossibilità di funzionamento o continuata inattività dell'assemblea; riduzione del capitale al di sotto del minimo legale; a seguito del recesso di alcuni soci o impossibilità del rimborso delle azioni senza ridurre capitale sociale e conseguente opposizione dei creditori; deliberazione assembleare o altre cause di scioglimento previste dallo statuto.

<sup>34</sup> G. CAMPOBASSO *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2017, p 315 ss ; G.SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p. 203.

<sup>35</sup> Circolare 5/2007.

necessità della partecipata di destinare gli utili a riserva come copertura di perdite conseguite; società partecipate che si trovano in fase di avvio di attività; società partecipate che operano in settori in crisi; società costituite quali *special purpose vehicle* (SPV)<sup>36</sup> che dimostrino di dover impiegare i proventi della società target per rimborsare i debiti contratti per acquistare la target stessa.

I discorsi sopra effettuati hanno senso solamente per quanto riguarda le holding con partecipazioni in società non quotate, visto che ai sensi del numero 4 del comma 1 dell'articolo 30, le società controllanti società quotate sono escluse della disciplina, senza necessità di obbligatoria istanza di interpello come invece richiede la causa di esclusione dei motivi oggettivi.

Il tema però si complica nel caso in cui non ci sia una partecipazione di controllo della holding ma una partecipazione minoritaria in una società quotata. L'Agenzia nella circolare 44 del 2007 risolve il caso concedendo alla holding di scomputare quelle partecipazioni dagli *asset* complessivi senza necessità di interpello.

La terza ipotesi affrontata nelle circolari è quella delle locazioni di immobili. Si tratta soltanto di quei beni posti in bilancio come immobilizzazioni poiché quelli iscritti nell'attivo circolante, come si vedrà<sup>37</sup>, non fanno parte dei redditi figurativi da calcolare ai fini del test di operatività. In particolare la circolare 5 del 2007 affronta alcune tipologie di problemi per le società che fanno della locazione di immobili parte importante dell'attività d'impresa: le società che hanno iscritti in bilancio immobili in corso di realizzazione, ovviamente questi immobili non sono suscettibili di essere locati e l'agenzia stabilisce che essi vadano esclusi dal calcolo rilevante per il test di operatività.

---

<sup>36</sup> Le SPV, anche dette società veicolo, sono delle società utilizzate come veicolo per scopi precisi. Molto utilizzate nella cartolarizzazione di crediti, probabilmente l'utilizzo a cui fa riferimento la circolare 5 del 2007 è quello che si effettua nelle operazioni di leverage buyout vale a dire acquisizione con indebitamento. Si tratta di una operazione di acquisizione fatta tramite una società veicolo che per ottenere la liquidità necessaria all'acquisizione offre come garanzia il patrimonio della società target dell'operazione. Ecco spiegata la previsione della circolare che ipotizza una situazione di recente acquisizione con la società acquirente che non distribuisce dividendi essendo tenuta a rimborsare il prestito ricevuto per l'operazione.

<sup>37</sup> Si rinvia al paragrafo 1.5 che tratterà analiticamente il test di operatività.

Altro tema affrontato è quello della dimostrata impossibilità di praticare canoni di locazione sufficienti per superare il test di operatività, l'Agenzia chiarisce che per poter operare questa esclusione è necessario che siano però praticati dei canoni di locazione almeno pari a quelli di mercato; i valori da considerare si possono reperire, come indica l'Agenzia nella circolare 25 del 2007, nelle banche dati delle quotazioni dell'Osservatorio del Mercato Immobiliare. La previsione serve a circoscrivere la possibile esclusione a quei casi in cui l'importo del canone di locazione, insufficiente per raggiungere il reddito figurativo, non sia tale per scelta dell'impresa ma sia il mercato a "costringere" l'impresa a mantenere un canone basso, trovandosi quindi in una oggettiva situazione di impossibilità ai sensi del comma 4 dell'articolo 30.

Terza ipotesi che potrebbe colpire questo tipo di società è quella dell'impossibilità di modificare i contratti di locazione in corso. Ciò avviene solitamente nei contratti di locazione di durata pluriennale in cui c'è l'impossibilità, ovviamente, per il locatore di modifica unilaterale del prezzo. L'Agenzia nella circolare 44 del 2007 ha stabilito che nel caso in cui vi sia l'impossibilità di modifica del contratto in vigore l'indagine va spostata sulla congruità del canone al momento della stipula. Quindi oltre all'impossibilità di rinegoziare il canone in sede di risposta all'interpello andrà valutata la congruità con il mercato del canone al momento della stipula<sup>38</sup>. La situazione in commento però può verificarsi anche nei casi di rinnovo tacito del contratto o più frequentemente nei casi in cui l'impresa subentri in un contratto di locazione già in essere<sup>39</sup>. Nel caso di rinnovo tacito l'Agenzia lo equipara ad un contratto vigente e quindi valuterà la congruità del canone con il mercato al momento della stipula. Nel caso invece di un subentro dell'impresa in un contratto già in essere l'Agenzia si limiterà a valutare, nell'istanza di interpello, l'oggettivo subentro nella posizione contrattuale dell'impresa, non potendo far dipendere l'applicazione della disciplina da un canone non concordato dalla parte interessata.

L'ultima parte della circolare 5 del 2007 è dedicata alle società che possiedono immobili inagibili. L'inagibilità è considerata dall'Agenzia una oggettiva causa di disapplicazione della disciplina.

---

<sup>38</sup> G.SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p 220.

<sup>39</sup> G.SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p 218.

Infine in chiusura la circolare in questione specifica che le norme di cui sopra possono essere applicate anche dalle società non immobiliari in relazione a determinati immobili da esse possedute.

Venendo invece ad esaminare le cause di esclusione di emanate dal Direttore dell'Agenzia delle entrate ai sensi del potere conferitogli dalla Legge Finanziaria 2008<sup>40</sup> esse sono contenute nei provvedimenti 23681/2008 e 87956/2011.

Le cause previste in questi provvedimenti stanno ad indicare situazioni individuate dall'Agenzia in cui nonostante andrebbe applicato il regime di tassazione per società non operative vi sono degli elementi che indichino vitalità economica, che escludano finalità di mero godimento oppure possono fare riferimento a situazioni particolari attraversate dall'impresa<sup>41</sup>.

In particolare le cause individuate dal provvedimento 23681/2008 sono: a) società in stato di liquidazione che si impegnino a terminare la procedura entro il periodo di imposta successivo alla data di assunzione del predetto impegno; b) società che si trovino in una procedura di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria grandi imprese in crisi, liquidazione giudiziaria; c) società sottoposte a sequestro penale o confisca o fattispecie analoghe in cui il tribunale abbia nominato un amministratore straordinario; d) società che dispongono di immobili, iscritti come immobilizzazione, che siano concessi in locazione ad enti pubblici o abbiano canoni agevolativi vincolati; e) società che detengono partecipazioni in società non di comodo o alle quali non si applica la disciplina, ovviamente l'esclusione riguarda solo le partecipazioni in questione.

Si precisa poi in chiusura che le cause individuate dal Direttore consentono la disapplicazione anche senza previa istanza di interpello.

#### **1.4 Il primo contatto tra il contribuente bisognoso di chiarimenti e l'Amministrazione: l'interpello**

---

<sup>40</sup> Vedi paragrafo 1.2 .

<sup>41</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 150 ss.

l'interpello è uno strumento molto usato nella pratica tributaria. Esso consente al contribuente di entrare in contatto con l'amministrazione finanziaria e ricevere da essa una risposta che lo orienti nell'applicazione della disciplina tributaria in una fattispecie concreta e personale del contribuente. Si tratta infatti di un dialogo che è preventivo rispetto alla dichiarazione.

Si distinguono varie forme di interpello: la più diffusa è sicuramente l'interpello ordinario. È previsto dall'articolo 11 della legge 212/2000 (statuto del contribuente) e grazie ad esso il contribuente può chiedere lumi all'amministrazione sulla corretta applicazione della disciplina tributaria nel caso in cui la formulazione della norma in questione abbia delle obiettive condizioni di incertezza.

L'interpello probatorio anche esso previsto all'articolo 11 dello statuto del contribuente, consente al contribuente di chiedere all'amministrazione finanziaria se gli elementi probatori da lui raccolti siano sufficienti e idonei all'adozione di regimi fiscali specifici. Questo interpello va usato in casi specifici come quello sopra esaminato delle società di comodo.

La terza forma di interpello è quella anti-abusiva dell'articolo 11 dello statuto. Questo interpello è utilizzato dal contribuente per chiedere la non applicazione di una norma anti abuso o della clausola generale del articolo 10 *bis* dello Statuto del Contribuente.

Il quarto tipo di interpello è quello del secondo comma dell'articolo 11 dello statuto. Si utilizza per chiedere all'amministrazione la disapplicazione delle norme antielusive vale a dire quelle norme che limitano alcune detrazioni o deduzioni, solitamente consentite, per evitare comportamenti di elusione fiscale<sup>42</sup>.

L'utilizzo nel dettato normativo dello statuto della parola "interpella" suggerisce di considerare quest'ultimo tipo di interpello come un onere per il contribuente qualora voglia la possibilità di disapplicare una norma antielusiva.

---

<sup>42</sup> si rimanda al capitolo 2 per una ampia trattazione sul tema dell'elusione fiscale.

La nuova formulazione dell'articolo 11 dello statuto ha posto fine alla diatriba<sup>43</sup>, riguardo gli effetti di una mancata presentazione dell'istanza di interpello sulla possibilità di disapplicare la norma anti elusiva. Si prevede infatti oggi che il contribuente possa comunque dimostrare la sussistenza dei requisiti per la disapplicazione, anche in un giudizio in sede amministrativa e contenziosa; quindi la disapplicazione è possibile anche dopo il diniego pervenuto tramite risposta all'interpello della amministrazione finanziaria a patto che poi in sede contenziosa il contribuente provi di averne i requisiti.

La procedura per la presentazione e risposta agli interpelli è sostanzialmente uguale per tutte le forme.

L'istanza deve ovviamente essere preventiva rispetto alla scadenza del termine previsto per la dichiarazione, altrimenti essa è inammissibile. Deve avere ad oggetto una fattispecie concreta e personale riguardante il contribuente in questione e va presentata al direttore regionale dell'agenzia delle entrate competente per territorio.

La risposta dell'amministrazione deve pervenire entro 90 giorni per l'interpello ordinario, 120 giorni per i rimanenti interpelli. Nel caso non arrivi risposta si forma il cosiddetto silenzio-assenso, vale a dire che la soluzione prospettata dal contribuente nell'istanza di interpello trova, tramite questo istituto, un tacito accoglimento. Questo però non avviene nel caso di mancanza di obiettive condizioni di incertezza, quando cioè l'amministrazione, ai sensi del comma 4 dell'articolo 11, ha già fornito una risposta a fattispecie analoghe con atti pubblicati con determinate forme di pubblicità<sup>44</sup>. In questi casi non sembra esserci un obbligo dell'amministrazione di

---

<sup>43</sup> Per una ampia disamina della diatriba in questione G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 402 ss.

In sintesi la giurisprudenza precedentemente riteneva che in assenza di impugnazione del diniego non si potessero far valere le ragioni per la disapplicazione in un altro giudizio, si arrivava quindi a ritenere obbligatoria la impugnazione del diniego. Successivamente la giurisprudenza muta orientamento (17010/2012; 11929/2014) e afferma la facoltatività dell'impugnazione e quindi la possibilità di far valere le proprie ragioni anche nei confronti del successivo atto di accertamento o diniego di rimborso, stabilendo quindi che il contribuente ha la possibilità di disapplicare la norma anche in presenza di un diniego dell'amministrazione.

<sup>44</sup> Articolo 5 comma 2 della L.212/2000 dove si prevede che circolari e risoluzioni dell'agenzia delle entrate debbano essere rese note ai contribuenti con mezzi idonei e tempestivamente.

comunicare l'inammissibilità dell'interpello per la mancanza delle obiettive condizioni di incertezza<sup>45</sup>. Quindi il contribuente di fronte ad un silenzio dell'amministrazione può sia trovarsi di fronte al miglior risultato possibile per lui, vale a dire una completa accettazione della soluzione prospettata; oppure davanti ad un disastro: una dichiarazione di inammissibilità. Probabilmente, per tutelare quantomeno la certezza del risultato dell'interpello, andrebbe inserito un obbligo esplicito di comunicazione della inammissibilità per mancanza delle obiettive condizioni di incertezza. Anche la Corte Costituzionale ha stabilito che l'affidamento giuridico del cittadino è un elemento fondante dello stato di diritto, inoltre tra i principi dell'Unione Europea si può certo annoverare il legittimo affidamento<sup>46</sup>.

La risposta, e quindi la soluzione adottata, vincola l'amministrazione in ogni suo organo; sono infatti affetti da nullità gli atti amministrativi che siano in contrasto con la risposta al quesito. Come già detto però questo vincolo riguarda solamente l'amministrazione, il contribuente ben può discostarsi dalla soluzione dell'agenzia. Tutto questo però a suo rischio e pericolo visto che sarà tenuto a provare la bontà del suo comportamento in sede di impugnazione di avviso di accertamento, potendo poi avere il massimo delle sanzioni<sup>47</sup> qualora non riuscisse a dimostrarlo.

L'impugnabilità in commissione tributaria degli interpelli era stata, in passato, fonte di grossi dubbi. L'agenzia delle entrate in alcune circolari<sup>48</sup> aveva negato la diretta impugnabilità, la giurisprudenza<sup>49</sup> invece era sembrata più propensa a consentire questa impugnabilità.

Il processo tributario ha una struttura impugnatoria, è il contribuente che lo avvia per resistere ad una pretesa o un diniego dell'amministrazione finanziaria. La norma cardine per il processo è l'articolo 19 del dlgs n.156 del 1992, poiché esso contiene un elenco di atti impugnabili immediatamente dal destinatario. Questo elenco non è

---

<sup>45</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 405.

<sup>46</sup>C.Cost. n. 349 del 1985. C. DE NICOLA *Precedente e prospective overruling. il punto di equilibrio tra interpretazione creativa e affidamento della parte*, in *La Nuova Procedura Civile* n. 2 del 2019.

<sup>47</sup> 180% dell'imposta non pagata.

<sup>48</sup> n.5/E e n.14/E del 2007 e 32/E del 2010.

<sup>49</sup> sentenze: n.17010 del 2012, n.24916 del 2013, n.11929 e n.16183 del 2014.

ritenuto<sup>50</sup> tassativo bensì suscettibile di interpretazione analogica. Per gli atti che rientrano nell'articolo 19 esplicitamente o tramite interpretazione opererà la regola dei vizi propri, vale a dire che i vizi di quell'atto possono essere fatti valere solo tramite l'impugnazione dell'atto stesso. Invece per gli atti extra art. 19 opera il meccanismo della tutela differita, vale a dire che i vizi di questi atti si potranno far valere unitamente all'impugnazione del primo atto successivo che sia ricompreso nell'articolo 19. Questo perché gli atti che non vengono ricondotti all'elenco di quelli impugnabili tendenzialmente non producono immediati pregiudizi al contribuente ma lo fanno solamente nel caso siano seguiti da altri atti.

In questo solco si inseriscono gli interpelli. Essi non producono un danno immediato al contribuente poiché egli ben può discostarsi anche dal parere negativo dell'amministrazione. Sarà poi l'eventuale atto di accertamento dell'amministrazione sulla fattispecie oggetto dell'interpello che produrrà il pregiudizio al contribuente che in quel momento potrà impugnare l'avviso di accertamento. Questa è stata la soluzione sposata dal legislatore nel dlgs 156 del 2015 che all'articolo 6 stabilisce che gli interpelli non sono direttamente impugnabili, con una deroga però: l'interpello disapplicativo di norme antielusive.

Quest'ultima forma di interpello è impugnabile "unitamente all'atto impositivo", si prevede anche una procedura aggravata, al secondo comma dell'articolo 6 dlgs, 156/2015 che onera l'amministrazione di una richiesta di chiarimenti da inviare al contribuente entro 60 giorni prima di emanare l'avviso di accertamento e dopo la ricezione dei chiarimenti deve specificatamente motivare l'eventuale atto di accertamento tenendo conto anche dei chiarimenti forniti.

Come detto questo interpello ai sensi dell'articolo 6 va impugnato contestualmente all'atto impositivo. Non si comprende la ragione di questo trattamento differenziato e soprattutto non se ne capisce l'utilità. L'interpello disapplicativo ha il medesimo effetto vincolante per il contribuente di tutti gli altri interpelli: nessuno. Gli altri interpelli non sono giustamente impugnabili poiché un diniego non ha alcun effetto immediatamente pregiudizievole per il contribuente che avrà interesse a resistere alla pretesa amministrativa, solamente nel momento in cui l'amministrazione emanerà un

---

<sup>50</sup> M. BASILAVECCHIA *Funzione impositiva e forme di tutela, lezioni sul processo tributario* Torino, 2013, p 48 ss.

avviso di accertamento, ben potendo il contribuente non aderire alla soluzione prospettata dall'agenzia nell'interpello.

L'interpello disapplicativo può essere impugnato solo nel momento di emanazione dell'atto impositivo risultando però poco utile considerando che gli elementi prodotti nell'interpello possono essere sicuramente fatti valere in giudizio in qualunque caso, tenendo conto anche dell'obbligatorietà per l'agenzia della richiesta di chiarimenti obbligatoria.

Recentemente la corte di cassazione con l'ordinanza 3775 del 2018 ha sostenuto l'autonoma impugnabilità del diniego di interpello disapplicativo anche a prescindere dall'emanazione dell'atto dispositivo, questo però in aperto contrasto con la lettera dell'articolo 6 del dlgs 156/2015.

Con questa ordinanza si dà sicuramente effettività alla previsione dell'impugnabilità di questo tipo di interpello, effettività svuotata dalla esplicita previsione di impugnabilità contestuale all'atto impositivo. Si ha però una anticipazione di tutela alla quale probabilmente non ha interesse neanche il contribuente che nel caso di diniego dell'agenzia ben può discostarsene e attendere la reazione dell'agenzia, solo in quel caso poi avrebbe interesse a lanciarsi nella lunga e costosa battaglia processuale visto che, in assenza di atto impositivo, il contribuente che si è discostato avrebbe comunque ottenuto il risultato desiderato.

### **1.5 il test di operatività ed il confronto tra i redditi effettivi e quelli figurativi.**

L'articolo 30 subordina l'applicazione della disciplina sulle società di comodo a una serie di parametri che sono stati rinominati test di operatività. Coloro che rientrano in questi parametri si presumono come soggetti non operativi e quindi di mero godimento di beni. Per aversi questa presunzione occorre che il valore dei ricavi delle rimanenze e dei proventi non straordinari, anche detti redditi effettivi, non superi i redditi figurativi.

I redditi effettivi sono quelli realmente realizzati dalla società e devono essere superiori, per essere considerata operativa, a i cosiddetti redditi figurativi (o presunti)<sup>51</sup>. Questi redditi sono quelli che si presume una società debba avere per esserci una reale attività di impresa. Questi redditi sono analiticamente previsti nell'articolo 30 tramite percentuali di valore di poste di bilancio<sup>52</sup>

I redditi figurativi sono divisi in 3 categorie<sup>53</sup> dall'articolo 30. La prima categoria è quella dei titoli e assimilati del quale va calcolato il 2%.

Fanno parte di questa categoria i beni indicati all'articolo 85 lettere c, d, e del TUIR vale a dire: partecipazioni in soggetti IRES, strumenti finanziari simili alle azioni, obbligazioni o altri titoli di massa. Si aggiungono ad essi le partecipazioni nelle società indicate dall'articolo 5 del TUIR<sup>54</sup> il loro calcolo nei redditi figurativi prescinde dalla collocazione in bilancio nelle immobilizzazioni o nell'attivo circolante<sup>55</sup> e dal trattamento fiscale di queste partecipazioni<sup>56</sup>. Infine si devono aggiungere a questa prima categoria i crediti, non tutti bensì solo quelli finanziari<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 130.

<sup>52</sup> vedi nota 24.

<sup>53</sup> G. SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 nonché circolare 25/E del 2007.

<sup>54</sup> Si tratta in particolare delle società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice a cui si aggiungono tutte quelle espressamente equiparate ad esse dall'articolo 5 TUIR.

<sup>55</sup> Nel diritto dei principi contabili la differenza tra beni immobilizzati e beni iscritti nell'attivo circolante è quella che i primi sono destinati ad essere usati durevolmente dalla società mentre i beni dell'attivo circolante sono destinati ad essere utilizzati per un periodo inferiore a 12-18 mesi. Vedi E. BOCCHINI *Diritto della contabilità delle imprese- Volume II il bilancio d'esercizio*, Roma, 2016, p. 120 ss.

<sup>56</sup> G. SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008.

<sup>57</sup> Circolare 25/E del 2007; G. SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p. 50 ss.

L'esclusione dei crediti non finanziari non è prevista esplicitamente dall'articolo 30 che fa riferimento solamente a "crediti". Dopo la confusione generata dalla circolare 48 del 2007 che motivava la sola considerazione dei crediti finanziari poiché "sono suscettibili di creare componenti positivi di reddito" essendo evidente che anche altri crediti possono generare questi componenti, l'agenzia poi con la citata circolare 25 del 2007 ha precisato che vanno considerati quelli "derivanti da operazioni di finanziamento" va però valutata la natura sostanziale di finanziamento poiché nella stessa circolare si

La seconda categoria comprende le immobilizzazioni dei beni immobili e i beni dell'articolo 8 *bis* lettera a) del dpr 633/1972 cioè le navi. Sono considerati anche in caso di locazione finanziaria.

A differenza della prima categoria qui è richiesta espressamente la qualifica di immobilizzazioni nel bilancio quindi non faranno parte del totale da cui estrarre il 6% richiesto dal test di operatività, gli immobili destinati alla rivendita o gli immobili merce. Questa previsione è destinata a colpire soprattutto le società di intermediazione immobiliare che altrimenti avrebbero potuto agevolmente eludere l'effettività del test, poiché dotate di un patrimonio immobiliare spesso molto grande ma non immobilizzato in quanto considerabile bene merce<sup>58</sup>. Si è discusso<sup>59</sup> se l'amministrazione finanziaria potesse attuare un sindacato sulla scelta societaria di classificazione del bene immobile come attivo circolante o immobilizzazione. Gran parte della dottrina<sup>60</sup> si è espressa favorevolmente. Sarebbe stata altrimenti minata l'effettività della previsione e del controllo dell'Agenzia, e infatti la stessa Agenzia nella circolare 137/1997 adotta questa soluzione riservandosi il potere di modificare qualificazione e valore dei cespiti del bilancio.

Un freno a questi necessari poteri di rettifica dell'amministrazione arriva da alcune pronunce della corte di cassazione<sup>61</sup> che negano la sussistenza di questa possibilità per l'amministrazione affermando che la valutazione sulla destinazione dei beni è

---

specifica che se l'operazione non è in linea con la prassi commerciale essa può essere sostanzialmente finanziaria.

<sup>58</sup> I beni relativi all'impresa si distinguono in beni-merce, che rappresentano i beni di normale commercializzazione per l'impresa, la cui cessione genera ricavi. Beni strumentali che sono quelli utilizzati per la produzione dei beni che saranno oggetto di commercializzazione, la cessione dei beni strumentali dà luogo a plusvalenze o minusvalenze. Infine beni meramente patrimoniali come categoria residuale, quei beni che fanno parte del patrimonio ma non sono destinati, né a produrre beni merce, né tantomeno ad essere loro stessi beni merce. Anche la cessione di questi beni genera plusvalenze o minusvalenze. Così TESAURO F. *Istituzioni di diritto tributario parte speciale*, Milano, 2018 p. 103.

<sup>59</sup> Per una panoramica della dottrina G.SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p 56 ss.

<sup>60</sup> G. FERRANTI *Cause di disapplicazione della disciplina sulle società di comodo* in *corriere tributario*, n.17/2007; D.DEOTTO *i limiti alla verifica di operatività* in *Sole 24 ore* del 6 Maggio 2007.

<sup>61</sup> Cass. 11240/2002 e cass. 8292/2003.

prerogativa assoluta dell'imprenditore, soprattutto nei casi limite nei quali uno stesso bene potrebbe astrattamente svolgere, per la particolare natura dell'impresa, sia una funzione di bene strumentale e quindi immobilizzato, sia una funzione di bene merce e quindi essere commercializzato e come tale iscritto nell'attivo circolante.

Tenendo conto della funzione del bilancio di esercizio, che nel nostro ordinamento ha soprattutto una destinazione pubblica, o comunque esterna alla società, le scelte insindacabili del redattore del bilancio dovrebbero essere estremamente limitate. I principi di chiarezza verità e correttezza<sup>62</sup> alla base del bilancio hanno sicuramente la precedenza rispetto alle scelte imprenditoriali insindacabili, anche perché la redazione di un bilancio non impone all'impresa scelte sulla sua attività, ma chiede solamente che sia data rappresentazione all'esterno, con verità chiarezza e correttezza, della situazione patrimoniale ed economica della società.

In questa seconda categoria sono previste poi delle percentuali più basse, ovviamente di favore poiché abbassando il reddito figurativo aumentano le possibilità che i propri redditi effettivi siano sufficienti per scampare all'applicazione della disciplina, per alcune categorie di beni<sup>63</sup>. In particolare è prevista una percentuale pari ad 1% per i beni immobili situati nei comuni con meno di 1000 abitanti. Inizialmente prima della legge finanziaria del 2008, queste percentuali di favore erano previste per le altre due categorie: titoli e assimilati e le altre immobilizzazioni. Poi la legge finanziaria del 2008 modificò radicalmente questi trattamenti agevolati prevedendoli solamente per l'unica categoria che non ne beneficiava.

La terza categoria è chiamata altre immobilizzazioni ed è una categoria residuale. Ovviamente in queste immobilizzazioni non sono comprese quelle già incluse nelle altre categorie come quelle finanziarie o quelle di beni immobili e navi. La percentuale ai fini del test è 15% del valore totale di queste immobilizzazioni, comprese quelle in locazione finanziaria. In particolare quindi tra le altre immobilizzazioni avremo quelle immateriali e quelle materiali che non siano immobili o navi.

---

<sup>62</sup> E.BOCCHINI *Diritto della contabilità delle imprese - Volume II il bilancio d'esercizio*, Roma, 2016, p. 67 ss.

<sup>63</sup> vedi nota 24.

Per quanto riguarda i valori da assegnare ai beni delle tre categorie occorre sicuramente fare riferimento ai principi contabili in materia e alle norme tributarie.

Ai fini tributari il bilancio non è esattamente identico a quello del codice civile bensì si segue il principio di derivazione<sup>64</sup>, vale a dire che ai fini tributari il punto di partenza è quello del risultato, utile o perdita, che emerge dal bilancio civilistico corretto da alcune variazioni<sup>65</sup>, in aumento o in diminuzione del risultato, stabilite puntualmente dalle norme tributarie. Le giustificazioni per l'adozione della derivazione fiscale sono molteplici, ad esempio emerge chiaramente la diversità dei fini delle diverse discipline. Se si immaginasse un mondo senza tributi allora i redattori del bilancio sarebbero portati a sovrastimare beni e risultati per dare risalto al pubblico e ai soci dei risultati ottenuti e per dare impressione di solidità ai creditori e a quelli che lo diventeranno. Se viceversa si riuscisse ad immaginare un bilancio che ha come unica funzione quella tributaria, e che non circola tra il pubblico, allora i redattori sarebbero tentati dal sottostimare i valori dei beni e i risultati per diminuire la base imponibile e ottenere un risparmio fiscale. Fortunatamente questi scenari non sono realistici e quindi il doppio utilizzo del bilancio, grazie al principio di derivazione, consente di temperare la possibilità di alterazione delle valutazioni bilancistiche.

Un esempio di principio di derivazione lo troviamo anche nella valutazione dei beni ai fini del test di operatività, infatti l'articolo 30 al comma 2 c'è un rimando all'articolo 110 del dpr 917 del 1986 cioè il testo unico delle imposte sui redditi, stabilendo quindi che il valore dei beni dalla cui totalità saranno estratte le

---

<sup>64</sup> Astrattamente le possibilità per creare un collegamento tra la disciplina contabile e quella tributaria sono tre. Si può stabilire la perfetta sovrapposibilità del bilancio del codice civile con quello ai fini fiscali creando quindi un binario unico, oppure comportarsi in maniera opposta cioè con un doppio binario limitando al massimo le commistioni tra le materie e redigendo di fatto due bilanci con criteri che possono essere anche molto diversi. Infine la terza soluzione, quella adottata dal nostro ordinamento, è quella della derivazione.

<sup>65</sup> Le variazioni in aumento sono norme tributarie che obbligano l'impresa ad escludere alcuni componenti negativi che secondo i principi civilistici sarebbero stati correttamente computati come oneri. Aumenta quindi il reddito imponibile.

Le variazioni in diminuzione invece sono norme tributarie che consentono di computare tra i componenti negativi alcuni costi che dal punto di vista civilistico non rientrano nel bilancio. Diminuisce quindi il reddito imponibile.

percentuali del test va effettuato seguendo i criteri tributari di cui all'articolo 110 TUIR.<sup>66</sup>

Per quanto riguarda invece i beni in locazione finanziaria, è lo stesso articolo 30 al comma 2 che stabilisce si deve valutare il costo sostenuto dall'impresa concedente, ovvero, in mancanza di documentazione, la somma dei canoni di locazione e del prezzo di riscatto risultanti dal contratto.

Ottenuti i valori dei beni e calcolate le rispettive percentuali si ha quindi il risultato del reddito figurativo. Questo valore è quello che deve essere raggiunto dal reddito effettivamente conseguito per non permettere alla presunzione di non operatività di trovare applicazione.

Come già detto il primo comma dell'articolo 30 stabilisce che ai fini dei redditi effettivi vanno considerati: i ricavi, gli incrementi delle rimanenze e dei proventi, esclusi quelli straordinari.

I valori da considerare sono per espressa previsione della norma quelli imputati a

---

<sup>66</sup> In particolare il comma 1 dell'articolo 110 del TUIR a cui rimanda l'articolo 30 stabilisce che per i beni di cui si stabilisce il criterio del costo si deve tenere conto: a) il costo è assunto al lordo delle quote di ammortamento già dedotte; b) nel costo si comprendono anche gli oneri accessori di diretta imputazione, esclusi gli interessi passivi e le spese generali. Tuttavia per i beni materiali e immateriali strumentali per l'esercizio dell'impresa si comprendono nel costo gli interessi passivi iscritti in bilancio ad aumento del costo stesso per effetto di disposizioni di legge. Nel costo di fabbricazione si possono aggiungere con gli stessi criteri anche i costi diversi da quelli direttamente imputabili al prodotto; per gli immobili alla cui produzione e' diretta l'attivita' dell'impresa si comprendono nel costo gli interessi passivi sui prestiti contratti per la loro costruzione o ristrutturazione; c) il costo dei beni rivalutati, diversi da quelli di cui all'articolo 85, comma 1, lettere a, b ed e, non si intende comprensivo delle plusvalenze iscritte, ad esclusione di quelle che per disposizione di legge non concorrono a formare il reddito. Per i beni indicati nella citata lettera e che costituiscono immobilizzazioni finanziarie le plusvalenze iscritte non concorrono a formare il reddito per la parte eccedente le minusvalenze dedotte; d) il costo delle azioni, delle quote e degli strumenti finanziari simili alle azioni si intende non comprensivo dei maggiori o minori valori iscritti i quali conseguentemente non concorrono alla formazione del reddito, ne' alla determinazione del valore fiscalmente riconosciuto delle rimanenze di tali azioni, quote o strumenti; e) per i titoli a reddito fisso, che costituiscono immobilizzazioni finanziarie e sono iscritti come tali in bilancio, la differenza positiva o negativa tra il costo d'acquisto e il valore di rimborso concorre a formare il reddito per la quota maturata nell'esercizio.

conto economico. La conseguenza di questa menzione sembrerebbe essere quella, se si vuole privilegiare il dato letterale, che eventuali proventi o ricavi, che non rilevino ai fini fiscali ma siano in una posta del conto economico, dovrebbero far parte del calcolo dei redditi effettivi<sup>67</sup>.

L'esclusione dei ricavi straordinari è probabilmente prevista per far pesare solamente i ricavi inerenti alla vera e propria attività di impresa, in quanto con dei ricavi straordinari mirati si potrebbe facilmente eludere l'applicazione della disciplina. Anche l'Agenzia delle entrate ha ritenuto congrua questa esclusione dicendo che solo i ricavi inerenti all'attività di impresa possono stabilire se una società è operativa oppure no<sup>68</sup>.

In particolare nella circolare 25/2017 l'Agenzia delle entrate ha chiarito che la straordinarietà del ricavo ben può variare a seconda dell'attività svolta dall'impresa. Una volta individuato il criterio, quello dell'inerenza all'attività di impresa, l'Agenzia nelle sue circolari<sup>69</sup> ha spesso enucleato alcuni esempi di ricavi straordinari e quindi non computabili nel reddito effettivo.

Ricavi straordinari sono quindi le plusvalenze derivanti da cessioni di beni non strumentali all'attività di impresa; oppure beni strumentali che però per la notevole rilevanza del bene rispetto al patrimonio dell'azienda sia considerabile una plusvalenza straordinaria; oppure ancora operazioni corporative come cessioni di rami d'azienda o ristrutturazioni.

Il comma 2 dell'articolo 30 stabilisce che gli elementi necessari per il calcolo del reddito effettivo vanno valutati non nell'esercizio corrente bensì al valore medio tra il corrente esercizio e i due precedenti. Nel caso di società al secondo esercizio<sup>70</sup> occorrerà fare la media solamente con quello precedente.

Particolarmente interessante e dibattuto<sup>71</sup> il caso in cui, un esercizio interessato da una causa di esclusione faccia poi parte in un esercizio successivo del valore medio del triennio da calcolare. A Rigor di logica se un esercizio è interessato da una causa

---

<sup>67</sup> G.SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p. 50 ss

<sup>68</sup> Circolare 25/E del 2007.

<sup>69</sup> Circolare 141 del 1998 per quanto riguarda l'IRAP utilizzato dall'Agenzia per definire ricavi ordinari e straordinari; circolare 25/2007.

<sup>70</sup> le società al primo esercizio sono espressamente escluse dal comma 1 al numero 2.

<sup>71</sup> G.SMALDINI *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*, Rimini, 2008 p 88 ss.

di esclusione significa che, per motivi oggettivi o soggettivi, è tollerato il suo mancato raggiungimento di un reddito considerabile come operativo. Non dovrebbe quindi essere considerato nel triennio valevole per il valore medio, andrebbe altrimenti a penalizzare una società che non lo merita avendo la norma per lei previsto una causa di esclusione. L' Agenzia delle entrate però nelle circolari 11/2007 e 25/2007 non è sembrata di questo avviso stabilendo che andassero considerati nel triennio anche gli esercizi in cui è presente una causa di esclusione.

### **1.6 Le società in perdita sistematica: quando non basta il rispetto del test di operatività.**

Ai fini dell'applicazione della normativa di sfavore per le società non operative non basta superare il test di operatività. L'articolo 2 della legge 148/2011 ai commi 36 *decies* e 36 *undecies*<sup>72</sup> inserisce altre due ipotesi di presunzione di operatività: le società che per cinque periodi di imposta presentino dichiarazione in perdita fiscale a partire dal sesto esercizio sono considerate non operative; sono presunte non operative anche le società che presentino per quattro periodi di imposta una dichiarazione in perdita fiscale e al quinto esercizio abbiano un reddito sotto il minimo del comma 3 dell'articolo 30.

La circolare 25/E del 2012 ha chiarito che la norma si applica solamente alle società con almeno cinque esercizi di attività<sup>73</sup>.

Molto discussa<sup>74</sup> la *ratio* della previsione di includere le società in perdita sistematica nella disciplina delle società non operative; visto che, in questo caso la valutazione prescinde completamente dal test di operatività.

---

<sup>72</sup> vedi nota 26.

<sup>73</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 137.

<sup>74</sup> Dibattito di cui riporta molto bene MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 139 ss e del quale si cercherà di sintetizzare.

Gran parte della dottrina<sup>75</sup> accolse con scetticismo la previsione del 2011 anche per via della difficoltà di ricondurre ad una logica unitaria la disciplina fiscale delle perdite<sup>76</sup>.

In effetti una società in perdita spesso è perfettamente operativa, probabilmente qui il legislatore nell'ancorare queste società al medesimo trattamento fiscale delle società di comodo voleva semplicemente penalizzare e scoraggiare l'utilizzo fraudolento delle perdite fiscali<sup>77</sup>. Si potrebbe dire quindi che, l'unico punto di contatto delle due discipline sia il trattamento fiscale, visto che i presupposti e il fine appaiono ben diversi.

In tema di cause di esclusione, ferma restando l'applicabilità di tutte quelle individuate dall'articolo 30 ove possibile<sup>78</sup>, ne sono previste alcune appositamente individuate dal Direttore dell'agenzia delle entrate<sup>79</sup> in virtù del potere conferitogli dalla Legge Finanziaria 2008<sup>80</sup>.

In particolare quelle individuate dal provvedimento 87956/2012 sono: a) società in stato di liquidazione che si impegnino a terminare la procedura entro il periodo di imposta successivo alla data di assunzione del predetto impegno; b) società che si trovino in una procedura di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria grandi imprese in crisi, liquidazione giudiziaria; c) società sottoposte a sequestro penale o confisca o fattispecie analoghe in cui il tribunale abbia nominato un amministratore straordinario; d) società che

---

<sup>75</sup> D. STEVANATO "*società di comodo*" un capro espiatorio buono per ogni occasione in *Corr. Trib. 2011* nel quale l'autore sostiene che ci sia una qualificazione pretestuosa delle società in perdita come società di comodo al fine di agganciarle a delle tassazioni sproporzionate, nello stesso articolo l'autore ha definito la disciplina della maggiorazione fiscale per le società di comodo una tassa sul patrimonio surrettizia.

Ancora R. MICELI *nuova disciplina fiscale delle società non operative* in Treccani, Libro dell'anno 2013, Roma 2013.

<sup>76</sup> G. ZIZZO *Profili di incostituzionalità del regime di utilizzo delle perdite nelle imposte sul reddito* in *Corr. Trib. 2007*; G. FRANSONI *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite* in *Riv. Dir. Trib. 2008*.

<sup>77</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 150 ss.

<sup>78</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p. 153 ss.

<sup>79</sup> Provvedimento n. 87956 del 2011.

<sup>80</sup> vedi nota 21.

detengono partecipazioni immobilizzate prevalentemente in società che non siano in perdita sistematica<sup>81</sup>, oppure che siano escluse dall'applicazione della disciplina; e) società che abbiano un margine operativo lordo positivo, vale a dire che deve essere positiva la differenza tra il valore e i costi della produzione; f) società per le quali i versamenti tributari siano sospesi a seguito di dichiarazioni di stato di emergenza; g) società che esercitino esclusivamente attività agricola; h) società congrue e coerenti con studi di settore; i) società per le quali risulti positiva la somma tra la perdita di periodo e i componenti che non concorrono alla formazione del reddito perché esclusi o esenti.

### **1.7 Il reddito presunto attribuito alle società accertate come non operative.**

Ricapitolando: ai fini dell'applicazione della disciplina l'interprete dovrà, in *primis*, valutare la sussistenza dei presupposti. Quindi se la società sospettata di non operatività risulterà essere in perdita sistematica oppure fallirà il test di operatività essa avrà integrato i presupposti previsti dalla norma.

Poi l'indagine dell'interprete si sposterà sulla eventuale presenza di cause di esclusione dall'applicazione della disciplina, attività semplice qualora ci si limitasse a quelle elencate dall'articolo 30. A queste però vanno aggiunte, come visto prima, le numerose cause individuate dai provvedimenti del Direttore dell'Agenzia dell'entrate e soprattutto la causa generale di esclusione del comma 4 dell'articolo 30, che si può far valere tramite istanza di interpello. In particolare su quest'ultima l'interprete dovrà soffermarsi data l'ampiezza del dato normativo che richiede solamente ragioni oggettive che abbiano impedito di superare il test. Per sua fortuna l'interprete in questo suo lavoro sarà aiutato dalle molte circolari<sup>82</sup> dell'Agenzia delle entrate che

---

<sup>81</sup> Vedi paragrafo 1.6 che tratterà delle società in perdita sistematica.

<sup>82</sup> vedi paragrafo 1.3 e circolari 5 e 44 del 2007.

enucleano una serie di ragioni astrattamente idonee ad essere fonte per la disapplicazione della disciplina.

Appurato quindi il rispetto dei presupposti e l'assenza di cause di esclusione ci si troverà di fronte ad una società non operativa.

Dopo averne individuato la categoria occorrerà determinarne il reddito. Per tale scopo viene sempre in soccorso l'articolo 30 della L.724/1994, infatti al comma 3 esso contiene una presunzione di reddito minimo, determinando la base imponibile in base a poste del bilancio. In particolare: 1,5% dei beni indicati all'articolo 85 lettere c, d, e del TUIR vale a dire: partecipazioni in soggetti IRES, strumenti finanziari simili alle azioni, obbligazioni o altri titoli di massa; il 4,75% delle immobilizzazioni dei beni immobili e i beni dell'articolo 8 *bis* lettera a) del dpr 633/1972 cioè le navi. Sono considerati anche in caso di locazione finanziaria; il 12% del valore complessivo delle altre immobilizzazioni anche in locazione finanziaria.

Vi è inoltre la previsione che le perdite degli esercizi precedenti possano essere computate in diminuzione solo della parte di reddito eccedente il minimo.

Come i più attenti osservatori avranno notato vi è una perfetta corrispondenza, aliquote a parte, con le tre categorie individuate sopra riguardo al test di operatività<sup>83</sup>. L'obbligo di dichiarare il reddito effettivamente conseguito permane in capo alla società solamente quando questo sia superiore a quello minimo presunto.<sup>84</sup>

Una particolare disposizione è prevista per le società a cui si applica il regime di trasparenza<sup>85</sup>. In particolare per le società di capitali che abbiano una partecipazione in una società di persone non operativa, qualora la società partecipante non sia di comodo dovrà scomputare il reddito, a lei imputato per trasparenza, della società non operativa e applicare ad esso l'aliquota maggiorata prevista ai sensi della disciplina

---

<sup>83</sup> Paragrafo 1.4.

<sup>84</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 178.

<sup>85</sup> Il trattamento fiscale delle società di persone è diverso da quello delle società di capitali, poiché qui i redditi della società sono imputati ai soci in proporzione alla partecipazione; è il cosiddetto principio di trasparenza. I redditi prodotti sono imputati ai soci a prescindere dall'effettiva distribuzione, ciò si spiega in virtù del minor distacco tra soci e amministratori, (spesso sono gli stessi soci ad essere amministratori) e quindi un maggior controllo sulla decisione di distribuire o meno gli utili. Così TESAURO F. *Istituzioni di diritto tributario parte speciale*, Milano, 2018 p. 22 ss.

sulle società di comodo. Nel caso in cui anche la partecipante sia una società di comodo invece non sarà necessario applicare questo scomputo poiché l'aliquota sarà la medesima per tutto l'imponibile.

Ai fini IRAP l'articolo 30 della legge 724 del 1994 al suo comma 3 *bis* stabilisce che si presume che il valore della produzione netta non sia inferiore al reddito minimo aumentato delle retribuzioni sostenute per il personale dipendente, dei compensi spettanti ai collaboratori coordinati e continuativi, di quelli per prestazioni di lavoro autonomo non esercitate abitualmente e degli interessi passivi.

Anche in questo caso si ha l'impressione di una, giustificata, ritorsione del legislatore tributario nei confronti delle società non operative in quanto la struttura dell'IRAP è incompatibile con una società che non svolga attività di impresa. L'imposta è infatti destinata a colpire il valore aggiunto della produzione che in mancanza di attività di impresa è difficile da configurare.

in ambito IVA salta subito all'occhio come una società di mero godimento ben si presti a utilizzi poco in linea con lo spirito dell'IVA. Questa imposta si basa su un meccanismo di rivalsa e detrazione che consente all'imposta di gravare sui soggetti sui quali si vuole veramente incidere: i consumatori finali. Così si spiega la previsione che consente agli imprenditori di chiedere il rimborso dell'IVA per i beni acquistati per l'attività di impresa.

Dopo questa premessa è ancor più chiaro che una società costituita per il mero godimento dei beni potrebbe astrattamente avere il vantaggio di avere il rimborso IVA per dei beni che poi non saranno usati per alcuna opera di impresa. Si spiega così la previsione dell'articolo 30 L. 724/1994 al suo comma 4 che prevede che i crediti IVA delle società non operative non siano rimborsabili, ma solamente riportabili a nuovo e quindi compensabili con futuri debiti IVA, infine qualora per tre esercizi il debito iva non sia abbastanza capiente per esaurire il credito vantato dalla società ci sarà la cancellazione di quest'ultimo.

Questa disciplina è sicuramente molto rigida ma perfettamente in linea con la struttura delle società di comodo. L'applicazione di questa norma ha ovviamente come presupposto che la società sia qualificata come non operativa. Queste previsioni in sostanza disincentivano l'utilizzo dello strumento societario come schermo per nascondere un mero godimento di beni, l'impossibilità di ottenere un

rimborso IVA ma solo una compensazione rende inutile una società del genere con il solo fine di abbattere l'IVA poiché in assenza di attività di impresa e di commercializzazione di beni il credito IVA non sarà mai compensato e dopo tre anni sarà cancellato.

### **1.8 Lo scopo della disciplina sulle società di comodo.**

Dopo aver analizzato nel dettaglio la disciplina sulle società non operative dell'articolo 30 della L. 724/1994 è venuto il momento di individuare quale sia lo scopo sotteso a questa normativa.

Molteplici le funzioni<sup>86</sup> della normativa che in dottrina sono state proposte.

La prima funzione è quella antievasiva. L'idea alla base di questa teoria è quella che la creazione delle società di mero godimento, fosse finalizzata all'evasione di imposta poiché realizzava una diminuzione di entrate per l'erario<sup>87</sup>.

Una seconda ricostruzione della funzione della disciplina è quella antielusiva<sup>88</sup>. Secondo questa teoria la normativa sulle società di comodo sarebbe un mezzo di contrasto all'elusione fiscale, in quanto il conferimento di beni in una società che non abbia una reale attività di impresa altro non è che un espediente per eludere la pretesa impositiva erariale. In particolare i vantaggi sarebbero: la detrazione dell'eventuale

---

<sup>86</sup> Ancora una volta ben riportato il dibattito in MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 189 ss.

<sup>87</sup> Così G.MELIS *Disciplina sulle società di comodo e presunzione di evasione: non sarà forse l'ora di eliminarla?* in *Dialoghi di dir. trib.* 2006; in particolare qui l'autore sostiene che la tesi antievasiva è la più convincente, non essendo decisiva ai fini del dibattito in esame la disciplina delle regole o la presenza dell'interpello disapplicativo, soprattutto in contrasto con la tesi antielusiva che manca nel definire i contorni della presunta elusione. L'autore poi, come si evince dal titolo, ritiene auspicabile un abbandono della disciplina, priva di coerenza e sistematicità, a favore di altre tecniche antievasive.

<sup>88</sup> Il concetto di elusione fiscale con tutti i suoi affini e corollari sarà affrontato ampiamente nel Capitolo secondo.

IVA pagata per l'acquisto dei beni<sup>89</sup>, il mancato assoggettamento di alcuni beni<sup>90</sup> alla disciplina dei redditi fondiari<sup>91</sup>, l'alterazione del principio di progressività<sup>92</sup>.

Secondo questa ricostruzione l'articolo 30 non sarebbe altro che la codificazione di una norma antielusiva particolare. I fautori di questa teoria indicano come indizio di questa natura antielusiva la presenza, con posizione di rilievo, dell'interpello nella disciplina. Inizialmente l'interpello chiamato in causa era quello disapplicativo ma poi nel 2015 con il d.lgs. n.156 fu sostituito con quello probatorio. Per i commentatori della disciplina originaria la presenza dell'interpello disapplicativo quindi poteva essere spiegata solamente individuando come scopo del legislatore quello di creare una norma antielusiva. Questa interpretazione si scontra però con le modifiche legislative che hanno sostituito l'interpello disapplicativo con quello probatorio, avente diversa funzione e caratterizzato diversamente. Inoltre non è sempre scontato che una società di comodo abbia il fine di eludere l'imposta ma può avere ben altri fini come nascondere operazioni criminali.

Una terza funzione sembrerebbe emergere dai lavori preparatori alla disciplina delle società operative ed è quella del contrasto alle società senza impresa<sup>93</sup>. Secondo questa teoria le giustificazioni per creare una società senza impresa sono molteplici e possono essere di tipo civile penale o tributario; perché si vuole impedire ai creditori di soddisfarsi su determinati beni o conseguire un risparmio d'imposta, perciò il contrasto alle società di comodo ha il fine di impedire l'abuso della forma societaria per motivi non meritevoli.

In particolare chi sostiene questa teoria considera come un indizio importante il fatto che la norma consideri come indice di operatività, non il reddito ma i ricavi.

---

<sup>89</sup> Prova ne sarebbe la previsione dell'articolo 30 della legge 724/1994 al comma 4 in cui si stabilisce l'impossibilità del rimborso IVA per le società non operative (Paragrafo 1.7).

<sup>90</sup> I beni soggetti alla categoria reddituale dei redditi fondiari sono ai sensi dell'articolo 25 del TUIR: terreni e fabbricati situati nel territorio dello stato che sono, o devono essere, iscritti al catasto.

<sup>91</sup> Ai sensi dell'articolo 27 del TUIR i beni che appartengono a società commerciali producono redditi d'impresa anche se astrattamente idonei a produrre redditi fondiari.

<sup>92</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 195 ss.

<sup>93</sup> In dottrina L. PEVERINI *società di comodo e imposta patrimoniale: il contrasto tributario all'utilizzo distorto della forma societaria* in *Giur. Comm.*, 2013.

Sostengono<sup>94</sup> infatti che il fatto che una società non abbia dei ricavi sufficienti non sia di per se integrabile come un comportamento elusivo.

La quarta funzione è chiamata funzione mista che da risalto alle diverse possibili funzioni, diventando un caso di “polimorfismo normativo”<sup>95</sup>. Questa dottrina mette in risalto la diversità di funzioni della disciplina anche per via della confusione tecnico-normativa dei redattori dell’articolo soprattutto a causa delle numerose modifiche che ne hanno stratificato i contenuti<sup>96</sup>.

Le quattro possibili funzioni della disciplina sono state tutte ben argomentate nel corso del dibattito e probabilmente un fondo di verità è contenuto in tutte.

La tesi del “ polimorfismo normativo” probabilmente pecca un po’ di semplicismo pur se sostenuta da una normativa poco chiara che sembrerebbe prestarsi a più interpretazioni.

La tesi antievasiva e quella antielusiva non sembrano pienamente condivisibili in quanto riduttive, poiché come si è visto in precedenza le società di comodo possono essere usate per fini che non attengono obbligatoriamente al diritto tributario ma spaziano tra le discipline. È sicuramente vero che la sanzione scelta dal legislatore è quella di una maggiorazione tributaria ma probabilmente questo è dovuto alla facile applicabilità di questa sanzione visti i potenziali problemi che porterebbe adottare il sistema della nullità in ambito societario<sup>97</sup>.

La tesi che sarebbe da preferire è quella della funzione dissuasiva dell’abuso della forma societaria. La società di comodo si presta a molteplici abusi, che potrebbero anche andare oltre la volontà di ottenere un indebito risparmio di imposta. Vi può essere la volontà di impedire a creditori personali l’accesso ad alcuni beni tramite il regime di responsabilità limitata di alcune società, vi può essere una volontà di nascondere dietro ad uno schermo societario una associazione per delinquere, e poi ovviamente il fine di evasione o elusione che non va comunque dimenticato.

---

<sup>94</sup> L. PEVERINI *società di comodo e imposta patrimoniale: il contrasto tributario all’utilizzo distorto della forma societaria* in *Giur. Comm.*, 2013. P. 282 ss.

<sup>95</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell’impresa*, Roma, 2017, p 201.

<sup>96</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell’impresa*, Roma, 2017, p 201.

<sup>97</sup> Paragrafo 1.1.

Nonostante la presenza dell'interpello disapplicativo, che qualificava quindi implicitamente come antielusive le norme dell'articolo 30, si può sostenere che non sia elusivo il comportamento di chi pur svolgendo attività non raggiunga determinati ricavi, più probabile che il legislatore volesse riferirsi solo ad uno dei comportamenti possibili con una società di comodo<sup>98</sup>.

Infine l'aggiunta del presupposto della perdita sistematica è certamente motivato dall'uso delle perdite molto vantaggioso che se ne può fare ai fini fiscali, ma la logica sottesa sembra essere quella che società perennemente in perdita non hanno ragione di essere per l'ordinamento mancando i criteri di economicità che devono caratterizzare la forma societaria.

### **1.9 compatibilità costituzionale e comunitaria della disciplina, tra falsi problemi e dubbi aperti.**

Nei suoi anni di vigenza la normativa è stata spesso oggetto di critiche per via della sua presunta incompatibilità con la nostra Costituzione. La questione però non è mai arrivata in Corte Costituzionale.

Il primo articolo della Costituzione che potrebbe avere delle frizioni con la disciplina è il 23 della Carta, il quale stabilisce che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta senza una legge che lo faccia espressamente. Anche i meno esperti riconosceranno qui una riserva di legge, vale a dire che solo una legge può disciplinare quel tema e non altre fonti secondarie. Il dibattito però si è

---

<sup>98</sup> L. PEVERINI *società di comodo e imposta patrimoniale: il contrasto tributario all'utilizzo distorto della forma societaria* in *Giur. Comm.*, 2013. P.285 L'autore in particolare sostiene poi, che il carattere dissuasivo è spiegato anche dalla prima causa di giustificazione, che esonera i soggetti che astrattamente sarebbero non operativi ma che, per via della loro attività, hanno l'obbligo di costituirsi in forma di società di capitali. Qui appare chiaro che non si realizza alcun abuso della forma societaria visto che la forma societaria è prescritta dalla legge, ciò però non esclude che questa società possa eludere o evadere l'imposta.

concentrato sulla qualificazione di questa riserva<sup>99</sup>, e cioè se fosse relativa o assoluta. La riserva assoluta consente che la materia sia trattata esclusivamente dalla legge e nessuna fonte di rango secondario possa intervenire. La riserva relativa invece prevede che alla legge spetti il compito di prevedere i principi generali e i criteri ma che il potere esecutivo possa intervenire tramite dei regolamenti che ne limino la disciplina.

Nel caso dell'articolo 23 la dottrina si è mostrata piuttosto orientata sulla qualifica di relativa per svariati motivi, innanzitutto la lettera dell'articolo 23 riporta l'espressione "in base alla legge" e non come in altri casi forme più restrittive<sup>100</sup>. Si invoca poi l'argomento sistematico in particolare la previsione dell'articolo 5 della Costituzione che riconosce e promuove le autonomie locali, con una riserva assoluta si minerebbe l'autonomia di alcuni enti che non avrebbero la possibilità di calibrare, a seconda delle esigenze di quel territorio, la pretesa impositiva<sup>101</sup>.

Appurato con questi forti argomenti che si tratta di una riserva di legge relativa, rimane da chiarire con quanta libertà possano muoversi le fonti secondarie e quali debbano essere i criteri che la legge deve indicare per il rispetto dell'articolo 23.

La Corte Costituzionale si è pronunciata nel corso degli anni stabilendo che, la legge deve indicare i criteri direttivi, i limiti e i controlli, o qualora non siano indicati occorre siano quantomeno desumibili<sup>102</sup>. In particolare l'interpretazione che si è formata prevede che la legge debba almeno indicare: il presupposto comprese le

---

<sup>99</sup> Le tipologie di riserva di legge sono tre: assoluta, relativa, rinforzata. Quella rinforzata, che per ovvi motivi non è entrata nel dibattito riguardante l'articolo 23, ha come caratteristiche quella di non limitarsi a stabilire che solo la legge possa normare su un determinato tema, ma restringe la discrezionalità del legislatore prevedendo alcuni standard e principi ai quali esso deve adeguarsi. Un esempio è l'articolo 16 che consente limitazioni di circolazione che la legge stabilisce per motivi di sanità, sicurezza pubblica ma non per motivi politici.

<sup>100</sup> Un esempio è sicuramente l'articolo 13 della Costituzione che stabilisce che non è ammessa alcuna restrizione della libertà personale a meno che non vi sia un atto motivato dell'autorità giudiziaria "nei casi e modi previsti dalla legge". Ci troviamo sicuramente davanti a una riserva di legge assoluta.

<sup>101</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 43.

<sup>102</sup> Sentenze della Corte Costituzionale: 4/1957; 30/1957; 47/1957; 51/1960; 67/1973; 507/1988; 90/1994; 190/2007; G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 43.

cause di esclusione; i soggetti passivi; la base imponibile; l'aliquota massima e minima o i criteri per determinarla<sup>103</sup>.

Nel caso della disciplina sulle società non operative pochi dubbi sul fatto che la legge contenga gli elementi di cui sopra, salvo però la possibilità, espressamente prevista dalla legge Finanziaria 2008, che il Direttore dell'Agenzia delle entrate individui con dei propri provvedimenti delle ulteriori cause di esclusione<sup>104</sup>. Seguendo l'interpretazione della Corte anche le cause di esclusione rientrerebbero nei presupposti di imposta e quindi in elementi che dovrebbero essere previsti da una legge. È certamente vero che è una legge a consentire al Direttore di emanare questo tipo di provvedimenti ma non è immaginabile una legge ordinaria che deroghi alla costituzione. Finora però nessun tribunale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, una interpretazione costituzionalmente orientata considera questi provvedimenti come *lato sensu* regolamentari<sup>105</sup>. Così facendo però non si risolve il tema dei criteri che devono essere presenti nella legge, anche qualora si aderisse all'idea di considerare questi provvedimenti del Direttore come regolamenti si tratterebbe pur sempre di fonti secondarie.

L'altra grande norma della Costituzione riguardante il diritto tributario è l'articolo 53. Qui si stabilisce il principio di capacità contributiva, prevedendo che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.

La definizione di questo principio è stata lasciata a dottrina e giurisprudenza. È un principio sicuramente rivolto al legislatore come limite e criterio guida della sua capacità impositiva. Anche il contribuente però ne è destinatario nella parte in cui il suo concorso alle spese pubbliche è espressamente richiesto<sup>106</sup>.

Per capacità contributiva si intende quindi probabilmente un fatto che esprima forza economica, sempre nel rispetto del principio del cosiddetto limite del minimo vitale che prevede che il nucleo minimo di forza economica che rappresenta la possibilità di soddisfare i bisogni minimi dell'essere umano.

---

<sup>103</sup> Elementi indicati rispettivamente nelle sentenze della Corte Costituzionale 51/1960; 93/1963; 16/1965; MICELL,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 249.

<sup>104</sup> Ciò è poi puntualmente avvenuto, si veda paragrafo 1.3 e la nota 21.

<sup>105</sup> MICELL,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 253 ss.

<sup>106</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 49 ss.

Il dibattito sulla capacità contributiva si è poi spostato verso la contrapposizione tra due concezioni. Da un lato chi sosteneva che la capacità contributiva fosse un limite assoluto per il legislatore, quindi che fossero imponibili solo gli elementi che indicassero una ricchezza tale che, attraverso la sua scambiabilità nel mercato, fosse sufficiente ad estinguere l'obbligazione tributaria. Il presupposto dovrebbe perciò contenere in se gli elementi per far fronte all'obbligazione tributaria<sup>107</sup>.

Dall'altro lato vi era chi vedeva l'articolo 53 come limite relativo, quindi il legislatore potrebbe, in una ottica di redistribuzione di ricchezza<sup>108</sup>, considerare come indice di forza economica qualunque fatto che abbia una rilevanza economica senza che operi la preclusione della scambiabilità sul mercato<sup>109</sup>.

Emblematica della differenza tra le due concezioni è l'idea della proprietà privata che se ne ricava. Per i fautori dell'articolo 53 come limite assoluto la proprietà non può essere messa in discussione pena la natura espropriativa dell'imposizione. I sostenitori della teoria del limite relativo invece vedono la proprietà come un riconoscimento dello stato, quindi un interesse ovviamente cedevole rispetto al corretto funzionamento dell'intero stato<sup>110</sup>, i tributi infatti garantiscono proprio questo importantissimo valore. Ovviamente anche i sostenitori del limite relativo non lasciano totale discrezionalità al legislatore tributario prevedendo come limite però la ragionevolezza dell'imposizione tributaria.

La Corte Costituzionale è stata ovviamente chiamata numerose volte a pronunciarsi sui contorni della capacità contributiva. Da una iniziale posizione più aderente alla teoria del limite assoluto si è spostata negli anni '80 verso una auspicabile concezione redistributiva della ricchezza abbracciando quindi la teoria del limite relativo, stabilendo che per la tassazione può bastare un indice di semplice forza economica, tutto ciò però rivalutando e massimizzando il limite, per il legislatore, della ragionevolezza, intesa come coerenza e razionalità<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 54.

<sup>108</sup> Il metodo migliore per attuare una auspicabile redistribuzione di ricchezza è sicuramente quello tributario per facilità applicativa. Questo spiega anche il fondamento ideologico di questa seconda teoria sulla capacità contributiva.

<sup>109</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 55.

<sup>110</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 56.

<sup>111</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 57.

Basta uno sguardo all'articolo 30 della legge 724 del 1994 per rendersi conto che la disciplina sulle società di comodo potrebbe avere qualche frizione con l'articolo 53 ed il principio di capacità contributiva, visto che l'imposizione è legata ad un reddito solo presunto.

La coerenza con l'articolo 53, non pervenuta nella determinazione del reddito minimo, va ricercata in altri ambiti della normativa. Prescindendo per ora dalla ragionevolezza o meno delle percentuali individuate ai fini del reddito minimo<sup>112</sup>, l'idea di fondo della normativa è che le società di mero godimento abbiano una potenzialità di reddito che non esprimono, a maggior ragione se si vuole aderire all'idea che ci si trovi davanti a una norma che miri a dissuadere dall'abuso di contratto sociale. Se si costituisce una società che persegue fini diversi da quelli per cui la norma del 2247 c.c. è stata creata, l'esercizio in comune di attività di impresa, questo non può danneggiare la pretesa tributaria che perderebbe dei redditi che la società avrebbe prodotto se fosse stata costituita con finalità aderente all'articolo 2247 c.c.

Questo è coerente con la visione della capacità contributiva come limite relativo, visione che poi ha prevalso in corte costituzionale. Prevedere un reddito anche solo potenziale potrebbe rientrare nell'interpretazione che la corte ha fatto della capacità contributiva, prescindendo dall'effettiva scambiabilità sul mercato e che non deve necessariamente contenere in se gli strumenti per estinguere l'obbligazione, con il limite della ragionevolezza. Proprio in questo campo si sposta l'indagine dell'interprete sulla compatibilità costituzionale della disciplina, l'articolo 3 della costituzione ha sempre rappresentato un riferimento fondamentale nelle questioni di legittimità costituzionale comprese quelle riguardanti la materia tributaria. Dal principio di uguaglianza dell'articolo 3 deriva anche un più generale principio di ragionevolezza che impedisce al legislatore di trattare 2 situazioni uguali in maniera diversa a meno che non vi sia un ragionevole motivo per farlo. La disciplina delle società di comodo sicuramente produce una discriminazione impositiva tra le società che superano il test di operatività e le società che non lo superano. Ai fini della compatibilità della disciplina è fondamentale la previsione del comma 4 bis

---

<sup>112</sup> Paragrafo 1.5.

dell'articolo 30 della legge 724 del 1994<sup>113</sup> che consente di disapplicare la disciplina in questione in presenza di cause oggettive che abbiano reso impossibile il raggiungimento del reddito figurativo. Questa deroga consente l'effettiva distinzione tra società realmente non operative, e società che operative aspirerebbero ad esserlo ma che non sono riuscite a superare il test. Si calibra così anche l'applicazione della norma che colpisce così solo le società che sono effettivamente state costituite per il solo godimento di beni. Si può ritenere che la presenza di questa causa di esclusione della disciplina renda l'intera struttura ragionevole. Essa infatti diversificando i trattamenti rende il tutto più aderente all'articolo 3, solo le società effettivamente di mero godimento subiranno questa forzatura di capacità contributiva che comunque, va ricordato, si basa su un reddito potenziale che sarebbe stato prodotto se la società avesse sfruttato appieno la sua potenzialità di attività di impresa. Queste conclusioni sono state confermate dalla Corte Costituzionale in una sentenza che riguardava le rendite catastali confermando l'ammissibilità della tassazione sui redditi figurativi<sup>114</sup>, sdoganando la possibilità di determinare il reddito con criteri presuntivi a patto che siano connotati da estrema ragionevolezza.

---

<sup>113</sup> Paragrafo 1.3 per l'analisi nel dettaglio di questa causa di non applicazione della disciplina.

<sup>114</sup> Sentenza 16 del 1965; MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 269

la corte in particolare nella sentenza ha sostenuto: La capacità contributiva non è rivelata soltanto dal reddito che percepisce di fatto la persona gravata dal tributo. Quando oggetto dell'imposta sia una cosa produttiva, la base per la tassazione è data (e la capacità del contribuente è rivelata) dall'attitudine del bene a produrre un reddito economico e non dal reddito che ne ricava il possessore, dalla produttività e non dal prodotto reale: ed è giusto che ciò avvenga perché l'imposta costituisce anche incentivo ad una congrua utilizzazione del bene e favorisce tra l'altro un migliore adempimento dei doveri di solidarietà economica e un più ampio contributo al progresso materiale del Paese (artt. 3 e 4 della Costituzione). La legge, che disciplina le imposte immobiliari non indulge né può indulgere all'inerzia, all'incapacità di gestione, alla liberalità del contribuente, che ad esempio non tragga adeguato compenso dall'impiego del suo immobile. Perciò colpisce il possessore (almeno se lo stabile è di quelli che hanno una "destinazione ordinaria", ad es. è una casa d'abitazione) non sopra il canone effettivamente conseguito, ma su quello che, a parità di condizioni, avrebbe potuto conseguire l'uomo medio (v. anche art. 74 del T.U. sulle imposte dirette). Per calcolare questa cifra il legislatore ha adottato un sistema che potrà essere discusso o migliorato, ma che non è irragionevole ed è certo più efficiente di quello già in vigore

Un tema ancora aperto sulla compatibilità costituzionale della disciplina sulle società non operative riguarda però l'equiparazione delle società in perdita sistematica ai sensi dell'articolo 2 della legge 148/2011 ai commi 36 *decies* e 36 *undecies*<sup>115</sup>. Le equiparazioni spesso rischiano di essere in conflitto con il principio di eguaglianza sostanziale dell'articolo 3 che prevede che di norma situazioni diverse debbano essere trattate diversamente per consentire un trattamento più parametrato sulla singola fattispecie. In questo caso l'auspicabile intenzione di dissuadere l'esistenza in vita di società in perenne perdita, o il timore dell'uso elusivo di quelle perdite ai fini fiscali comunque non basta a spiegare l'equiparazione alle società operative di società che invece lo sono. Probabilmente qui il legislatore, per semplicità, voleva solamente estendere gli effetti dissuasivi prescindendo da una reale somiglianza delle fattispecie.

Le possibili frizioni della disciplina strutturale sulle società di comodo non si fermano a quelle con la costituzione ma, soprattutto in tema di IVA, rischiano di essere presenti nei confronti del diritto dell'Unione Europea.

L'imposta sul valore aggiunto è una imposta armonizzata, vale a dire che trova la sua origine in direttive europee. In particolare questa imposta è definita come un prelievo sui consumi, proporzionale al corrispettivo della transazione di cessione di beni e prestazioni di servizi nell'esercizio di impresa o arti e professioni, tutto ciò deve avvenire nel territorio dello stato<sup>116</sup>.

Nel caso delle società di comodo la disciplina si articola su diverse norme, innanzitutto il comma 5 dell'articolo 4 del dpr 633/1972, che prevede che non si considera attività di impresa il mero possesso di beni immobili o di valori mobiliari, la conseguenza immediata ai fini IVA è quella della perdita di uno dei presupposti dell'imposta, cioè l'attività di impresa, ciò è quindi svantaggioso per la società che, perdendo la qualifica di impresa, perde il beneficio della neutralità dell'imposta. Infatti una delle caratteristiche fondamentali dell'IVA è che essa è neutrale per coloro che esercitano attività di impresa, l'imposta va quindi ad incidere solo sul consumatore finale tramite il meccanismo di detrazione e rivalsa, la società che perde la qualifica di impresa ai fini IVA viene pertanto parificata al consumatore e resterà

---

<sup>115</sup> Vedi paragrafo 1.6 e nota 71.

<sup>116</sup> G.FALSITTA, *Manuale di diritto tributario parte speciale* Padova 2016; p.812.

incisa dall'imposta perdendo la possibilità del credito per l'IVA versata nell'eventuale acquisto di beni.

La seconda norma che viene in risalto per l'IVA è, il già accennato<sup>117</sup>, comma 4 dell'articolo 30 l. 724/1994. Qui si prevede che il credito IVA per i beni acquistati dalla società non operativa non è in alcun modo rimborsabile ma solamente compensabile con altri debiti IVA, e dopo tre anni in caso non avvenga la compensazione il credito si considera estinto. Questa previsione ovviamente ha rilevanza solo nel caso le società non perdano la qualifica di impresa ai sensi dell'articolo 4 del TUIR di cui si è parlato sopra.

Ai fini della compatibilità con le norme comunitarie la criticità più evidente è proprio con il principio di neutralità dell'IVA. La disciplina dell'articolo 4 del dpr 633/1972 che nega la soggettività ai fini IVA alle società di mero godimento è considerata compatibile con la nozione di attività di impresa del diritto dell'Unione poiché riproduce alcuni principi contenuti in direttive comunitarie sul tema. Il problema sembra però porsi riguardo la previsione dell'articolo 30. Secondo alcuni, pare infatti delinearsi una situazione di doppiezza soggettiva dell'impresa, la società si verrebbe quindi a trovare in una posizione di soggezione ad IVA per quanto riguarda le operazioni attive e come consumatore finale per le operazioni passive<sup>118</sup>. La previsione oltretutto si basa su un fattore completamente esterno all'IVA come la bassa redditività della società. Il dubbio in particolare risiede nel fatto che l'indetraibilità dell'IVA può essere limitata ai sensi della direttiva in materia di IVA<sup>119</sup>, soltanto per dei casi specifici tra cui quello di evitare frodi e abusi, ma la Corte di Giustizia ha più volte chiarito che nel caso di società di mero godimento, quest'ultima qualifica fosse estranea alla disciplina dell'imposta avendo le frodi IVA altri tipi di reazione previsti dall'ordinamento.<sup>120</sup>

In conclusione sembra potersi profilare un conflitto con le norme comunitarie, che mal si prestano probabilmente ad una disciplina IVA puramente sanzionatoria come

---

<sup>117</sup> Paragrafo 1.7.

<sup>118</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 289.

<sup>119</sup> Direttiva n.112 del 2006; MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 290 ss.

<sup>120</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 290 ss.

quella dell'articolo 30. La soluzione a questo possibile contrasto però, va ricercata nell'efficacia della misura che, per come è strutturata, consente di colpire solamente quelle situazioni in cui vi è un vero e proprio abuso del diritto. Si pensi ad una società sostanzialmente operativa ma che sia incappata nel mancato superamento del test di operatività, la disciplina di impossibilità di compensazione difficilmente porterà danno all'impresa che, essendo operativa, è probabile che in questo o nei prossimi esercizi riuscirà a compensare l'intero credito. Danneggia invece quelle società che proprio per l'assenza di attività di impresa non avranno un debito IVA sufficiente a compensare. Così facendo si circoscrive l'effettivo svantaggio della previsione solamente a quelle società che ne erano l'originario bersaglio, giustificando il diverso trattamento.

Un ultimo tema di analisi della compatibilità della disciplina riguarda il rapporto con lo statuto del contribuente in particolare l'articolo 2.

Lo statuto del contribuente è la legge 212 del 2000. Come esordio sceglie di prevedere all'articolo 1 che le sue disposizioni, sono state redatte in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, ed esse costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali.

Si tratta di una scelta molto curiosa poiché si affida ad una legge ordinaria la disciplina su come modificare la legge stessa, nonostante il principio di successione di leggi nel tempo preveda che la legge successiva prevalga sulla legge previgente. Risulta quindi completamente inidonea questa previsione a impedire una futura revisione. La Corte Costituzionale infatti ha chiarito<sup>121</sup> che lo Statuto non può assolutamente avere funzione di parametro di costituzionalità. La Giurisprudenza ha però riconosciuto allo Statuto un valore di possibile criterio interpretativo<sup>122</sup>, simile a

---

<sup>121</sup> Ordinanza 41/2008; G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 81.

<sup>122</sup> In particolare la Cassazione ha chiarito con la Sentenza 637/2012, riguardante una norma tributaria sospettata di essere retroattiva e quindi in contrasto con l'articolo 3 dello Statuto, che lo Statuto costituisce, in quanto espressione di principi immanenti nell'ordinamento tributario, un criterio guida nell'interpretazione delle norme. Nella stessa sentenza però aggiunge che le norme dello Statuto non hanno un rango superiore alla legge ordinaria quindi che una legge successiva in contrasto con esso non può essere disapplicata. G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 82.

quello che riguarda che le norme della costituzione. Vale a dire che tra due interpretazioni dovrebbe essere preferita quella più aderente allo Statuto<sup>123</sup>.

L'articolo 2 dello Statuto prevede che le norme tributarie debbano essere redatte con chiarezza e trasparenza. Questo principio è stato ritenuto un corollario dell'articolo 23 che prevede la riserva di legge relativa<sup>124</sup>.

La normativa sulle società di comodo sembrerebbe in effetti porsi in contrasto con questo principio viste le numerose modifiche<sup>125</sup> che hanno confuso il quadro generale. La norma poi contiene numerosi rimandi esterni, non solo a delle leggi ma anche, come visto in precedenza, a provvedimenti amministrativi sempre passibili di aggiornamento, come i provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle entrate ai sensi del comma 4 *ter* dell'articolo 30<sup>126</sup>.

La norma si presenta molto tecnica e di difficile lettura, inoltre la mancanza di esplicitazione della *ratio* potrebbe portare a difficoltà interpretative<sup>127</sup>.

Tutti questi fattori rendono sicuramente la norma non chiarissima<sup>128</sup>. Tutti ovviamente vorrebbero che le norme tributarie fossero chiare e trasparenti, lo Statuto del Contribuente è uno strumento del quale il legislatore dovrebbe tenere conto nella redazione delle norme tributarie, anche per via dell'affidamento che fa il contribuente su una legge così importante. Detto questo però non c'è un obbligo giuridico per il legislatore di seguirne i principi, lo Statuto è una legge ordinaria senza nessun privilegio gerarchico rispetto alle altre leggi ordinarie. Un eventuale contrasto della disciplina sulle società di comodo con l'articolo 2 dello Statuto non potrà quindi essere materiale per censure giuridiche bensì materiale per censure

---

<sup>123</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 81.

<sup>124</sup> G. MARONGIU *Statuto del contribuente* in *Enc. Giuridica* Diritto online 2016; MICELI,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 258.

<sup>125</sup> Ben 14 dal 1994 anno della sua prima emanazione.

<sup>126</sup> MICELI,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 259.

<sup>127</sup> MICELI,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 259.

<sup>128</sup> Nella disciplina tributaria non sempre è facile produrre norme chiare e facilmente comprensibili visto, a volte, il tecnicismo che richiede la materia, e i numerosi interessi da bilanciare. La contrapposizione tra l'interesse all'imposizione per permettere il funzionamento della macchina dello stato e gli altri interessi rilevanti come ad esempio l'attività di impresa è dietro l'angolo. Soprattutto in norme che, con il fine antielusivo, sono tenute a essere molto specifiche e ricche di presunzioni.

politiche sull'operato del legislatore. L'unico risalto che potrebbe avere questo possibile contrasto potrebbe essere sul piano della eventuale sanzione amministrativa collegata all'accertamento del maggior tributo, in quanto in presenza di un affidamento del contribuente alle norme statutarie, e una obiettiva incertezza normativa si potrebbe valutare, da parte del giudice, la non applicazione di queste sanzioni.<sup>129</sup>

### **1.10 Conclusioni**

Dopo aver analizzato il trattamento che l'ordinamento riserva alle società di comodo si può trarre qualche conclusione.

Innanzitutto dal punto di vista del diritto civile emerge chiaramente che la società che non abbia una attività di impresa ma sia di mero godimento non rientra nell'ambito dell'articolo 2447 c.c. ma qualora, dietro il conferimento, non ci sia la volontà di un esercizio comune di attività di impresa ci si troverà davanti ad una comunione di scopo ai sensi dell'articolo 2448 c.c.

Di fronte a queste società però il diritto civile non arriva a pronunciarsi per la nullità di queste compagini poiché nell'ambito societario prevale da sempre la protezione dei terzi con i quali la società, seppur astrattamente nulla, ha intrattenuto rapporti. Basti vedere che la disciplina della nullità delle società è affidata all'articolo 2332 c.c. che ne contiene uno striminzito e tassativo elenco.

Il diritto tributario invece si occupa di disincentivare queste società tramite o delle normative episodiche che ne consentono uno scioglimento fiscalmente neutro oppure dal 1994 con l'articolo 30 della legge 724/1994 che è con tutte le sue modifiche ancora oggi il cardine della disciplina sulle società operative.

I contenuti dell'articolo 30 sono stati ampiamente sviscerati nei paragrafi precedenti, qui ci si limiterà a dire che non si può prescindere nell'analisi dell'articolo

---

<sup>129</sup> MICELI, R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017, p 260

dall'individuazione dei suoi fini. Impresa resa non molto facile dalla poca chiarezza della norma e dall'aggiunta dell'articolo 2 della legge 148/2011 ai commi 36 *decies* e 36 *undecies* che introduce un nuovo presupposto, le società in perdita sistematica, che non sembra avere molte affinità con la fattispecie dell'articolo 30.

Il fine che è stato individuato, per i motivi che sono stati sviluppati precedentemente<sup>130</sup>, è quello di limitare l'abuso delle società che non rispettino la *ratio* dell'articolo 2447 c.c., appurato questo risulterà più agevole la comprensione della disciplina nel suo complesso. La volontà di scoraggiare l'abuso di società tramite una maggiorazione fiscale consente quindi di colpire trasversalmente tutti i possibili utilizzi non in armonia con il codice civile, questo spiega anche la previsione di equipararvi le società in perdita sistematica, visto che il fine dissuasivo è il medesimo.

---

<sup>130</sup> Paragrafo 1.8



## CAPITOLO II

### LINEAMENTI GENERALI DEL SISTEMA PENALE TRIBUTARIO E RILEVANZA DELL'ELUSIONE FISCALE

**Sommario:** 2.1 Evoluzione storica del reato tributario: dai tributi doganali al d.lgs. 74 del 2000. 2.2 L'assetto vigente del diritto penale tributario: tra principi costituzionali e "particolarismo". 2.3 L'evoluzione storica del concetto di elusione fiscale: dagli studi della scuola di Pavia all'assetto attuale, passando per l'abuso del diritto di matrice giurisprudenziale. 2.4 L'elusione fiscale nel diritto tributario vigente: l'articolo 10 *bis*. 2.4.1 Le garanzie procedurali dell'articolo 10 *bis*. 2.4.2 Le conseguenze dell'elusività dell'operazione: la cosiddetta "tassazione differenziale". 2.5 Elusione fiscale, evasione fiscale e legittimo risparmio di imposta. Tra la lecita diminuzione della base imponibile e l'occultamento dei presupposti, si inserisce il concetto di elusione. 2.6 L'abuso del diritto come concetto risalente nel tempo e *genus* della *species* elusione fiscale. 2.7 Rilevanza penale delle condotte elusive: dai dubbi della giurisprudenza alla soluzione definitiva dell'articolo 10 *bis*. 2.8 Conclusioni.

**2.1 Evoluzione storica del reato tributario: dai tributi doganali al d.lgs. 74 del 2000.**

Il diritto penale tributario nasce dall'esigenza di legare una sanzione penale all'evasione fiscale. Questa esigenza cominciò a farsi sentire subito dopo l'unificazione del Regno d'Italia, si cercò in quel frangente di aumentare il gettito

complessivo per sopperire alle difficoltà economiche del neonato regno e lo si fece anche attraverso norme antievasive<sup>1</sup>.

All'epoca la maggior entrata per le casse del regno consisteva nel gettito dei tributi doganali su questo si concentrò l'attività del legislatore con due regolamenti tra il 1861 e il 1862 e infine il d.lgs. n. 3020 del 1866<sup>2</sup>.

In materia di imposte dirette<sup>3</sup> invece dopo un tentativo andato a vuoto con la legge 844/1873, mai applicata, si arrivò alla repressione penale nel 1928 con la legge n.2834.

La nascita del diritto penale tributario però viene convenzionalmente collocata un anno dopo, nel 1929, quando con la legge n.4 fu delineato il quadro della disciplina tramite alcuni principi fondamentali<sup>4</sup>.

Il primo di questi è il principio di fissità: all'articolo 1 della legge si stabilisce che le norme di diritto penale tributario, sarebbero potute essere abrogate solamente con una dichiarazione esplicita del legislatore, si tenga presente che ci si trovava in una fase in cui non era ancora stata approvata la costituzione con le conseguenze sulla gerarchia delle fonti che tutti conosciamo.

Si prevedeva poi una peculiare disciplina del concorso di reati e del reato continuato. Nel diritto penale l'autore di un reato viene punito con la somma delle pene previste per i diversi reati commessi, questo però non avviene nel caso di concorso formale e reato continuato due istituti contenuti nell'articolo 81 del codice penale. Il concorso formale consiste nella commissione di più illeciti penali tramite una stessa azione od omissione. La pena per questi reati non sarà il cumulo delle pene, come nel caso del concorso materiale, bensì la pena sarà quella del reato punito più severamente aumentata fino al triplo. Il secondo caso dell'articolo 81 è quello del reato

---

<sup>1</sup> E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*; Bologna; 2013; p. 1.

<sup>2</sup> D.lgs. dal suggestivo titolo "Del reato di contrabbando e delle pene cui saranno puniti coloro che lo commettono" E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*; Bologna; 2013; p. 1.

<sup>3</sup> La differenza tra imposte dirette ed indirette sta nell'indice di capacità contributiva colpito. Le imposte dirette colpiscono gli indici più evidenti come reddito e patrimonio, le imposte indirette colpiscono invece i consumi o i trasferimenti. I tributi doganali sono imposte indirette.

<sup>4</sup> Il titolo della legge era infatti "disposizioni generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, relative ai tributi dello stato" E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*; Bologna; 2013; p. 3

continuato. Esso consiste nel compimento di una serie di reati unificati però dal medesimo disegno criminoso. Anche per questi reati la pena sarà quella del reato punito più severamente aumentata fino al triplo.

Il diritto penale tributario secondo la legge 4/1929 invece, mantenendo la disciplina generale del concorso materiale, modifica parzialmente la disciplina del reato continuato, infatti nel caso di violazione di più disposizioni tributarie accomunate dalla medesimità del disegno criminoso, l'adozione del trattamento sanzionatorio mediante l'unificazione sarà rimesso alla discrezionalità del giudice, e la pena sarà aumentata al massimo della metà della pena che vi sarebbe stata con il concorso materiale.

Si aggiungeva una particolare forma di oblazione per le contravvenzioni tributarie, e si prevedeva una prescrizione di tre anni per le contravvenzioni.

La competenza veniva assegnata all'intendente di finanza per le contravvenzioni per le quali era prevista solo una ammenda<sup>5</sup> e al tribunale in ogni altro caso.

Particolarmente interessante la previsione della cosiddetta "pregiudiziale tributaria". Questo istituto prevedeva che per i reati tributari l'azione penale dovesse cominciare solo dopo che la maggior imposta fosse stata accertata secondo le procedure in materia, ciò per via della complessità della materia tributaria che suggeriva di non assegnarne la determinazione al giudice penale.

Infine la legge 4/1929 disponeva il "principio di ultrattività" delle leggi penali tributarie che quindi continuavano ad avere applicazione, sui fatti commessi durante la loro vigenza, anche nel caso in cui subentrasse una legge più favorevole<sup>6</sup>.

La riforma del 1929, nonostante abbia creato i primi principi in materia di diritto penale tributario, comunque si manteneva su una linea sanzionatoria molto mite, era molto rara la possibilità di una irrogazione di pena detentiva, sembrando non dare

---

<sup>5</sup> Contro i decreti di condanna dell'Intendente poteva essere fatta opposizione ed in quel caso competente a giudicare era il tribunale. E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013, p. 5.

<sup>6</sup> E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013, p. 7; l'autore sostiene che ripercorrendo l'iter della legge 4/1929 si evince come la *ratio* della previsione fosse quella di legare la norma di sanzione penale a quella di diritto tributario visto che quest'ultima era regolata dal principio *tempus regit actum* ai sensi dell'articolo 11 delle preleggi.

molta rilevanza all'offensività delle condotte<sup>7</sup>. Si prevedeva pure una rigida alternatività tra le sanzioni tributarie penali e quelle amministrative; visto che entrambe erano punite con pene pecuniarie sarebbe stato irragionevole sovrapporle. Solo con il celebre d.p.r. 633 del 1972 vi sarà un inasprimento delle sanzioni, con un aumento degli illeciti colpiti con la pena detentiva, e quindi l'abbandono dell'alternatività del 1929.

La vera svolta si avrà però con la legge 516 del 1982 chiamata da molti "manette agli evasori". L'evasione fiscale dal 1929 si era diffusa in maniera sempre più allarmante<sup>8</sup> provocando grave danno economico alle casse dello stato, che si accingeva ad affrontare molte spese per costruire un sistema all'avanguardia di *welfare*<sup>9</sup>. Questo ha spinto il legislatore a costruire un sistema penalistico, per le violazioni tributarie, sempre più articolato e sempre più rigido nelle sanzioni.

Innanzitutto viene abrogata la pregiudiziale tributaria<sup>10</sup> che si era rivelata ben poco utile, anzi aveva appesantito il processo che poteva arrivare fino ad avere ben 6 gradi di giudizio<sup>11</sup>. Viene abrogato anche il principio di fissità per quanto comunque il legislatore lo abbia spesso disatteso.

---

<sup>7</sup> E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013, p. 7.

<sup>8</sup> Prova ne è il fatto che questa legge sia una legge di conversione di un decreto, in particolare il n. 429/1982. Questo sta ad indicare che vi fossero, alla base dell'esigenza di inasprire le pene, delle ragioni di necessità e urgenza che hanno portato il governo ad emanare un decreto legge.

<sup>9</sup> E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013, p. 9.

<sup>10</sup> La corte costituzionale era già intervenuta sul tema con la sentenza 88 del 1982, dichiarando la pregiudiziale tributaria parzialmente incostituzionale nella parte in cui prevedeva che un accertamento sull'imposta fosse vincolante per il giudice penale, l'articolo 101 della Costituzione prevede che il giudice sia soggetto solamente alla legge. Così facendo si svuotava ai fini penali la portata della pregiudiziale tributaria, visto che comunque sarebbe stato necessario una nuova indagine del giudice penale che poteva quindi rendere inutili i gradi di giudizio tributari. Con la sentenza successiva la n. 89 dello stesso anno invece fu individuato come censura costituzionale l'articolo 112 della Costituzione visto che la previsione che il processo penale dovesse iniziare solo dopo l'accertamento dell'imposta era in contrasto con l'obbligatorietà della legge penale. E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*; Bologna; 2013; p. 13.

<sup>11</sup> Infatti ai tre gradi del processo penale si aggiungevano i tre del processo davanti le commissioni tributarie. E. MUSCO e F. ARDITO *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013, p. 12.

La caratteristica della riforma del 1982 è stata quella di creare molte fattispecie che svariavano da sanzioni blande come pene pecuniarie fino alle celebri manette agli evasori. Oltretutto per le contravvenzioni opera l'istituto dell'articolo 162 *bis* del codice penale che consente, quando una contravvenzione sia punita alternativamente con arresto o ammenda, di estinguere il reato pagando una somma pari alla metà dell'ammenda massima. Inoltre il nuovo codice di procedura penale del 1989 ha poi previsto molti riti speciali, spesso premiali, che potessero essere applicati al diritto penale tributario. Ciò portò alla conseguenza che vi fu un incremento enorme dei procedimenti ai quali è interessata la procura, poiché si abbassò moltissimo la soglia di punibilità prevedendo anche sanzioni per fattispecie dalla limitata offensività<sup>12</sup>

Altra tappa molto importante nel percorso di formazione del diritto penale tributario che conosciamo oggi è il d.lgs. 74 del 2000.

L'alto numero di fattispecie e quindi di procedimenti necessariamente aperti provocò non pochi problemi in termini di lentezza dei giudizi, la riforma del 2000 nasce quindi con la volontà di ridurre le fattispecie e far sopravvivere soltanto quelle delittuose<sup>13</sup>.

Il perno dei reati tributari, a partire dal 2000, diventarono quelli derivanti dalla dichiarazione. Si prevedevano poi delle soglie minime di evasione per le quali scattava la punibilità per alcune fattispecie.

Dal 2004 in poi il d.lgs. 74/2000 è stato più volte modificato con normative prevalentemente di carattere emergenziale<sup>14</sup>, fino ad arrivare al d.lgs 158 del 2015 che cercava di recuperare la proporzionalità della risposta sanzionatoria<sup>15</sup>, mantenendo comunque la struttura della legge precedente.

---

<sup>12</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 53 ss; qui l'autore sostiene che le criticità della legge 516/1982 siano da imputare alla fretta del legislatore preoccupato di dover far fronte ad una emergenza tanto da dover agire per decreto.

<sup>13</sup> Così è anche indicato dalla legge delega 205/1999 all'articolo 9; A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 54 ss

<sup>14</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 62.

<sup>15</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 63 ss.

## 2.2 L'assetto vigente del diritto penale tributario: tra principi costituzionali e "particolarismo"

Il diritto penale tributario è sicuramente una disciplina riconducibile all'alveo del diritto penale e non del diritto tributario<sup>16</sup>, e per questo motivo ad esso si applicano gli istituti del diritto penale. La tendenza del legislatore è stata però sempre quella di ricercare soluzioni che si discostassero dai principi generali in nome della cosiddetta "ragion fiscale", creando così quello che è stato definito "particolarismo" del diritto penale tributario<sup>17</sup>. Il d.lgs. 74/2000, come visto, aveva ancorato la disciplina agli istituti penalistici generali, ma gli interventi successivi hanno nuovamente accentuato questo particolarismo<sup>18</sup>.

Il criterio guida fondamentale per il legislatore penale è il principio di offensività. Grazie a questo principio il legislatore è tenuto a usare la sanzione penale soltanto per le fattispecie che siano caratterizzate da un adeguato grado di offensività, visto che l'articolo 13 della Costituzione sancisce il carattere inviolabile della libertà personale<sup>19</sup>.

Nello specifico campo del diritto penale tributario il bene protetto, decisivo per stabilire se una norma è compatibile o meno con il principio di offensività, sembra potersi individuare nell'interesse dello stato alla percezione del tributo<sup>20</sup>. È evidente come dietro questo bene giuridico protetto vi siano numerosi valori costituzionali. In

---

<sup>16</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 2.

<sup>17</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 3.

<sup>18</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 3; addirittura c'è chi dice che queste modifiche legislative spingono il diritto penale tributario verso l'alveo del diritto tributario. D. Terracina, *l'incoerenza delle sanzioni nel sistema penale tributario*, in *Dialoghi Tributarî*, 2010, p.394

<sup>19</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2014.

Anche la corte costituzionale nella sentenza 364 del 1988 stabilisce che la norma penale deve essere utilizzata nei casi in cui il bene protetto sia almeno di rilievo costituzionale, A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 6; nel quale poi si sostiene che il principio di offensività stia virando verso una efficacia meramente programmatica.

<sup>20</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 20 ss.

*primis* l'articolo 53 che stabilisce che tutti debbano essere tenuti a contribuire alle spese dello stato, in ragione della loro capacità contributiva, poi sicuramente il funzionamento dell'intero apparato dello stato, che sarebbe compromesso in mancanza del gettito dei tributi. Sembra chiaro che questi valori abbiano rilevanza costituzionale, ma appare altrettanto chiaro che queste condotte possono avere comunque altre forme di tutela, come già avviene nel caso del diritto tributario in cui la maggior imposta accertata viene gravata da sanzioni che possono raggiungere il 180% della stessa.

È evidente però la diversa potenza dissuasiva del diritto penale, anche in termini di disvalore sociale della condotta. L'indagine sulla compatibilità con il principio di offensività si deve quindi spostare sull'anticipo della tutela penale, che spesso si riscontra nel diritto penale tributario. In particolare occorre verificare quando caso per caso la fattispecie sia redatta come reato di pericolo concreto o astratto<sup>21</sup>, la categoria del reato di pericolo astratto è stata aspramente criticata poiché sembrerebbe punire la semplice disobbedienza, ma l'opinione dominante, giustamente, lo considera oggi uno strumento imprescindibile per il legislatore<sup>22</sup>.

Appurato che il bene protetto dal diritto penale tributario sia l'interesse erariale alla percezione del tributo, si deve quindi valutare se possa la disciplina sanzionare fattispecie che non incidono in maniera immediata su questo interesse. Ad avviso di alcuni<sup>23</sup> le fattispecie tipiche del diritto penale tributario non sembrano potersi configurare in termini di pericolo astratto, visto che la mera violazione di obblighi prodromici al corretto funzionamento dell'attività di riscossione non sembrano

---

<sup>21</sup> È certamente ammissibile che siano previsti dei reati di pericolo cioè quelle fattispecie che puniscono anche il semplice mettere in pericolo il bene protetto, la frizione con il principio di offensività si può riscontrare nella ulteriore distinzione che si fa poi tra fattispecie di pericolo concreto e pericolo astratto, infatti nel pericolo concreto sta al giudice valutare l'idoneità della condotta a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato, poichè il pericolo è elemento della fattispecie. Nel pericolo astratto invece la pericolosità dell'azione è già stabilita *a priori* dal legislatore, al giudice non rimarrà che accertare la corrispondenza della condotta con la fattispecie. A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 9 ss.

<sup>22</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2014, A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 11.

<sup>23</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 22 ss.

mettere in pericolo il bene tutelato, ovviamente andrà fatta una valutazione caso per caso della ragionevolezza<sup>24</sup> del pericolo presunto. A parere di chi scrive sembra quindi imprudente escludere la possibilità di fattispecie di pericolo astratto *a priori* vista l'accertata compatibilità costituzionale dell'istituto<sup>25</sup>, essendo possibile che delle condotte precisamente individuate possano mettere in pericolo concreto l'attività di accertamento dell'amministrazione e quindi, a catena, sarebbe in pericolo la stessa percezione del tributo in linea con l'articolo 53 della Costituzione. Prova ne è il fatto che il legislatore potrebbe certo prevedere, in un sistema tributario come il nostro incentrato sull'autodichiarazione, delle fattispecie che colpiscano la possibilità di accertamento dell'erario. L'unico elemento dirimente quindi per valutarne la compatibilità costituzionale è quello di considerare, come ha specificato la Corte Costituzionale, la ragionevolezza della pericolosità e l'astratta idoneità<sup>26</sup> della condotta a mettere in pericolo il bene giuridicamente protetto.

Stabilita la compatibilità costituzionale della disciplina occorre vedere come si struttura. Nonostante le riforme la legge vigente è rimasta la L.74 del 2000<sup>27</sup>.

La struttura dei reati tributari previsti è quella dei delitti dolosi, ovviamente nell'interpretazione dell'elemento soggettivo la disciplina non si discosta dagli istituti di parte generale e quindi sarà necessaria la presenza del dolo in capo al soggetto agente, ammissibile anche nella forma del dolo eventuale. Invece il tentativo è ammissibile tranne ove espressamente escluso<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Sentenza Corte Costituzionale n. 225 del 2008, sentenza Corte Costituzionale n.109/2016 in cui si afferma che occorrerà che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*.

<sup>25</sup> Sentenza Corte Costituzionale n. 225 del 2008.

<sup>26</sup> Visto che, a differenza del pericolo concreto, qui la valutazione sull'astratta idoneità del pericolo a danneggiare il bene giuridico protetto è sottratta al giudice.

<sup>27</sup> La legge 74 del 2000 si compone di cinque titoli: il primo contiene esclusivamente definizioni, il secondo titolo è quello riguardante i delitti, il terzo si occupa delle disposizioni comuni, il quarto il rapporto con il sistema sanzionatorio amministrativo e infine il quinto contiene delle disposizioni finali di coordinamento.

<sup>28</sup> Esclusione che vi è per esempio nell'articolo 6 del d.lgs. 74 del 2000 che esclude il tentativo per i reati di dichiarazione infedele e dichiarazione fraudolenta, questo probabilmente perché il solo tentativo non mette in pericolo il bene tutelato che in questo caso è sia la percezione del tributo, ma anche l'attività di accertamento dell'amministrazione.

Si tratta poi per la maggior parte di reati propri<sup>29</sup>, come avviene nel diritto penale dell'economia. Nonostante l'utilizzo del pronome "chiunque" è evidente che il reato tributario può essere commesso solamente da chi è destinatario dell'obbligo impositivo in questione<sup>30</sup>.

Una importantissima peculiarità della disciplina penale tributaria riguarda l'errore. Nel diritto penale l'articolo 5 stabilisce che non è possibile invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, la Corte Costituzionale però, nella celebre sentenza 364 del 1988, ha stabilito che vi possono essere dei casi di ignoranza inevitabile<sup>31</sup> che possono essere causa di esclusione del reato. L'articolo 15 del d.lgs. però inserisce una deroga<sup>32</sup> a questo principio visto che prevede che Al di fuori dei casi dell'articolo 47<sup>33</sup> del codice penale, non danno luogo a fatti punibili le violazioni di

---

<sup>29</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 145 ss.

<sup>30</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 146.

<sup>31</sup> In particolare l'ignoranza inevitabile si potrebbe configurare in caso di oscurità, assoluta contraddittorietà della norma, indirizzi interpretativi erronei provenienti però da fonti qualificate. La Corte ha poi precisato che bisogna utilizzare criteri oggettivi per verificare se effettivamente l'ignoranza sulla norma fosse inevitabile, o al massimo criteri misti. F. ANTOLISEI *Manuale di diritto penale parte generale*, Torino, 2003, p. 412 ss. Parla invece di un criterio "soggettivo-oggettivo" A.VALLINI *l'errore in Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 262.

<sup>32</sup> Sulla qualificazione dell'articolo 15 come una deroga in senso contrario: A.VALLINI *l'errore in Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri. P.261 ss. Qui l'autore del capitolo ritiene che considerare l'articolo 15 come una deroga dell'articolo 5 del Codice Penale conduca a conseguenze paradossali poiché quello tributario è caratterizzato da fattispecie complesse e artificiali e quindi con la nuova interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 5 c.p. risulterebbe addirittura discriminatoria per i soggetti del diritto penale tributario che avrebbero la scusabilità dell'errore già codificata nei suoi presupposti, al posto di quella generale dell'articolo 5 c.p.

<sup>33</sup> L'articolo 47 del Codice Penale al comma 3 stabilisce che l'errore su una legge diversa da quella penale, esclude la punibilità se ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato. Si tratta del caso appunto in cui vi sia un errore nella legge extra penale. Il coordinamento con l'articolo 5 c.p. che non scusa l'errore sulla legge penale è sempre stato dibattuto, inizialmente si sostenne una distinzione tra norme integratrici della fattispecie penale e norme che invece non la integrano, e per queste ultime un errore andasse considerato come un normale errore di fatto. Una seconda tesi è quella che considera l'articolo 47 c.p. come una deroga espressa dell'articolo 5 c.p. in considerazione del minor valore sintomatico e sociale di un errore su una legge che non abbia natura penale. Per la verità appare

norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione. Si tratta, come detto, di una deroga all'articolo 5 c.p. in particolare in esso si stabilisce anche la patologia che deve presentare la norma, si può però sostenere che la obiettiva condizione di incertezza può essere determinata da circostanze esterne alla norma, come per esempio interpretazioni fornite dall'agenzia in maniera oscura o addirittura contraddittoria. Fermo restando ovviamente il pagamento del maggior tributo accertato sembra molto ragionevole evitare sanzioni amministrative o penali a chi, senza colpa, abbia violato una norma oscura o incomprensibile. Infatti l'articolo 10 dello Statuto del Contribuente prevede che, non vi saranno sanzioni tributarie nel caso in cui la violazione della norma dipenda da obiettive condizioni di incertezza sulla norma, o sul suo ambito di applicazione.

Altra deroga agli istituti di parte generale è quella riguardante il concorso di persone. Infatti l'articolo 9 del d.lgs. 74 del 2000 si apre con una esplicita deroga all'articolo 110 c.p.: perciò si stabilisce che l'emittente di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso per il reato di dichiarazione fraudolenta (art. 2), e inoltre chi si avvale di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato di emissione di fatture inesistenti (art.8). La prima previsione è quasi superflua visto che, l'emittente di fatture per operazioni inesistenti è già punito dall'articolo 8 che contiene il reato di fatturazione per operazioni inesistenti, non potrà mai concorrere quindi con colui che emette una dichiarazione fraudolenta sulla base di quelle fatture poiché si avrebbe una grossolana violazione del principio di *ne bis in idem* visto che l'emittente sarebbe punito due volte per lo stesso fatto.

---

dubbio che in assenza della clausola dell'articolo 47c.p. avrebbe operato il principio dell'inescusabilità della legge penale in tutti i casi residui, poiché seguendo i principi generali in materia di accertamento di dolo esso presuppone la coscienza e volontà di tutti gli elementi della fattispecie, appare chiaro che chi non ha conoscenza di un elemento non può averne coscienza e volontà. G. FIANDACA – E. MUSCO *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2014, 395 ss.

La seconda previsione si può definire speculare alla prima poiché esclude il concorso nel reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti, di coloro che si avvalgono di queste fatture per le dichiarazioni da loro effettuate.

Il d.lgs. 74/2000 prevede poi all'articolo 12 delle pene accessorie specifiche per la disciplina penale tributaria, si tratta di: a) l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, b) l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, c) l'interdizione dalle funzioni di rappresentanza e assistenza in materia tributaria, d) l'interdizione perpetua dall'ufficio di componente di commissione tributaria, e) la pubblicazione della sentenza a norma dell'articolo 36 del codice penale.

L'elenco si può considerare esaustivo, il legislatore qui si è premurato di recepire le misure di carattere generale che intendeva applicare alla disciplina particolare<sup>34</sup>.

La l. 148 del 2011 ha però modificato questo articolo aggiungendovi il comma 2 *bis* che stabilisce che, per i delitti previsti dal d.lgs. 74/2000, la sospensione condizionale della pena di cui all'articolo 163 del codice penale non trova applicazione, nei casi in cui imposta evasa sia superiore a tre milioni di Euro e allo stesso tempo rappresenti più del trenta per cento del volume d'affari. Le criticità su questo nuovo comma si sono incentrate in particolare sull'utilizzo del termine "volume d'affari", solitamente riferito all'imposta sul valore aggiunto. Si aprono a questo punto tre strade: il termine in questione è stato usato in maniera atecnica e quindi il comma 2 *bis* è di sicura applicabilità generalizzata; il termine è utilizzato proprio per circoscriverne l'ambito all'IVA e allora bisognerà capire se sarà l'intero comma a dover essere applicato esclusivamente al tributo IVA oppure solamente questa condizione, con la conseguenza che per tutti gli altri tributi sarà sufficiente il requisito dei tre milioni di Euro.

Non ci sono assolutamente elementi testuali per sostenere che vi sia un diverso ambito di applicazione tra le due condizioni, resta quindi da definire se il termine volume d'affari sia stato usato con cognizione di causa oppure no.

Si può però sostenere che nonostante l'alto tecnicismo che dovrebbe permeare la materia di cui ci si sta occupando, in questo caso sembrerebbe eccessivo circoscrivere questa deroga del comma 2 *bis* solamente nelle controversie riguardanti

---

<sup>34</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 94

l’IVA, oltretutto nell’articolo sono espressamente menzionati i delitti degli articoli da 2 a 10, e in alcuni di questi ben può avere rilievo la percentuale di evaso sul complessivo fatturato<sup>35</sup>. In conclusione sembra difficile che il legislatore abbia voluto restringere così tanto l’ambito di applicazione di questo comma, dando solamente un “indizio” come l’utilizzo di un certo termine, quando avrebbe potuto farlo molto più semplicemente, con una presa di posizione più netta.

La riforma del 2015 ha completamente stravolto la struttura delle circostanze<sup>36</sup>, infatti l’articolo 13 della legge 74/2000 è stato integralmente riscritto. In questo articolo oggi si prevede una causa di non punibilità in caso di completo pagamento del debito tributario comprese sanzioni e interessi, il pagamento deve avvenire prima dell’apertura del dibattimento<sup>37</sup>. La causa di non punibilità opera solamente per i reati di dichiarazione infedele, omessa dichiarazione, omesso versamento di ritenute certificate e ritenute IVA, indebita compensazione con crediti non spettanti.

Nella norma vi è un esplicito riferimento agli istituti deflativi, in caso però dei reati di dichiarazione infedele e omessa dichiarazione la causa di non punibilità opera solamente se il ravvedimento operoso<sup>38</sup> avvenga prima che il contribuente abbia conoscenza di accessi o ispezioni, cosa che invece non è richiesta per gli altri reati già menzionati. Quindi in questi illeciti il contribuente ha, nel momento in cui commette la violazione, la certezza della possibilità di evitare la sanzione penale, adempiendo all’obbligo tributario prima dell’apertura del dibattimento ma quando

---

<sup>35</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 97ss.

<sup>36</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 100.

<sup>37</sup> Per quanto riguarda i riti alternativi la sentenza cass.pen. 5457 del 2014 ha stabilito che nel caso di patteggiamento vada estinto prima della richiesta di applicazione della pena e nel rito abbreviato prima della discussione. G. CHECCACCI *Le circostanze attenuanti in Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p. 238.

<sup>38</sup> Il ravvedimento operoso è contenuto all’articolo 13 del d.lgs. 472/1972, porta ad una riduzione delle sanzioni ed inizialmente era consentito solo prima che intervenissero accessi ispezioni e verifiche, oggi solo l’avviso di accertamento o di liquidazione ne blocca l’operatività. Nel caso dell’articolo 13 qui in esame quindi il ravvedimento operoso, necessario per l’operare della causa di non punibilità nei reati dell’articolo 4 e 5, è un ravvedimento “rinforzato”, simile, se si vuole, a quello precedente alla riforma 190/2014, deve quindi intervenire prima che il contribuente abbia formale comunicazione di accessi ispezioni o verifiche G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 411 ss.

già sa che è oggetto di attenzioni dell'amministrazione finanziaria finalizzate all'accertamento della maggior imposta dovuta. Evidente qui come lo stato di fatto rinunci alla sanzione penale in virtù di esigenze erariali<sup>39</sup>.

La riforma del 2015 ha anche aggiunto il comma 13 *bis* che contiene la disciplina sulle circostanze dei reati tributari. All'inizio dell'articolo vi è la disciplina riguardante i reati non menzionati nelle cause di non punibilità, la medesima condotta che in quei casi porta alla salvezza penale qui conduce invece ad una circostanza ad effetto speciale<sup>40</sup> che riduce la pena a metà. Qui si fa riferimento agli istituti premiali del diritto tributario come procedure conciliative o di adesione<sup>41</sup>, anche qui come nel caso del primo comma dell'articolo 13 il termine ultimo è quello dell'apertura del dibattimento e non rilevano eventuali accessi, ispezioni o verifiche subite dal contribuente.

Il secondo comma poi interviene sull'istituto di diritto processuale penale dell'applicazione di pena su richiesta delle parti, il cosiddetto "patteggiamento" dell'articolo 444 c.p.p. Si prevede che esso possa essere concluso solamente nei casi in cui ricorrano le condizioni del primo comma o vi sia un ravvedimento operoso. Dal punto di vista letterale sembra quindi profilarsi, per via di questo secondo comma che indica il ravvedimento operoso come estraneo al primo comma, l'idea che questo ravvedimento non possa applicarsi ai fini della circostanza attenuante. Questo condurrebbe al risultato che, in maniera poco comprensibile, il ravvedimento operoso nel caso dell'articolo 13 possa esplicitamente essere presupposto di non

---

<sup>39</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 101.

<sup>40</sup> La circostanza in esame è stata spesso modificata ed ha spesso cambiato l'effetto. In origine speciale, poi la legge 148/2011 l'aveva ricondotta alla forma comune, vale a dire una riduzione di un terzo della pena, per poi tornare ad essere ad effetto speciale con il d.lgs. 158/2015. A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 107.

<sup>41</sup> Ad esempio l'accertamento con adesione per il quale il contribuente può presentare istanza dopo aver subito una ispezione, un accesso o una verifica, oppure dopo aver ricevuto un avviso di accertamento. Con questo istituto si consente, in un termine di 150 giorni frutto di 90 giorni di sospensione dei termini per l'impugnazione ai quali si sommano i 60 giorni del termine ordinario, di addivenire ad una adesione con l'amministrazione. G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 425 ss.

punibilità per quei reati menzionati, ma non abbia rilievo ai fini della circostanza attenuante dell'articolo 13 *bis*.

L'argomento letterale così come prospettato sembra molto forte, ma per superare questa *empasse* si è sviluppata una lettura sistematica<sup>42</sup> che sostiene che il mancato riferimento al ravvedimento operoso all'articolo 13 *bis* primo comma non sia d'ostacolo alla concessione dell'attenuante, visto che lo stesso istituto può essere addirittura fonte di non punibilità.

Altro problema applicativo della disciplina delle circostanze si presenta nel caso in cui il debito tributario sia estinto o prescritto. In questo caso è evidente che il contribuente non possa adempiere all'obbligazione tributaria dal momento che essa è cessata di esistere. A ciò però ha posto rimedio l'articolo 14 dello stesso d.lgs. introducendo una nuova circostanza attenuante. Si prevede che in caso di debito tributario estinto o prescritto il contribuente sia ammesso a pagare una somma<sup>43</sup> a titolo di equa riparazione per il danno che ha subito l'erario, tutto ciò ovviamente deve avvenire prima dell'apertura del dibattimento come negli altri casi. In caso di assoluzione la somma verrà ovviamente restituita.

L'articolo 14 ha come *ratio* quella di consentire che le circostanze attenuanti operino anche nei confronti di chi abbia un debito estinto o prescritto con l'erario, per questo motivo contiene molti rimandi all'articolo 13. Ciò apre per la verità un problema ben più grande poiché la disposizione si riferiva alla vecchia formulazione dell'articolo 13, il legislatore disattento, in sede di riforma nel 2015, ha sfortunatamente "dimenticato" di modificare anche l'articolo 14 con l'effetto che i rimandi debbano considerarsi tacitamente abrogati.

---

<sup>42</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p.110 ss; A.PERINI voce *Reati tributari* in *Digesto discipline penalistiche*, Torino 2016.

<sup>43</sup> Questa somma è stata qualificata dalla circolare n. 154/E del 2000 da parte del Ministero delle finanze come una somma che non fosse né una imposta, né una tassa, né un contributo; non operando quindi l'istituto della compensazione. G. CHECCACCI *Le circostanze attenuanti* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p. 241.

Infine l'ultima previsione riguardo le circostanze è contenuta al terzo comma dell'articolo 13 *bis*. Si tratta di una circostanza aggravante<sup>44</sup> ad effetto speciale che aumenta la pena di metà se il reato è commesso dal compartecipe nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale svolta da un professionista o da un intermediario finanziario o bancario, attraverso l'elaborazione di modelli seriali di evasione fiscale.

È chiara la volontà di colpire chi con le proprie conoscenze tecniche e professionali elabori dei modelli seriali di evasione fiscale<sup>45</sup>. In particolare il termine "modello" vuole probabilmente indicare un piano evasivo che è astrattamente idoneo ad essere utilizzato da una pluralità di persone, proprio nell'elaborazione di questo modello si apprezza il rilevante contributo causale che deve caratterizzare la concorso di persone nel reato, visto che l'ovvio presupposto dell'aggravante è che il professionista<sup>46</sup> o l'intermediario sia compartecipe del reato. Si è discusso se l'aggravante debba colpire tutti i concorrenti o solo il professionista. La soluzione che ha preso piede è stata quella di limitarne l'operatività esclusivamente al professionista, nonostante l'articolo 59 del codice penale consenta di addebitare a tutti i concorrenti che le ignoravano per colpa o le conoscevano le circostanze aggravanti. Ma la regola generale in questo caso non rispecchierebbe correttamente, secondo gli autori che sostengono tale tesi<sup>47</sup>, la *ratio* alla base di questa aggravante, che vuole punire la maggior pericolosità di colui che grazie alle sue conoscenze tecniche predispone un modello di evasione seriale.

---

<sup>44</sup> Circostanza a rischio incostituzionalità poiché non prevista nella legge delega L. TROMBELLA *La responsabilità del consulente*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p. 156.

<sup>45</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 115.

<sup>46</sup> Molto ampia e quindi poco chiara la delimitazione della categoria dei professionisti, alcuni la delimitano richiedendo l'iscrizione ad un albo professionale, consci però del fatto che così non si applicherebbe a molte condotte altrettanto gravi. L. TROMBELLA *La responsabilità del consulente*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p. 158. La soluzione sembra quindi poter essere quella di aderire all'ampiezza predisposta dal legislatore delegato e quindi la categoria dei professionisti si presenterà estremamente eterogenea.

<sup>47</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p.117 ss; A.PERINI voce *Reati tributari* in *Digesto discipline penalistiche*, Torino 2016.

Anche la disciplina della prescrizione è stata più volte modificata in nome del “particolarismo” tributario. La prescrizione è una delle cause di estinzione del reato, essa opera tramite il decorso del tempo. Inizialmente il legislatore penale tributario aveva stabilito dei termini di prescrizione diversi da quelli della disciplina generale, infatti l’articolo 9 della legge 516/1982 conteneva dei termini di prescrizione molto più lunghi rispetto a quelli del codice penale, questo probabilmente in virtù del tempo necessario alla procura per avere notizie di reato, considerando che esse debbono pervenire dagli uffici dell’amministrazione finanziaria<sup>48</sup> e gli accertamenti possono avvenire anche con anni di distanza. Nell’ottica di abbandono del “particolarismo” la legge delega<sup>49</sup> dalla quale è nato il d.lgs. 74 del 2000 aveva stabilito di adeguare la prescrizione alla disciplina generale salvo le necessarie deroghe, e così è stato. Nel 2011 si decide però di ritornare nuovamente su una disciplina particolare e si aumentano i termini ordinari<sup>50</sup>.

Se questa scelta non ha provocato alcuna conseguenza sul piano della legittimità costituzionale altrettanto non si può dire riguardo la Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Infatti la disciplina della prescrizione è stata oggetto di una importante pronuncia della medesima Corte del 2015<sup>51</sup>, il famoso caso *Taricco*<sup>52</sup>.

In questa sentenza la Corte UE stabilisce che la normativa italiana sulla prescrizione si pone in contrasto con l’articolo 325 del TFUE, che impone l’obbligo di pene effettivamente dissuasive per le frodi che ledono l’interesse finanziario dell’Unione Europea.

In particolare sotto la lente di ingrandimento dei giudici vi erano le cause interruttive, e la previsione che quando ricorresse una di queste cause il termine di prescrizione si allungasse solamente di un quarto. Il giudice italiano sarebbe quindi tenuto a

---

<sup>48</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 120ss.

<sup>49</sup> Articolo 9 della legge 205 del 1999.

<sup>50</sup> in particolare dagli ordinari sei anni si passa a otto anni o dieci in caso di evento sospensivo o interruttivo.

<sup>51</sup> Corte di Giustizia UE – Grande Sezione, 08/09/2015, in causa C-105/14, *Taricco e altri*.

<sup>52</sup> in particolare gli imputati erano accusati di alcuni reati fiscali, il giudice *a quo* (GUP del tribunale di Cuneo con ordinanza 17/01/2014) rinvia per una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, il giudice lo fa per gli articoli 101, 107, 109 del TFUE ma come si vedrà la Corte UE sposterà la controversia su altri parametri comunitari.

disapplicare la normativa italiana sulla prescrizione per contrasto con il diritto comunitario.

Immediate le reazioni dall'Italia; innanzitutto alcuni hanno sollevato il dubbio che questa pronuncia fosse in contrasto con l'articolo 25 della Costituzione e il principio di legalità, poiché andrebbe ad incidere in *malam partem* sul reo<sup>53</sup>.

La Giurisprudenza aveva inizialmente applicato la regola proveniente dalla Corte UE<sup>54</sup>, ma poi subito la Corte di Appello di Milano sollevò una questione di legittimità costituzionale<sup>55</sup> proprio per contrasto dell'articolo 325 del TFUE, così come interpretato dalla Corte nel caso *Taricco*, con l'articolo 25 della Costituzione, visto che il giudice italiano avrebbe dovuto disapplicare una norma sfavorendo così l'imputato. Anche la Cassazione successivamente ha proposto<sup>56</sup> una questione di legittimità costituzionale sostenendo che vi fossero gli estremi per appellarsi alla nota teoria dei "controlimiti"<sup>57</sup> creata dalla Corte Costituzionale, visto che l'articolo 25 e il principio di legalità si possono considerare come dei principi fondamentali del nostro arco costituzionale.

La Corte Costituzionale ha preso posizione<sup>58</sup> sul tema con un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, facendo proprie alcune delle obiezioni dei giudici *a quo*<sup>59</sup>. Infatti nell'ordinanza di rimessione si chiede se la disapplicazione dei due articoli "incriminati" del codice penale, debba avvenire nonostante per il diritto italiano la prescrizione sia parte del diritto penale sostanziale e quindi sia soggetta al principio

---

<sup>53</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 124ss.

<sup>54</sup> La Corte di Cassazione nella sentenza n.2210 del 15/09/2015 decise infatti di disapplicare il terzo comma dell'articolo 160 c.p. e il secondo comma dell'articolo 161 c.p. Quindi il termine di prescrizione dopo un evento interruttivo riprende a decorrere da capo. Invece la sentenza 7914 del 2016 stabilisce che non si può applicare la sentenza *Taricco* ai fatti già prescritti alla data di questa pronuncia. A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 125.

<sup>55</sup> Corte di Appello di Milano ordinanza 18/09/2015.

<sup>56</sup> Cassazione Penale n. 28346/2016.

<sup>57</sup> Vale a dire che vi sono dei limiti alle norme del diritto internazionale e comunitario che possono entrare nel nostro ordinamento, questi limiti sono rappresentati dai principi fondamentali e irrinunciabili del nostro assetto costituzionale.

<sup>58</sup> Con l'ordinanza 24 del 2016.

<sup>59</sup> C.CUPELLI *la Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre ad un diritto penale europeo certo* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018 p.228 ss.

di legalità, nonostante il principio in questione sia uno di quelli fondamentali per l'ordinamento a presidio dei diritti primari dell'individuo.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è quindi intervenuta con una seconda sentenza<sup>60</sup> in cui conferma l'interpretazione dell'articolo 325 e quindi la contrarietà ad esso del terzo comma dell'articolo 160 c.p. e del secondo comma dell'articolo 161 c.p. nei casi di frode che danneggia l'Unione Europea, ma precisa che in sede di disapplicazione starà al giudice valutare se questo possa mettere in pericolo i diritti fondamentali dell'individuo per via dell'incertezza applicativa che si produrrebbe, in conclusione quindi in questi ultimi casi la Corte UE ha ammesso che il giudice italiano possa sottrarsi all'obbligo di disapplicazione.

La Corte costituzionale ha poi chiuso la questione con la sentenza 115 del 2018 confermando che per i fatti commessi posteriormente<sup>61</sup> alla sentenza "*Taricco*" sarà il giudice a valutare la compatibilità della regola emersa con il principio di determinatezza contenuto anche nei trattati europei.

La Corte Costituzionale, nonostante i rinvii pregiudiziali riguardassero eventi precedenti alla sentenza "*Taricco*", e quindi certamente non toccati dalla pronuncia, ha voluto comunque precisare che l'utilizzo della "regola Taricco" è di difficile applicazione nel nostro ordinamento poiché sprovvista di una base normativa sufficiente per soddisfare il principio di determinatezza.

In sostanza la Corte stabilisce la prevalenza del diritto penale scritto e coglie l'occasione per stabilire la propria esclusiva competenza a giudicare la compatibilità del diritto dell'unione con i principi supremi della Costituzione<sup>62</sup>.

Altro sintomo di particolarità del diritto penale tributario è la previsione del principio di specialità tra sanzione penale e amministrativa. Dopo l'iniziale cumulo delle sanzioni il d.lgs. 74 del 2000 ha previsto il regime di specialità vale a dire che nel concorrere di due disposizioni si dovrà applicare quella speciale. Ovviamente ciò significa che vi dovrà essere un rapporto di genere a specie tra la fattispecie

---

<sup>60</sup> Sentenza del 5 Dicembre 2017 anche detta "*Taricco II*".

<sup>61</sup> Per i fatti commessi anteriormente alla sentenza "*Taricco*" la Corte non ha dubbi sul fatto che la regola non potrà applicarsi.

<sup>62</sup> C.CUPELLI *la Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre ad un diritto penale europeo certo* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018 p. 235 ss.

amministrativa e quella penale<sup>63</sup>, ciò evita che un soggetto risponda due volte per il medesimo fatto. La giurisprudenza di legittimità ha però applicato questo principio in maniera sempre molto restrittiva<sup>64</sup>, individuando difficilmente elementi di specialità in due fattispecie e portando all'applicazione spesso della doppia sanzione.

Questa interpretazione restrittiva ha portato non pochi problemi in sede di Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e con la Corte collegata ad essa. La convenzione infatti al protocollo 7 contiene il celebre principio del *ne bis in idem* vale a dire il diritto di un individuo a non essere giudicato per lo stesso fatto per due volte. Il sistema tributario sembrava, grazie al principio di specialità dell'articolo 19, al riparo da condanne come quella subita dall'Italia nel noto caso "*Grande Stevens*"<sup>65</sup>.

Ma l'interpretazione che è stata fatta nei casi degli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74 del 2000 costrinse ad occuparsi della questione. Numerose furono le questioni di legittimità costituzionale e vi furono anche dei rinvii alla corte di giustizia dell'Unione; anche perché pur ammettendo che dal punto di vista sanzionatorio nel diritto penale tributario non vi fosse *bis in idem* grazie al principio di specialità, lo stesso non si potrebbe dire per il *bis in idem* processuale<sup>66</sup> poiché il meccanismo

---

<sup>63</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 130.

<sup>64</sup> In due sentenze "gemelle" in particolare n. 37424/2013 e 37425/2013 in cui la Suprema Corte non ha riconosciuto un rapporto di specialità riguardante l'omesso versamento di ritenute e l'omesso versamento IVA; per via della divergenza di alcuni elementi essenziali. A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 132.

<sup>65</sup> Caso Grande Stevens e altri c. Italia, seconda sezione 4 marzo 2014, ric n. 18640,18647,18663,18668/2010. In questa nota pronuncia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, considerando il doppio binario italiano in tema di abusi di mercato, ha stabilito che anche sanzioni che dal punto di vista formale sono qualificate come sanzioni amministrative, qualora siano caratterizzate da una concreta afflittività vanno considerate come sanzioni sostanzialmente penali, qualora quindi siano applicate insieme ad altre sanzioni penali esse violeranno il principio di *ne bis in idem*. N.MAZZACUVA – E. AMATI *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018, p.351 ss.

<sup>66</sup> F. TRIPODI *Ne bis in idem e reati tributari* in *Diritto penale dell'economia* di A. Cadoppi, S.Canestrani, A. Manna, M. Papa, Milano, 2017, p.671 ss. Qui l'autore distingue le finalità dei due tipi di *bis in idem*, quello processuale in particolare ha la finalità di non processare per la seconda volta un individuo per il medesimo fatto, non attiene quindi alla sanzione che potrebbe anche non esserci ma al risparmio di risorse per la giustizia e alla certezza del diritto che porta poi l'individuo a un senso di incertezza sulla sua posizione giuridica all'interno dell'ordinamento.

dell'articolo 21 del d.lgs. 74 del 2000 non sembra idoneo<sup>67</sup> ad evitare il doppio procedimento ma opera solo un coordinamento sanzionatorio.

La questione in sede di Corte Europea dei Diritti dell'Uomo cambiò con la sentenza *AeB c. Norvegia*<sup>68</sup> che stabilì che vi possono essere più procedimenti a patto che tra essi vi sia una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta<sup>69</sup>. Quindi se prima il sistema del diritto penale tributario era a rischio incompatibilità, oggi l'oggetto dell'indagine si sposta sulla valutazione di questa connessione<sup>70</sup> tra i due procedimenti<sup>71</sup>. Appare chiaro che il divieto di *ne bis in idem* processuale serve a non gravare l'individuo di due procedimenti, visto che a nulla rileva il fatto che la sanzione amministrativa sia "disinnescata" dal meccanismo dell'alternatività. La questione sulla compatibilità della disciplina penale tributaria rimane quindi ancora aperta<sup>72</sup>.

### **2.3 L'evoluzione storica del concetto di elusione fiscale: dagli studi della scuola di Pavia all'assetto attuale, passando per l'abuso del diritto di matrice giurisprudenziale.**

---

<sup>67</sup> F. TRIPODI *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018 p. 273.

<sup>68</sup> Sentenza del 15/11/2016 ric.24130/2011 e 29758/2011.

<sup>69</sup> In particolare gli elementi per avere una stretta connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta sono a) i procedimenti seguono scopi complementari e hanno ad oggetto differenti aspetti della medesima condotta b) il doppio procedimento è una conseguenza prevedibile della condotta c) i procedimenti devono evitare il più possibile la duplicazione della raccolta delle prove d) il giudice che sanziona per secondo deve tenere conto della sanzione del primo giudice. N.MAZZACUVA – E. AMATI *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018, p. 374.

<sup>70</sup> G.MELIS *ne bis in idem con il nodo della connessione* Sole 24 ore, 15 Ottobre 2017. Qui l'autore sostiene che la condizione di non duplicazione dell'attività probatoria, mal si concilia con il principio del processo penale della formazione della prova in dibattimento.

<sup>71</sup> F.TRIPODI *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018 p. 274.

<sup>72</sup> F.TRIPODI *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018 p 276.

l'elusione fiscale è quel meccanismo che opera il contribuente per pervenire ad un determinato risultato, aggirando la *ratio*, ma non violando espressamente la norma, della regola tributaria<sup>73</sup>.

Il trattamento dell'elusione fiscale è stato ricco di interventi normativi. I tre approcci<sup>74</sup> astrattamente possibili per combattere questo fenomeno sono: un approccio di tipo interpretativo che consiste nell'interpretare la norma elusa in maniera ampia, restrittiva o analogica, a seconda che una di queste interpretazioni sia funzionale per impedire l'elusione, il secondo approccio è quello di prevedere nell'ordinamento degli strumenti *ad hoc* per prevenire questo fenomeno elusivo, sia in forma particolare che generale; e infine l'approccio più "civilistico" che auspicherebbe una qualificazione dei negozi, sospettati di avere un fine elusivo, diversa da quella che le parti del negozio vi hanno dato, ma che sia però quella che avrebbero dovuto adottare per gli scopi realmente voluti.

Le prime avvisaglie dell'idea di elusione fiscale in Italia possono farsi risalire alla scuola di Pavia, la loro analisi del concetto si basava sull'articolo 8 del Regio Decreto 3269/1923 sull'imposta di registro. Questo articolo prevedeva che le tasse di registro andassero pagate non in base alla qualificazione giuridica del contratto data dalle parti ma in base all'intrinseca natura del negozio, ciò ha portato gli autori che facevano parte della scuola di Pavia a impostare il concetto di elusione fiscale sulla base dell'autonomia tra il negozio civilistico e la disciplina tributaria<sup>75</sup>. Gli autori<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 101.

<sup>74</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p.104ss.; qui si può trovare una disamina dei tre possibili approcci e l'ottima descrizione del dibattito che ha caratterizzato la materia elusiva.

<sup>75</sup> D.STEVANATO *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, p. 697. G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 105.

<sup>76</sup> Gli autori più noti sono Griziotti, Pugliese, Vanoni, Jarach. Una precisa interpretazione sul pensiero di questa Scuola la si può trovare in G. FALSITTA *l'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario- orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini*

di questa prestigiosa Scuola introducono il concetto di imposta “democratica”, abbandonando l’antico retaggio che vedeva nell’imposta una odiosa limitazione della libertà. L’imposta è necessaria perché senza di essa non ci sarebbe lo Stato<sup>77</sup>.

Successivamente negli anni '70 e '80 si svilupparono alcune tesi che sostenevano che il miglior modo per combattere il fenomeno elusivo fosse utilizzare l'*escamotage* di considerare ei contratti elusivi come contratti in frode alla legge ai sensi dell'articolo 1344 c.c.<sup>78</sup>. ciò però non trovo particolare riscontro vista la difficoltà di qualificare la maggior parte delle norme tributarie come norme imperative<sup>79</sup>.

Proprio per via di queste difficoltà si iniziò a pensare ad una normativa anti-elusiva, e nel 1990 con l'articolo 10 della Legge 408 si riuscì nell'intento di creare una norma generale a riguardo. La norma prevedeva che fosse consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in virtù di alcune operazioni elencate<sup>80</sup>, poste in essere, senza valide ragioni economiche, allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta.

---

*dell'imposizione tributaria*, nella collana *Quaderni della rivista di diritto Tributario* numero 4 di G.Maisto. p. 3 ss.

<sup>77</sup> Gli studiosi di questa scuola avevano a che fare, non con la nostra costituzione, ma con lo Statuto Albertino che però per la verità conteneva anch'esso il principio di capacità contributiva. A differenza della costituzione però, visto il suo carattere di flessibilità, lo Statuto non aveva superiorità gerarchica, per ovviare a questo problema questi concetti furono considerati come principi generali del diritto tributario. G. FALSITTA *l'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario- orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, nella collana *Quaderni della rivista di diritto Tributario* numero 4 di G.Maisto. p. 9.

<sup>78</sup> Questo articolo prescrive che la causa del contratto è illecita quando esso sia un mezzo per eludere o aggirare delle norme imperative.

<sup>79</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 105.

<sup>80</sup>Le operazioni erano: concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione d'azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari.

Balza subito all'occhio la scelta di prevedere un elenco tassativo di norme, che potevano essere suscettibili di disconoscimento da parte dell'amministrazione finanziaria, al di fuori di queste si rimaneva quindi in una legittima elusione fiscale<sup>81</sup>. La norma però non fu considerata adeguata agli scopi prefissati, infatti l'elenco non era ritenuto sufficiente e inoltre l'utilizzo del termine "fraudolentemente" portò parecchia incertezza interpretativa poiché parte della giurisprudenza lo intese nel senso di "in frode alla legge"<sup>82</sup> ai sensi del 1334 c.c. ma, come già detto prima, era molto difficile qualificare le norme tributarie come imperative.

Per ovviare a questi problemi nel 1997 con il d.lgs. si decise di inserire l'articolo 37 *bis* nel d.p.r. 600/1973, abrogando l'articolo 10 da poco in vigore.

La sua collocazione all'interno del TUIR è indicativa della volontà di circoscriverne l'ambito alle imposte sul reddito. Si mantiene però l'elenco di operazioni come strategia applicativa, ma esso viene sicuramente ampliato<sup>83</sup> rispetto al vecchio articolo 10 L. 408/1990. Viene inoltre eliminato dalla norma il problematico termine "fraudolentemente" sostituito con "gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti". Dal disconoscimento dell'articolo 10 si passa all'inopponibilità degli atti elusivi all'amministrazione, quindi una inefficacia relativa. Si prevede poi che le operazioni per essere elusive debbano essere caratterizzate dall'assenza di valide ragioni economiche se non la volontà di aggirare l'imposta. Vengono inserite anche delle garanzie procedurali per il contribuente, in particolare l'amministrazione

---

<sup>81</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 106.

<sup>82</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 106.

<sup>83</sup> Le operazioni previste dal nuovo articolo 37 *bis* sono: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al d.lgs. 544/1992, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni; f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere c), c-bis) e c-ter), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

prima di emettere l'avviso di accertamento è obbligata ad una richiesta di chiarimenti; chiarimenti di cui deve tenere conto in sede di motivazione dell'eventuale successivo avviso di accertamento. E infine viene aggiunto un interpello disapplicativo per dimostrare la non elusività dell'operazione.

L'ambito applicativo della norma però subisce una brusca modifica dopo la nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso *Halifax*<sup>84</sup>.

Halifax era un istituto di credito il quale, trovandosi in una situazione in cui aveva la possibilità di detrarre una minima percentuale di IVA poiché svolgeva attività in prevalenza esenti, decise di intraprendere una serie di operazioni con delle sue società controllate al 100%. Tramite queste operazioni il gruppo Halifax acquisiva il diritto di detrazione IVA sulle medesime. L'amministrazione finanziaria britannica si mosse per disconoscere le operazioni e la vicenda arrivò fino alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>85</sup>.

La Corte era stata chiamata a giudicare su due questioni: la prima se operazioni realizzate solamente per un vantaggio fiscale e prive di rilevanza imprenditoriale, si potessero considerare cessioni di beni o prestazione di servizi rientrando quindi nella nozione IVA di attività di impresa; la seconda invece se le medesime operazioni, qualora fossero soggette ad IVA, dessero diritto a detrazione pur integrando un comportamento elusivo di imposta<sup>86</sup>.

Per quanto riguarda la prima questione la Corte ha stabilito, senza alcun dubbio, che il concetto di attività economica della disciplina IVA racchiuda qualsiasi transazione negoziale a prescindere dalle circostanze che hanno spinto i contraenti ad agire. Ciò però non significa che l'intenzione sottesa al negozio non sia priva di conseguenze, infatti l'amministrazione finanziaria non è disarmata di fronte a comportamenti del genere. La Corte ha infatti stabilito che l'amministrazione può disconoscere un beneficio fiscale qualora questo sia dovuto ad un comportamento che, pur lecito, sia caratterizzato da una volontà sottesa che sia in contrasto con la *ratio* della norma che accorda il beneficio medesimo. Questo anche a prescindere da una norma particolare

---

<sup>84</sup> Sentenza Grande Sezione 21 Febbraio 2006 C-255/02.

<sup>85</sup> Per un completo resoconto delle tappe della vicenda C.SANTORIELLO *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, 2017 p.174 ss.

<sup>86</sup> C.SANTORIELLO *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, 2017 p. 177.

che cerchi di combattere il fenomeno elusivo perché, e qui si comprende la portata della sentenza, vi è un principio fondamentale di divieto di abuso del diritto che è intrinseco all'ordinamento comunitario, ed è applicabile dall'interprete a prescindere dalla presenza o meno di una norma di regolazione di quella fattispecie. La Corte poi ha aggiunto che nel valutare un negozio, non si debba andare ad indagare sull'atteggiamento intenzionale dei contraenti, ma ci si debba concentrare sugli elementi economici della vicenda per valutarne la compatibilità con la *ratio* normativa<sup>87</sup>.

Come già accennato il caso Halifax portò ad un cambio di rotta sui confini dell'elusione in Italia. La critica principale rivolta all'articolo 37 *bis* riguardava la lista di operazioni in esso contenute, soprattutto a fronte di un principio generale dell'Unione Europea sull'abuso del diritto, che alcuni ritenevano quindi applicabile alla totalità dei tributi, si veniva a creare un doppio binario che paradossalmente favoriva le operazioni che invece erano state identificate dal legislatore come le più a rischio di elusione, visto che il legislatore le aveva scelte per inserirle nell'articolo 37 *bis*. Infatti per le controversie legate a queste operazioni il contribuente ha assicurate le garanzie procedurali di cui prima si è detto, cosa che invece non sarebbe prevista in tutti gli altri casi. Per ovviare a questo problema la Corte di Cassazione si spinse addirittura sino a proporre<sup>88</sup> una questione di legittimità costituzionale per eliminare l'articolo 37 *bis* a causa di questa disparità di trattamento. La Corte Costituzionale respinse però seccamente la questione<sup>89</sup>, la stessa Cassazione quindi poi ha preferito estendere interpretativamente le garanzie procedurali anche all'elusione di matrice giurisprudenziale<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> C.SANTORIELLO *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, 2017 p. 180.

<sup>88</sup> Cass. 24793/2013; G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 108.

<sup>89</sup> Corte Costituzionale 132/2015, qui la corte, visto che la Cassazione aveva addotto come *tertium comparationis* il principio generale antiabuso che si sosteneva esistente nell'ordinamento a prescindere dall'articolo 37 *bis*, sostiene che il fatto che esista un orientamento non isolato della Corte di cassazione, che tende a riconoscere forza espansiva alle garanzie della norma in questione, non consente di ritenere esistente un diritto vivente in base al quale gli atti impositivi adottati in applicazione della clausola generale antielusiva si debbano considerare validi anche se emessi in violazione della regola contenuta nella stessa norma.

<sup>90</sup> Cass. 406/2015; G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 108.

La stessa Corte di Cassazione<sup>91</sup> ha poi precisato che per i tributi non armonizzati la fonte dell'abuso del diritto andasse ricercata nei principi costituzionali e non nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha valore solamente per i tributi armonizzati.

Il nuovo principio di abuso del diritto così delineato correva il rischio di prestarsi ad un utilizzo spropositato per via della sua estrema genericità, per questi motivi la Corte di Cassazione<sup>92</sup> si è premurata di delimitarne i confini. Ha stabilito infatti che il Fisco debba verificare l'esistenza del vantaggio fiscale come scopo predominante e assorbente degli atti posti in essere; inoltre il Fisco deve riuscire a provare che vi sia, alla base delle operazioni, un disegno elusivo e una alterazione dei classici schemi negoziali; infine il contribuente ha la possibilità di allegare le valide ragioni economiche che siano alla base dell'operazione, escludendo quindi l'interesse predominante al vantaggio fiscale<sup>93</sup>. Questi i paletti imposti dalla Cassazione all'amministrazione finanziaria ed al suo operato.

Nel 2015 finalmente il legislatore prende atto delle difficoltà giurisprudenziali alla base dell'abbandono interpretativo dell'articolo 37 *bis* e decide di porvi rimedio inserendo nello Statuto del Contribuente, la legge 212 del 2000, l'articolo 10 *bis* che contiene oggi la completa disciplina delle società di comodo vista la contestuale scelta<sup>94</sup> di abrogare l'articolo 37 *bis*.

## **2.4 L'elusione fiscale nel diritto tributario vigente: l'articolo 10 *bis***

---

<sup>91</sup> Cass. 30055, 30056, 30057/2008; G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 108.

<sup>92</sup> Cass. 1465/2009 e 20030/2010; G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 108.

<sup>93</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 108.

<sup>94</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p. 109. Qui l'autore fa notare che a suo avviso una scelta più semplice sarebbe stata quella di lasciare in vita l'articolo 37 *bis* espungendone solo il terzo comma e trasformandolo quindi in una clausola generale anti-elusiva; in tal senso anche G.ZIZZO *La nozione di abuso nell'articolo 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p.4.

Come già detto l'articolo 10 *bis* dello Statuto del contribuente rappresenta la norma fondamentale per conoscere la disciplina dell'elusione fiscale<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Data l'importanza ai fini della parte in questione del presente lavoro si riporta per comodità l'articolo 10 bis della legge 212/2000

1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.

2. Ai fini del comma 1 si considerano:

a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;

b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente.

4. Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

5. Il contribuente può proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscono fattispecie di abuso del diritto.

6. Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto.

7. La richiesta di chiarimenti è notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla

L'utilità della clausola generale contenuta nell'articolo in questione è chiara se si pensa all'incertezza che regnava sulla materia, la sua configurazione è tale che si presta ad essere applicata ad ampio raggio. Inoltre la collocazione della clausola nello Statuto è funzionale al fatto che la legge 212/2000 è ad oggi l'unica raccolta di norme che riguarda tutti i tributi ed è quella che più si avvicina ai principi costituzionali fondamentali del diritto tributario<sup>96</sup>.

---

richiesta e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo e' automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni.

8. Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo e' specificamente motivato, a pena di nullita', in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonche' ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6.

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

10. In caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e, successive modificazioni e dell'articolo 19 del d.lgs. 472/1997.

11. I soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni del presente articolo possono chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento e' divenuto definitivo ovvero e' stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure.

12. In sede di accertamento l'abuso del diritto puo' essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie.

13. Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie.

(1) Per gli effetti e l'applicabilità delle disposizioni contenute nel presente articolo vedasi l'art. 1, commi 4 e 5 del decreto legislativo 5 agosto 2015 n. 128.

<sup>96</sup> G.ZIZZO *La nozione di abuso nell'articolo 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 6.

La rubrica dell'articolo però pone subito un problema, che sarà affrontato nel prosieguo<sup>97</sup> del discorso di qualificazione della fattispecie descritta come abuso del diritto o elusione fiscale.

L'articolo si apre con la descrizione della condotta di elusione fiscale che consiste in una serie di atti, privi di sostanza economica, che pur nel formale rispetto delle regole tributarie mirano a realizzare un risparmio di imposta indebito. Queste operazioni però non sono opponibili all'amministrazione finanziaria che ne può disconoscere i vantaggi e può rideterminare la pretesa impositiva sulla base di come essa sarebbe stata se non fossero stati possibili in essere gli atti elusivi.

È richiesto per configurare l'elusione il fatto che le operazioni siano prive di sostanza economica, è lo stesso articolo 10 *bis* che nel comma successivo si occupa di darne definizione: esso infatti lo indica in quei fatti atti e contratti che siano tra loro collegati, e che non siano idonei a produrre effetti se non quello di ottenere un risparmio di imposta. Lo stesso comma poi suggerisce all'interprete degli indici<sup>98</sup> di mancanza di sostanza economica quali: la non coerenza della qualificazione delle

---

<sup>97</sup> Paragrafo 2.6.

<sup>98</sup> L'articolo 10 *bis* è ispirato anche ad alcune fonti comunitarie come la Raccomandazione della Commissione n. 2012/772/UE che per quanto riguarda gli indici di assenza di sostanza economica prevede a) la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme; b) la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe altrimenti impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale; c) la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o annullarsi reciprocamente; d) le operazioni concluse sono di natura circolare; e) la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa; f) le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali.

Appare chiaro come gli indici indicati nell'articolo 10 *bis* siano molto simili alle lettere a) e b) della presente raccomandazione, le altre probabilmente non sono state riportate nella norma nazionale poiché caratterizzate da una evidenza di assenza di sostanza economica. G.ZIZZO *La nozione di abuso nell'articolo 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 7.

La circolare Assonime del 21 del 4 agosto 2016 definisce le operazioni non riportate nella norma italiana come operazioni circolari, per queste operazioni l'assenza di sostanza economica è implicitamente stabilita dal legislatore.

singole operazioni qualora valutate complessivamente o la non correttezza dell'utilizzo degli strumenti con il fine corrispondente alle normali logiche di mercato<sup>99</sup>. La spiegazione dell'importanza del criterio dell'assenza di sostanza economica la fornisce la Corte di Cassazione nelle tre sentenze ravvicinate del 2008 di cui si è già accennato<sup>100</sup>, infatti la Suprema Corte opportunamente da un rilievo a questo criterio in relazione al principio di capacità contributiva dell'articolo 53 della Costituzione, infatti se degli atti non hanno un effetto economico su chi li compie, allora dovranno anche essere inidonei a modificarne l'imposta dovuta poiché non vi è una diminuzione della capacità contributiva, rispetto alla situazione che vi sarebbe stata senza questi atti economicamente irrilevanti<sup>101</sup>.

Il criterio dell'assenza di sostanza economica deve certamente essere letto a fianco della previsione del terzo comma dell'articolo 10 *bis*: le valide ragioni extrafiscali. Infatti il comma 3 prevede che non si considerano abusive quelle operazioni che abbiano valide ragioni extrafiscali, non marginali, in particolare quelle operazioni che siano finalizzate al miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o della professione.

La relazione di accompagnamento al decreto legislativo<sup>102</sup> che aggiunse l'articolo 37 *bis* nel TUIR, spiegava le ragioni extrafiscali come quei motivi decisivi in mancanza dei quali non sarebbe stata compiuta l'operazione.

---

<sup>99</sup> L'idea di utilizzare la sostanza economica come parametro per stabilire l'elusività è stata fortemente criticata da D.STEVANATO *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, p. 704 ss. Qui l'autore sostiene che non si possa ancorare la sostanza economica ad una forma contrattuale ben precisa che ne espliciti gli effetti, continua facendo numerosi aspetti di operazioni con sostanza economica che possono avere una pluralità di sbocchi contrattuali parimenti efficaci e sostanzialmente adeguati.

<sup>100</sup> Vedi nota 89.

<sup>101</sup> G.ZIZZO *La nozione di abuso nell'articolo 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 12.

<sup>102</sup> Relazione al d.lgs. n.358/1997 che ha introdotto nel d.p.r. 600/1973 l'articolo 37 *bis* G.ZIZZO *La nozione di abuso nell'articolo 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 10.

Le valide ragioni extrafiscali sembrano operare come delle esimenti<sup>103</sup> all'applicazione della disciplina che possono essere fatte valere su impulso del contribuente.

Il comma 2 dell'articolo in commento oltre a spiegare il significato di sostanza economica definisce anche il vantaggio fiscale indebito. Esso consiste in benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. Questo vantaggio fiscale deve essere essenziale nella scelta dell'operazione, e il suo carattere indebito si coglie nel fatto che esso contrasta con la *ratio* della norma contenente il beneficio fiscale, non solo però le finalità della singola norma ma anche i principi generali dell'ordinamento tributario. Grazie a questa previsione non è necessario, ai fini dell'indagine sulla legittimità del vantaggio fiscale, un confronto puntuale con le norme particolari, ma basta un confronto sugli elementi strutturali della disciplina<sup>104</sup>.

Successivamente l'articolo, al comma 4, precisa che nel caso di una eventuale scelta tra due o più regimi opzionali o operazioni, consentiti dalla legge e comportanti un diverso onere fiscale, la scelta potrebbe essere basata sul minor carico fiscale e ciò non vorrà dire, per questo semplice fatto, che ci si troverà di fronte ad un vantaggio fiscale indebito. Ci si troverà più probabilmente davanti ad un legittimo risparmio di imposta<sup>105</sup>.

La legge delega<sup>106</sup> dalla quale è nato l'articolo 10 *bis* il vantaggio fiscale era definito come "causa prevalente della condotta", l'articolo del legislatore delegato si è invece ispirato alla, già citata, raccomandazione UE che richiedeva che il vantaggio fiscale fosse essenziale nell'operazione, e non vi fossero altri rilevanti finalità alla luce di tutte le circostanze del caso<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> L'utilizzo del termine "in ogni caso" sembra infatti indicare le valide ragioni extrafiscali operino anche quando gli elementi costitutivi dell'elusione siano tutti integrati; così interpreta la circolare Assonime del 21 del 4 agosto 2016. Contrariamente alla circolare si può far notare che in presenza di valide ragioni extrafiscali non ci possa mai essere una assenza di sostanza economica.

<sup>104</sup> G.ZIZZO *La nozione di abuso nell'articolo 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 16.

<sup>105</sup> Paragrafo 2.6.

<sup>106</sup> legge 23/2014.

<sup>107</sup> Circolare Assonime del 21 del 4 agosto 2016.

### 2.4.1 Le garanzie procedurali dell'articolo 10 bis.

Successivamente l'articolo 10 *bis* tratta delle garanzie procedurali connesse all'accertamento da parte dell'Agenzia delle operazioni elusive. La prima garanzia che viene in rilievo, anche dal punto di vista cronologico e logico, è il diritto di interpello, in particolare quello utile per la disapplicazione di una normativa antielusiva<sup>108</sup>.

Il d.lgs. 156/2015 ha integralmente sostituito l'articolo 11 dello Statuto del Contribuente e anche il comma 5 dell'articolo 10 *bis* che contiene il rimando all'interpello di cui ci si sta occupando. Rimangono comunque in vigore delle norme speciali che regolano alcuni tipi di interpello diversi da quello ordinario, a differenza del comma in commento che contiene solamente un mero rinvio<sup>109</sup>. La riforma del 2015 ha quindi sostituito il precedente articolo 21 della Legge 413/1991 che consentiva l'interpello speciale solamente riguardo quelle condotte elusive espressamente menzionate nell'articolo 37 *bis* aggiungendo una ulteriore disparità di trattamento<sup>110</sup> all'assetto della disciplina precedente l'estensione, tramite l'articolo 10 *bis*, dell'ambito di applicazione della norma. Ulteriori modifiche a questo tipo di interpello vengono fatte nella procedura, infatti si sostituisce al termine di 180 giorni precedente un nuovo termine di 120 giorni per ottenere una risposta dall'amministrazione, in caso di mancato rispetto del termine, con la riforma del 2015, il silenzio-assenso opererà automaticamente e non sarà più necessaria la diffida, richiesta nella disciplina pre-riforma, affinché operi l'istituto.

---

<sup>108</sup> Riportato nella legge 212/2000 articolo 11 comma 1 lettera c).

<sup>109</sup> S. SAMMARTINO *Il diritto di interpello in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 132 ss.

<sup>110</sup> F. PISTOLESI *l'interpello "anti abuso"* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 145.

Dal punto di vista dell'oggetto, la domanda di interpello antiabuso non differisce da quello della disciplina previgente, si tratta di una richiesta volta ad accertare a priori se, una determinata fattispecie riguardante il contribuente, sia considerata dall'amministrazione di natura elusiva<sup>111</sup>. Nella stessa sede l'istante deve esporre in maniera chiara la sua tesi qualificatoria dell'operazione e quindi la soluzione da lui proposta.

Si tratta di una fase essenziale poiché è la prima occasione per il contribuente di dialogare con l'amministrazione. Chiaramente sarà essenziale per colui che presenta l'istanza far leva sulla presenza di valide ragioni extra fiscali per scongiurare l'assenza di sostanza economica dell'operazione, oppure sulla scelta consentita di cui al comma 4 dell'articolo 10 *bis*. Qui sta l'importanza di questa fase di contraddittorio visto che nessuno meglio del contribuente può spiegare e provare queste ragioni. L'utilità quindi potrebbe essere, qualora ci si trovi di fronte ad una amministrazione scevra da pregiudizi, di stoppare sul nascere l'attività accertatrice a patto che la soluzione del contribuente sia valida e motivata.

L'Amministrazione finanziaria da parte sua dovrà adeguatamente motivare la risposta all'istanza e fornire tutte le indicazioni per il corretto rispetto del dovere impositivo da parte del contribuente, in sostanza anticipando la sua attività di controllo<sup>112</sup>. Come già visto<sup>113</sup> la risposta all'interpello vincola<sup>114</sup> solamente l'amministrazione in ogni suo organo in virtù del principio di affidamento, ma il contribuente è libero di non aderire alla soluzione dell'amministrazione, salvo una possibile maggiorazione delle sanzioni amministrative, proporzionali al tributo, nelle quali il giudice può valutare il comportamento della parte, il giudice però non potrà

---

<sup>111</sup> F.PISTOLESI *l'interpello "anti abuso"* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 147.

<sup>112</sup> F.PISTOLESI *l'interpello "anti abuso"* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 152.

<sup>113</sup> Capitolo I paragrafo 1.4.

<sup>114</sup> Nel caso di un cambio di orientamento amministrativo esso varrà solamente per gli atti successivi e non potrà colpire il contribuente che abbia uniformato i suoi comportamenti all'istanza di interpello da lui presentata.

basarsi esclusivamente sulla contrarietà del parere dell'amministrazione interpellata, esso potrà essere uno strumento però per orientarne il convincimento<sup>115</sup>.

Il procedimento per l'interpello anti abuso è in linea<sup>116</sup> con quello di tutti gli altri interpelli<sup>117</sup>, fatta eccezione per il termine per la risposta che è di 120 giorni a fronte del termine ordinario di 90 giorni.

L'articolo 10 *bis* prosegue poi occupandosi delle ulteriori garanzie procedurali, superata l'eventuale fase di interpello si arriva all'azione accertatrice dell'Amministrazione finanziaria e si prevede qui una fase di contraddittorio obbligatorio con il contribuente.

Generalmente nel diritto tributario odierno non si può affermare che il contraddittorio sia un istituto conquistato, poiché esso è disciplinato solamente per alcuni procedimenti e non ha una valenza generalizzata bensì estremamente frammentata<sup>118</sup>. Un principio generale di necessità del contraddittorio ha trovato molta difficoltà nella materia tributaria. La stessa corte di Cassazione investita<sup>119</sup> della questione a Sezioni Unite ha ritenuto che la ricorrenza in alcuni procedimenti, di specifiche previsioni atte ad instaurare un contraddittorio non consentono di trarre una regola generale di presenza di un principio nella disciplina. Laddove quindi, il legislatore non abbia ritenuto di creare delle garanzie a presidio del contraddittorio, non vi potrà essere una estensione di quelle previste in altri procedimenti per altri tributi.

---

<sup>115</sup> F.PISTOLESI *l'interpello "anti abuso"* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 156.

<sup>116</sup> La legge 23/2014 ha accolto l'auspicio della dottrina creando il procedimento unitario per tutte le forme di interpello. F.PISTOLESI *l'interpello "anti abuso"* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 154.

<sup>117</sup> È stato già affrontato in Capitolo I paragrafo 1.4.;

<sup>118</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p.166; G. FRANSONI *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 115.

<sup>119</sup> Cass. sez. un. n. 24823/2015.

Il principio generale del contraddittorio è quindi ricavabile solamente nel caso di tributi armonizzati. Alcuni autori<sup>120</sup> auspicano la previsione di un principio del genere nella misura in cui esso consenta al contribuente di partecipare alla fase decisionale del procedimento, per fare in modo che l'organo decidente tenga conto degli elementi di conoscenza, apportati dal contribuente al procedimento.

L'assenza del principio generalizzato del contraddittorio nella fase di accertamento dell'Amministrazione non è però un grosso problema se lo si guarda in quadro generale, un obbligo del genere sarebbe probabilmente un freno all'azione accertatrice dell'Amministrazione finanziaria che, ricordiamolo, è necessaria ai fini del principio di capacità contributiva dell'articolo 53 della Costituzione. Ci sarà doverosamente ampio spazio per il contribuente e le sue ragioni in sede di impugnazione dell'avviso di accertamento. Il legislatore, infatti, dove ha ritenuto che il contraddittorio fosse una limitazione necessaria, e potesse rendere più snella l'attività di accertamento, evitando dispendio di risorse in verifiche per le quali il confronto con il contribuente potrebbe essere decisivo, lo ha puntualmente inserito.

Uno dei casi più importanti è previsto proprio dall'articolo in commento. Il comma 6 prevede che prima dell'atto che accerterà l'abuso del diritto, a pena di nullità di quest'ultimo, vada notificata una richiesta di chiarimenti al contribuente con i motivi per i quali l'ente accertatore ritiene si sia configurato un abuso del diritto, il contribuente ha 60 giorni per fornirli. Di questi chiarimenti l'amministrazione dovrà tenere conto in maniera puntuale nella motivazione, provvedendo quindi a confutarli. In caso di più contestazioni tra le quali solo una sia di abuso del diritto bisognerà proseguire con distinte discipline procedurali essendo necessaria solo per questo istituto la richiesta di chiarimenti<sup>121</sup>, la richiesta inoltre deve pervenire a tutti i contribuenti ai quali può essere contestata l'abusività dell'operazione, è quindi possibile una pluralità di chiarimenti necessari, ma è anche possibile una pluralità di uffici coinvolti, basti pensare a più chiarimenti a contribuenti che ricadono per

---

<sup>120</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, ; G. FRANSONI *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 117 ss.

<sup>121</sup> G. FRANSONI *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 121.

competenza in uffici diversi, oppure alla necessità di contestare una elusione su più tributi come unico modo per configurare il vantaggio fiscale indebito<sup>122</sup>.

Una volta ricevuta la richiesta amministrativa il contribuente dispone di 60 giorni per fornire i chiarimenti che ritiene opportuni, è evidente che prima di questi 60 giorni l'Amministrazione non potrà in alcun modo emanare l'avviso di accertamento a pena di nullità di quest'ultimo. L'Amministrazione nella richiesta di chiarimenti dovrà individuare il responsabile del procedimento. Non vi sono particolari requisiti formali per la lettera che conterrà i chiarimenti, dovrà pervenire dal contribuente medesimo o da un suo legale rappresentate e i destinatari saranno gli uffici richiedenti<sup>123</sup>. Riguardo al contenuto anche qui il termine "osservazioni", usato dall'articolo 10 *bis*, sembra suggerire una ampia libertà contenutistica. Il contribuente quindi potrà produrre in quella sede qualunque elemento possa modificare l'orientamento dell'ufficio sull'elusività dell'operazione, vale a dire argomentazioni giuridiche o di fatto, contestazioni di elementi dell'Amministrazione. Il contribuente inoltre è sicuramente libero di allegare documenti probatori o di altra natura<sup>124</sup>.

Per consentire all'Amministrazione richiedente una adeguata motivazione sui chiarimenti forniti dal contribuente, all'interno dell'eventuale avviso di accertamento, il comma 7 dell'articolo in commento si premura di inserire una proroga. Nel caso in cui tra il termine ultimo concesso al contribuente per rispondere alla richiesta e la decadenza per l'Amministrazione dal potere di emanare l'avviso di ricevimento intercorrano meno di 60 giorni il termine di decadenza appena nominato sarà prolungato fino al sessantesimo giorno posteriore al termine per la risposta del contribuente. Questa previsione sicuramente necessaria per non pregiudicare irrimediabilmente l'azione impositiva contiene però una grossa lacuna, non tratta infatti del caso in cui la richiesta di chiarimenti pervenga al contribuente quando rimangano meno di sessanta giorni alla decadenza dell'Amministrazione dal potere

---

<sup>122</sup> G. FRANSONI *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 122.

<sup>123</sup> G. FRANSONI *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 124.

<sup>124</sup> G. FRANSONI *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 125.

di accertamento. In questo sfortunato caso il contribuente avrà gioco facile nel non rispondere alla richiesta, fino a che non saranno scaduti i termini per l'avviso di accertamento da parte dell'Amministrazione. A questo punto un provvedimento dell'amministrazione prima della decadenza ma senza aver lasciato trascorrere i 60 giorni per i chiarimenti sarà certamente nullo per espressa previsione legislativa, un provvedimento che tenga conto dei chiarimenti ma sia emanato dopo la decadenza da tale potere rischierebbe altrettanto di essere inefficace proprio per questo spirare di termini<sup>125</sup>.

In attesa di una soluzione da parte del legislatore, l'interprete potrebbe prendere in considerazione di usare la tecnica dell'analogia per applicare anche a questo caso la proroga del comma 7. Come è noto l'analogia è una tecnica utilizzata per colmare le lacune del diritto. L'analogia *legis* che qui interessa è contenuta nell'articolo 12 delle Preleggi del Codice Civile<sup>126</sup>, prevede che in presenza di una lacuna si possa ricorrere a una disciplina che regoli casi simili o una materia analoga. Per potere avere questa estensione analogica occorre che non ci si trovi davanti a norme penali o eccezionali e che vi sia una "somiglianza". La "somiglianza" in questione deve attenere alla *ratio*<sup>127</sup> della norma, vale a dire la medesima logica ispiratrice. Nel caso di cui si sta trattando appare configurabile questa identità di logica sottesa alla norma, infatti il comma 7 dell'articolo ha come *ratio* quella di non lasciare che questo onere ulteriore per l'Amministrazione pregiudichi l'azione impositiva, perché si tratta, come più volte precisato, di un valore costituzionalmente protetto. Il caso di cui il comma 7 non si occupa ha come differenza solamente la quantità di giorni che intercorre tra richiesta di chiarimenti e decadenza del potere impositivo, l'analogia va ricercata nel fatto che in entrambi i casi, in una ipotetica assenza di questo ulteriore obbligo procedimentale, l'Amministrazione avrebbe potuto serenamente svolgere il suo compito costituzionale; lo spirito è quindi quello di non lasciare che una

---

<sup>125</sup> G. FRANSONI *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 128 ss.

<sup>126</sup> L'altra tipologia di analogia, quella *iuris* è anch'essa contenuta nelle Preleggi all'articolo 12 e prevede che in caso di fallimento dell'analogia *legis* si ricorra ai principi generali dell'ordinamento AA.VV. *Dieci lezioni di diritto privato* Milano, 2006 p. 49 ss.

<sup>127</sup> AA.VV. *Dieci lezioni di diritto privato* Milano, 2006 p. 53.

garanzia, apprezzabile per il contribuente, si trasformi in un espediente furbesco per sottrarsi ad un accertamento.

Nel momento in cui, espletate le formalità prescritte dall'articolo 10 *bis* e verificati i relativi presupposti, l'Amministrazione finanziaria si trova davanti ad una operazione elusiva, quest'ultima è ad essa inopponibile e ne può disconoscere il vantaggio fiscale indebito.

#### **2.4.2 Le conseguenze dell'elusività dell'operazione: la cosiddetta “tassazione differenziale”.**

Ci si trova quindi davanti ad una ipotesi di inefficacia relativa limitata al comparto tributario, si può quindi affermare che le operazioni elusive non siano illecite bensì solamente neutralizzate fiscalmente<sup>128</sup>. Infatti l'operazione dal punto civilistico permarrà inalterata. Si tassa quindi una operazione che nella realtà non esiste in luogo di quella che è stata poi messa in atto, si tratta perciò della cosiddetta “Tassazione differenziale” che consiste, appunto, nel detassare tramite l'accertamento una operazione al fine di tassarne, allo stesso tempo, un'altra<sup>129</sup>.

Il disconoscimento dell'operazione elusiva porta quindi alla perdita del potere impositivo sull'operazione in questione, la conseguenza è che il contribuente si vedrà scomputare l'imposta già pagata dalla maggiore imposta accertata dall'Amministrazione, e il terzo potrà, in certi casi, vantare un credito nei confronti del Fisco, questo credito però dovrà essere fatto valere tramite la presentazione di un'istanza all'Agenzia delle Entrate, entro un anno da quando l'accertamento è

---

<sup>128</sup> M. BEGHIN *La “non opponibilità” al fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 77 ss.

<sup>129</sup> M. BEGHIN *La “non opponibilità” al fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 76.

divenuto definitivo. È pacifica in quest'ultimo caso l'applicabilità dell'articolo 6 dello Statuto del Contribuente che prevede che l'Amministrazione debba informare il contribuente delle circostanze dalle quali può derivargli la mancata riscossione di un credito, anche se non sembra potersi ipotizzare una sanzione per l'Amministrazione nel caso di mancato rispetto di questa procedura<sup>130</sup>.

## **2.5 Elusione fiscale, evasione fiscale e legittimo risparmio di imposta. Tra la lecita diminuzione della base imponibile e l'occultamento dei presupposti, si inserisce il concetto di elusione.**

Con l'articolo 10 *bis* dello Statuto del contribuente l'elusione fiscale cessa di essere una costruzione giurisprudenziale, pur se costituzionalmente e comunitariamente ispirata, e diventa una fattispecie tipizzata dal legislatore<sup>131</sup>.

L'elusione fiscale è un concetto che possiamo considerare legato ad un altro istituto fondamentale del diritto tributario: l'evasione fiscale. Entrambe queste figure hanno il medesimo scopo e conducono allo stesso risultato, vale a dire il risparmio di imposta, ma ci arrivano in maniera profondamente diversa<sup>132</sup>. L'evasione fiscale infatti è un comportamento fraudolento che occulta al fisco un presupposto di imposta che è completo e realizzato e che ha prodotto ricchezza imponibile. L'elusione in questo differisce poiché la condotta elusiva si può sintetizzare, non nell'occultamento di un presupposto di imposta, bensì in un "aggiramento" che

---

<sup>130</sup> M. BEGHIN *La "non opponibilità" al fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 95.

<sup>131</sup> A. CONTRINO *I confini dell'abuso* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 21.

<sup>132</sup> G.SALCUNI *Abuso del diritto ed elusione fiscale tra offensività e determinatezza*, in *Rivista trimestrale di diritto penale*, 2013, p. 117 ss. Qui l'autore sostiene che la distinzione tra i due concetti sia basata sui mezzi, che sono penalmente leciti nell'elusione e illeciti nell'evasione.

impedisce al presupposto di nascere; L'elusività del comportamento però sta nel fatto che il presupposto in questione sarebbe dovuto nascere se si fosse rispettata la *ratio* della norma, che però viene meno per via dell'aggiramento elusivo di cui si è detto<sup>133</sup>.

Alla luce di questi elementi si può anche cogliere la differenza tra una terza figura tributaria: il legittimo risparmio di imposta. Un assaggio di legittimo risparmio di imposta lo abbiamo già esaminato nel comma 4 dell'articolo 10 *bis* che stabiliva che, non si considera elusivo il comportamento del contribuente che tra due opzioni ammesse dalla disciplina, scelga quella che comporti il minor onere fiscale. È qui che si può apprezzare la differenza con l'elusione fiscale, visto che nel legittimo risparmio di imposta il fatto che il presupposto del tributo non nasca è un fatto fisiologico, mentre nel caso dell' "aggiramento" elusivo questa sarà una conseguenza patologica del comportamento del contribuente. Si potrebbe quasi affermare la superfluità del comma 4 dell'articolo 10 *bis*, in quanto anche in sua assenza una fattispecie, come quella lì descritta, non sarebbe stata passibile di accertamento elusivo, poiché manca uno dei presupposti fondamentali dell'elusione, sarebbe a dire la non debenza del vantaggio fiscale poiché questo risparmio è previsto dall'ordinamento<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Una lettura meritevole di menzione è stata data da A.GIOVANNINI *Abuso del diritto e sanzioni amministrative* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 990 e ss. Qui l'autore sostiene che nel caso di evasione ed abuso non ci si trovi di fronte a due fenomeni diversi ma a due profili del medesimo fenomeno, l'abuso rappresenta quindi la condotta e l'evasione il risultato della condotta, quindi in uno stretto rapporto di causalità.

<sup>134</sup> A. CONTRINO *I confini dell'abuso* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 37. Qui l'autore propone un esempio geniale di cui si riporta una elaborazione: per evitare il pedaggio autostradale si può alternativamente, o scegliere per andare nel luogo desiderato delle scomode strade provinciali o statali oppure si può sfruttare il fatto che le ambulanze non paghino il pedaggio e usarne una per lo spostamento. Nel primo caso si può apprezzare un lecito risparmio di imposta visto che è libera scelta del contribuente se usare l'autostrada o servirsi di altre strade gratuite, nel secondo caso abbiamo una violenza nei confronti della *ratio* dell'esenzione che aveva come scopo quello di esentare i trasporti urgenti, tipici dell'ambulanza, dal pagamento del pedaggio.

Non sempre però è facile rintracciare questa differenza, nel corso degli anni la Giurisprudenza ha cercato di trovare un criterio generale di distinzione. Lo stesso tentativo traspare dalla relazione di accompagnamento all'ormai abrogato articolo 37 *bis* del TUIR, che si occupava di elusione fiscale; qui si dice infatti che il criterio tendenziale dovrebbe essere la mancanza di aggiramento della norma, ne consegue che la norma antielusiva non potrà vietare una scelta tra due opzioni alle quali il legislatore tributario assegna pari dignità<sup>135</sup>. La Corte di Cassazione<sup>136</sup> e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>137</sup> hanno aderito a questa tesi della relazione di accompagnamento<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> A. CONTRINO *I confini dell'abuso in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 39.

<sup>136</sup> Cass. sez. trib. N.10383/2011 A. CONTRINO *I confini dell'abuso in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 40.

<sup>137</sup> CGCE sent. 21 Febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax A. CONTRINO *I confini dell'abuso in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 40.

<sup>138</sup> In Particolare A. CONTRINO *I confini dell'abuso in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 38; riporta una serie di fattispecie, ispirate a casi affrontati dalla giurisprudenza, nei quali non si dovrebbero più porre problemi di elusione fiscale poiché sarebbero dei casi di legittimo risparmio: (i) la cessione di partecipazioni sociali dopo il conferimento neutrale in società dell'azienda ai fini dell'imposta di registro 34, tanto più che, ai fini delle imposte sui redditi, l'art.176, comma 3, TUIR, continua ad essere operativo anche dopo l'abrogazione dell'art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973 35; (ii) il conferimento di azienda seguito dall'affrancamento a pagamento dell'avviamento iscritto successiva deduzione delle maggiori quote di ammortamento fiscale (idem in tutte le altre ipotesi di applicazione dell'imposta sostitutiva di cui al comma 2 ter dell'art. 176 del TUIR); (iii) la cessione di partecipazioni sociali dopo la scissione del ramo immobiliare lasciando l'azienda in capo alla scissa, posto che il sistema consente (v. il citato art. 176, comma 3) la circolazione cartolare dell'azienda o dei rami aziendali (iv) la scissione parziale e non proporzionale di una società finalizzata a suddividere il suo patrimonio tra i soci che intendono separarsi, in luogo di un'assegnazione dei beni ai soci, configurandosi, peraltro, un'alternativa non dissimile da quella fusione/liquidazione menzionata dalla relazione illustrativa come ipotesi di lecito risparmio d'imposta ; (v) la trasformazione di una società per azioni che gestisce un'azienda agricola in una società a responsabilità limitata, con un miglioramento del regime impositivo; (vi) la fusione per incorporazione di società target nella società *newco* (operazioni di merger leveraged buy-out), con vantaggio fiscale costituito dall'utilizzo fiscalmente rilevante del disavanzo da annullamento affrancato e/o dalla deduzione degli oneri finanziari per effetto del debt push down; (vii) le riorganizzazioni finalizzate a ridisegnare l'articolazione del gruppo, sotto il profilo partecipativo, per

L'articolo in questione al comma 12 ha una clausola che ne delimita il campo di applicazione, infatti vi è previsto che l'elusione fiscale può essere contestata solamente se i vantaggi fiscali ottenuti non possano essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie. Si possono quindi considerare le condotte previste da specifiche norme come *lato sensu* evasive dell'imposta<sup>139</sup>.

Da questa previsione si può dedurre un'altra notevole differenza tra i due istituti, poiché l'elusione ha come carattere fondamentale il fatto di non violare alcuna norma<sup>140</sup>, perciò si sono rese necessarie le varie clausole generali e indeterminate che si sono susseguite nei vari anni di regolazione della disciplina. L'evasione fiscale invece è spesso proprio una violazione di una norma tributaria.

La presenza di una norma antielusiva specifica quindi farà venir meno l'operatività dell'articolo 10 *bis* a meno che non vi sia un "aggiramento" della norma e non una sua violazione specifica. Occorrerà però interrogarsi sulla natura dell'operazione elusiva in presenza della norma specifica, poiché è innegabile che un carattere essenziale dell'elusione è proprio il suo formale rispetto della normativa. A quel punto il mancato rispetto della norma non sarà per forza un caso di evasione fiscale, ma lo sarà solo nel caso in cui si arrivi ad occultare un presupposto già realizzato e completo. Non sarà però forse neanche più un caso di elusione fiscale visto che, nonostante la norma antielusiva abbia la finalità di combattere proprio di combattere

---

poter applicare il consolidato fiscale e così giungere alla compensazione dei redditi imponibili con le perdite; (viii) il pagamento anticipato, da parte di un professionista, di cinque anni di canoni di locazione dell'immobile adibito a studio professionale in luogo del pagamento annuale (giudicato abusivo dalla Corte di Cassazione)

<sup>139</sup> A. CONTRINO *I confini dell'abuso in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016, p 28; M. BEGHIN *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto* Milano 2013, p. 247.

<sup>140</sup> Però fa notare A.GIOVANNINI *Abuso del diritto e sanzioni amministrative in Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 989 ss., che l'estremizzazione di un concetto del genere, visto che secondo lui le teorie vanno valutate in base alle conseguenze che producono, potrebbe al risultato che la violazione dell'articolo 10 *bis* faccia perdere alla condotta la qualifica di abuso poiché vi sarebbe la violazione di una norma. Questo condurrebbe al paradossale risultato che non sarebbe più possibile l'esistenza dell'elusione fiscale.

quelle condotte, non si potrebbe più parlare di aggiramento bensì di una vera e propria violazione.

## **2.6 L'abuso del diritto come concetto risalente nel tempo e *genus della species* elusione fiscale.**

Come i più attenti di voi avranno notato nei paragrafi precedenti si sono usati i termini abuso del diritto ed elusione come sinonimi senza ulteriori distinzioni, ma è giunto il momento di fare alcune precisazioni.

L'attuale formulazione della rubrica dell'articolo 10 *bis* sembra porre sullo stesso piano i due termini dicendo: disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale. Il termine che lega le due espressioni è "o". Questo termine solitamente può avere un valore disgiuntivo, ma non si può escludere anche un altro significato, vale a dire quello esplicativo che introduce un termine equivalente<sup>141</sup>.

Questo appiglio testuale però non consente probabilmente di dire che il legislatore abbia voluto differenziare i due concetti in questione visto che avrebbe certamente potuto farlo in maniera più chiara<sup>142</sup>.

L'abuso del diritto è sicuramente una categoria trasversale dell'ordinamento, non riguarda solamente la disciplina tributaria ma tutte quelle situazioni in cui si usa un diritto in maniera non conforme alla *ratio* della concessione di quel diritto<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> P. RUSSO *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi* in *Diritto e pratica tributaria* n.1 2016 p. 10001 ss.

<sup>142</sup> Parla infatti di concetti "normativamente assimilati" G. DI VETTA *Abuso del diritto nella prospettiva penale* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p. 1064.

<sup>143</sup> Di abuso del diritto si è anche occupato A.GENTILINI *L'abuso del diritto come argomento*, in *Atti del convegno "l'abuso del diritto, storia e ambiti disciplinari"*, Milano 2010, p.321 ss. Qui l'autore definisce l'abuso del diritto come un argomento e non istituto, questo perché l'abuso è un argomento per ottenere un risultato altrimenti precluso, un risultato "eversivo del giuspositivismo". l'abuso

Il concetto di abuso del diritto è nato all'interno della dottrina francese<sup>144</sup> ma nel '900 ha avuto anche in Italia uno sviluppo interessante<sup>145</sup>. In particolare si divide il periodo di interesse in tre fasi: quella dei primi del 900 in cui nasce il concetto di abuso del diritto come reazione agli individualismi che trasparivano dalla concezione dei diritti soggettivi; poi si passò alla fase della scoperta delle clausole costituzionali e quindi di una interpretazione dell'abuso del diritto in chiave di quest'ultime e dei valori sottesi ad esse; e infine l'attuale fase iniziata negli anni '90 in cui prevale una concezione che vuole superare la mera forma delle disposizioni e che quindi dà valore anche a comportamenti che siano formalmente corretti ma sostanzialmente meno<sup>146</sup>.

L'abuso è quindi una deviazione dalla sostanza della norma, pur facendo salva la forma della norma stessa, per conseguire una utilità inaccettabile secondo la comune coscienza sociale<sup>147</sup>.

Non mancano gli esempi di abuso del diritto nei rapporti tra i privati, il più celebre è sicuramente quello del divieto di atti emulativi presente dell'articolo 833 del Codice Civile. Con la sua formulazione scarna assomiglia per la verità ad una clausola generale antiabusiva, si limita infatti a prevedere che non è ammessa la commissione di atti che abbiano il solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri. Altri esempi si rinvengono nella disciplina dell'abuso di posizione dominante, oppure nel mondo del

---

quindi consente, a differenza di altre tecniche che mirano a colmare le lacune dell'ordinamento, di ricondurre il caso ad una regola diversa da quella stabilita dal diritto positivo. Una regola che non si basa su interpretazione teleologica o analogia bensì deriva essa stessa da un'altra norma.

<sup>144</sup> In particolare si chiesero se gli atti di un proprietario, pur se in linea con le norme, fossero da tollerare anche nel caso in cui fossero in contrasto con la coscienza sociale poiché effettuati solamente per nuocere un altro soggetto. I giudici non considerarono questi atti meritevoli di protezione e spesso i proprietari furono condannati a dei risarcimenti. Ancora oggi però l'abuso del diritto non è codificato in Francia, ma i giudici utilizzano come espediente l'applicazione dell'articolo 1134 del *Code civil* che prescrive alle parti di un contratto di agire in buona fede. R. BONANZINGA *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *www.Comparazione&dirittocivile.it*, 2010, p. 9 ss.

<sup>145</sup> C.AMATO *Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto in Europa e diritto privato* fasc.I/2017 p.212.

<sup>146</sup> C.AMATO *Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto in Europa e diritto privato* fasc.I/2017 p.212 ss.

<sup>147</sup> R. CARLEO, S.MARTUCCELLI, S. RUPERTO *Istituzioni di diritto privato* Roma 2014 p.114.

diritto societario dove numerose norme pongono un freno agli abusi che potrebbero essere compiuti dai soci di maggioranza ai danni della minoranza; anche nel diritto bancario sono previsti molti istituti che proteggono la parte contraente debole dai possibili abusi dell'ente creditizio, o ancora vi possono anche essere dei casi di abuso del processo.

Alla luce di tutti questi elementi non si può continuare a considerare abuso del diritto ed elusione fiscale come sinonimi<sup>148</sup>. Appare chiaro come l'abuso del diritto sia una categoria trasversale a tutti i rami dell'ordinamento, e addirittura si possa considerare un concetto che sia intrinsecamente necessario in un complesso di regole e diritti, l'abuso che si fa di un diritto porta a conseguenze non semplici per chi ha il compito di tirare le fila del sistema giuridico. Non si può certo privare tutti di un diritto a causa di qualcuno che ne abusa<sup>149</sup>, ma non si può neanche stare a guardare mentre qualcuno approfitta di un diritto concessogli per nuocere a qualcun altro. Per questo la soluzione dell'abuso del diritto è la migliore, con la possibilità di declinarlo in maniera diversa a seconda della disciplina in esame, con un importante spazio dedicato all'interpretazione di chi è chiamato ad applicare la norma che dovrà valutare se l'utilizzo del diritto sia sorretto da altre giustificazioni, oppure sia solamente un mezzo per nuocere su qualcuno.

Si va quindi delineando un rapporto di *genus a species*<sup>150</sup> tra la categoria trasversale dell'abuso del diritto e il suo derivato tributario: l'elusione fiscale.

---

<sup>148</sup> In senso radicalmente opposto G. INGRAO *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2016 p. 1434 ss. Qui l'autore considera i due termini sinonimi basandosi sull'unificazione normativa che ne ha fatto l'articolo 10 *bis* e sull'ampia portata ed evocatività dei concetti espressi nel medesimo articolo. Ancora in senso contrario S. LA ROSA, *Elusione ed antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2010 p. 793 ss. L'autore qui addirittura esclude possa esistere il "concetto" di aggiramento delle norme, poiché la norma si può rispettare oppure non rispettare: *tertium non datur*.

<sup>149</sup> Si immagini il caso di scuola di un vicino di casa che pianta dei grossi alberi al solo scopo di impedire la vista panoramica all'odiato vicino, per ovviare a questo caso non si può certo stabilire il divieto per i proprietari di piantare alberi

<sup>150</sup> In accordo con questa tesi F. MUCCIARELLI *Elusione ed abuso del diritto tributario*, nella collana *Quaderni della rivista di diritto Tributario* numero 4 di G.Maisto. p. 425.

Questo dal punto di vista pratico non porta a conseguenze clamorose, nell'articolo 10 *bis* i due concetti sono sostanzialmente equiparati e nominarne uno vale come nominare l'altro, anche se probabilmente quando si discute di diritto tributario sarebbe più appropriato utilizzare il termine elusione fiscale che risulta più specifico<sup>151</sup>.

## **2.7 Rilevanza penale delle condotte elusive: dai dubbi della giurisprudenza alla soluzione definitiva dell'articolo 10 *bis*.**

Dopo aver delineato il concetto di elusione fiscale e averlo diversificato dagli altri istituti tributari è giunto il momento di valutare la sua eventuale rilevanza nel diritto penale tributario.

Il dibattito ha come inizio simbolico la sentenza della Corte di Cassazione<sup>152</sup> sul caso che ha interessato i noti stilisti Dolce e Gabbana.

Ci si trovava in una fase precedente all'ingresso nell'ordinamento dell'articolo 10 *bis* dello Statuto che avrebbe poi fugato ogni dubbio, quindi la Corte argomentò sulla base della situazione, già descritta<sup>153</sup>, in cui vi era la presenza dell'articolo 37 *bis* svuotato però dalle pronunce della Corte di Giustizia UE che aveva creato il principio comunitario di divieto di abuso del diritto al quale anche la giurisprudenza italiana si era accodata. Proprio da questo principio generale antielusivo partì la corte per argomentare sulla rilevanza penale della condotta degli imputati<sup>154</sup>. In particolare la Corte sostenne che alcuni reati del d.lgs. 74 del 2000 si presterebbero ad essere integrati tramite condotte elusive, come la condotta di dichiarazione infedele e di

---

<sup>151</sup> Si pensi che per definire un gatto una persona dica “gatto” e una dica “piccolo felino a quattro zampe”, avranno entrambi ragione ma sicuramente sarà più apprezzato colui che utilizzi il termine più specifico poiché più selettivo e chiaro.

<sup>152</sup> Cass. sentenza n. 7739 del 2012.

<sup>153</sup> Paragrafo 2.3

<sup>154</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p.264.

omessa dichiarazione<sup>155</sup>; inoltre la definizione data all'articolo 1 delle imposte evase è così ampia che secondo la Corte potrebbe benissimo ricomprendere anche le ipotesi in cui l'imposta non sia evasa ma elusa; infine la Corte si basò sull'articolo 16 che, oggi abrogato, conteneva la clausola che assicurava salvezza penale a chi compisse operazioni in conformità con l'interpello antielusivo, questo argomento porta perciò alla quasi obbligata conclusione che quindi possano esistere condotte di rilevanza penale anche nell'alveo dell'elusione, ovviamente se non messe in atto in conseguenza di interpello<sup>156</sup>.

Da tutti questi elementi<sup>157</sup> quindi i giudici trassero la conclusione che, seppur non vi sia in diritto penale tributario un principio generale di divieto delle condotte elusive,

---

<sup>155</sup> Articoli 5 e 6 del d.lgs. 74/2000 A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p. 265.

<sup>156</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p. 265.

<sup>157</sup> Questi elementi individuati dalla sentenza sono stati però molto discussi. In particolare G.M. FLICK *Abuso del diritto ed elusione fiscale quale rilevanza penale* in *Giurisprudenza commerciale* 2011 p. 476 ss. Si occupa, dopo aver reso conto delle argomentazioni di chi ritiene l'abuso penalmente rilevante, di mettere in discussione gli elementi individuati da questa sentenza. Innanzitutto il concetto di imposta evasa andrebbe inteso come imposta che sarebbe stata dovuta al fisco e non come imposta meramente pretesa da quest'ultimo in sede di controlli visto che l'elusione non consente la nascita del presupposto; poi per la questione dell'articolo 16 del d.lgs. 74/2000, riguardante l'interpello, l'interpretazione del celebre autore, premettendo però la poca felicità della formula legislativa nonché della sua collocazione nel d.lgs. 74/2000, è quella di non considerare estremamente probante la lettera della norma, e forte del fatto che all'epoca in cui la norma è stata emanata, la materia tributaristica conosceva come distinzione tra elusione ed evasione quella, rispettivamente, tra condotta lecita e illecita, può efficacemente sostenere che la norma riguardante l'interpello intenda come condotte residue penalmente rilevanti solamente quelle propriamente evasive non ponendosi il problema della possibile illiceità delle condotte di elusione, con questa lettura si spiegherebbe anche in parte la collocazione nel d.lgs. 74 del 2000. Infine l'articolo 37 bis nelle intenzioni dovrebbe essere una norma che, più che introdurre un nuovo illecito tributario, intenderebbe limitare la sua operatività alla successiva fase del controllo, spostando quindi l'oggetto tutelato dalla norma e di fatto non ponendo obblighi in capo al contribuente precedenti a questa fase; con questa visione apparirebbe quindi chiara l'inidoneità dell'articolo ad essere una base per una clausola penale.

Per quanto riguarda la possibile rilevanza dell'elusione negli articoli 4 e 5 del d.lgs. 74 del 2000, P.M. SABELLA *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicio ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2013 p 802, sostiene

la condotta che corrisponda ad una specifica forma di elusione stabilita dal legislatore può avere rilevanza penale<sup>158</sup>.

Queste conclusioni, seppur provenienti da un organo giudiziario di così alto rilievo, furono parecchio avversate, anche se non mancò chi le accolse favorevolmente<sup>159</sup>.

I detrattori sostenevano che la soluzione della Corte fosse carente sotto il principio del rispetto di un principio fondamentale: il principio di stretta legalità dell'articolo 25 della Costituzione. Infatti l'articolo 37 *bis* del d.p.r. 600/1973, allora vigente, si limitava a rendere inopponibili le operazioni elusive all'Amministrazione finanziaria, senza nessuna sanzione penale all'interno.

Nel caso specifico degli imputati Dolce e Gabbana l'addebito riguardava alcuni fatti concernenti una esterovestizione societaria, nascondendo la reale residenza fiscale all'Amministrazione. Con queste premesse è possibile che si trattasse di condotte evasive più che elusive<sup>160</sup>.

Va precisato però che il concetto di elusione ha insito in sé il risultato che la mera forma della norma sia rispettata dalla condotta elusiva, qualunque violazione normativa darà luogo a un fenomeno evasivo. Ciò non toglie che vi possano essere delle norme che abbiano una finalità antielusiva, vale a dire quella di codificare ed impedire il compimento di condotte elusive<sup>161</sup>.

---

che questa interpretazione, servendosi della possibile ampiezza del concetto di imposta evasa dell'articolo 1, peccherebbe nel rispetto del principio di tassatività e legalità.

<sup>158</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p. 265 ss.

<sup>159</sup> G. BERSANI *Le condotte elusive e la loro rilevanza nel diritto penale tributario secondo la giurisprudenza della corte di cassazione*; ne *il fisco* fascicolo 27/2012; A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p. 266.

<sup>160</sup> G. MELIS *Trasferimento della residenza all'estero ed elusione fiscale* in *Elusione ed abuso del diritto tributario* di G.Maisto Milano 2009 p.236 ss. Qui l'autore, molto brillantemente, fa notare che in un caso di esterovestizione, proprio il caso della sentenza in questione anche se lo scritto è cronologicamente precedente, si avrà una condotta elusiva se vi sarà un effettivo cambio di residenza ma caratterizzato da, detto in maniera "anacronistica", una assenza di sostanza economica e senza valide ragioni extrafiscali. Nel caso in cui lo spostamento di residenza sia solo nominale si avrà invece un caso di evasione, poiché il presupposto della residenza fiscale ai fini nazionali viene occultato ; A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p. 267.

<sup>161</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p. 268. Qui l'autore prende come esempio la disciplina del transfer pricing che sarà analizzata nel prosieguo del lavoro.

Una prima inversione di rotta da parte della giurisprudenza della Suprema Corte si ebbe con la sentenza n.36859 del 2013. In questa nuova sentenza<sup>162</sup> la corte si è soffermata molto sulla distinzione tra condotte elusive ed evasive, e in ambito penale sottolinea come, recuperando il principio di stretta legalità, non esista nessuna norma che equipari elusione ed evasione. In assenza di questa equiparazione quindi in ossequio al principio di tassatività della fattispecie incriminatrice non vi può essere responsabilità penale. L'operazione<sup>163</sup> che è stata fatta nel diritto tributario, trasformando l'articolo 37 *bis* in una clausola generale basandosi sull'articolo 53 della Costituzione e sulla scia del caso Halifax, non può essere replicata in ambito penale poiché ci si troverebbe certamente davanti ad una analogia in *malam partem*<sup>164</sup>.

Inoltre l'articolo 37 *bis* è da considerarsi inidoneo a contenere una clausola penale poiché espressamente contrario alla volontà del legislatore che per l'evasione ha previsto delle sanzioni limitandosi invece per l'elusione a stabilire l'inopponibilità all'amministrazione delle operazioni compiute.

Infine è stato sostenuto<sup>165</sup> non bisogna dimenticare che nel diritto penale tributario vi è la presenza del principio di specialità dell'articolo 19 del d.lgs. 74 del 2000 che

---

<sup>162</sup> In questa sentenza la Corte è chiamata ad occuparsi di una serie di operazioni collegate tra loro e volte esclusivamente ad abbattere il carico fiscale del gruppo. Queste operazioni furono qualificate dalla Corte di primo grado come dividend washing e management fees. La Cassazione si concentrò soprattutto nello stabilire se queste semplici elusioni potessero determinare una sanzione penale o fossero necessarie delle norme precise. P.M. SABELLA *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2013 p. 789 ss.

<sup>163</sup> Questa operazione della corte si è risolta poi nel considerare il principio generale di abuso del diritto di matrice giurisprudenziale, come complementare alle singole disposizioni su fattispecie specifiche. Di fatto quindi si è trattato di una interpretazione tesa a colmare lacune di diritto definita "estensivo-analogica", G. DI VETTA *Abuso del diritto nella prospettiva penale* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p. 1045 ss.

<sup>164</sup> P.M. SABELLA *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2013 p. 798.

<sup>165</sup> In particolare è stato sostenuto da P. Corso *Secondo la Corte di Cassazione l'elusione non indica un fatto penalmente rilevante*, in *Corriere Tributario* 2006 p. 3047 ss. Qui l'autore nel commentare la

prevede che in caso di un fatto che sia punito da una disposizione penale e da una amministrativa andrà applicata la disposizione speciale. Nel caso delle condotte elusive che la sentenza Dolce e Gabbana ricondusse all'articolo 4 e 5 del d.lgs. 74 del 2000 quindi lo stesso comportamento sarebbe punito sia dalle due norme che da l'articolo 37 *bis* qualora sia effettuato tramite una condotta elusiva. Quindi la conseguenza sarebbe che andrebbe applicato l'articolo 37 *bis* in quanto disposizione speciale a patto che lo si consideri però un illecito amministrativo.

Discussa la qualificazione dell'articolo 37 *bis* come illecito amministrativo<sup>166</sup>. Probabilmente, non solo come norma penale ma anche come un illecito amministrativo, questa clausola generale sarebbe carente dal punto di vista della necessaria determinatezza, anche se è pur vero poi che alla maggior imposta accertata andranno comunque aggiunte le sanzioni allo stesso modo che per tutti gli altri tributi. Risulta poi difficile immaginare una clausola generale, così vaga come è l'articolo 37 *bis*, come una norma speciale. Si deve quindi concludere, in accordo con la dottrina<sup>167</sup> sopra citata, per l'irrilevanza dell'articolo 19 d.lgs. 74 del 2000 nel dibattito in questione.

Il cambio di rotta della sentenza 36859 del 2013, è stato molto apprezzato dai commentatori ed è arrivato proprio a ridosso della cosiddetta "Delega fiscale"<sup>168</sup>. La delega poneva come obiettivo al governo quello di unificare la disposizione anti elusiva a quella generale di abuso del diritto, ed eliminare tutte le incertezze

---

sentenza 34780 del 2006 della Cassazione conclude dicendo che si può invocare il principio di specialità dell'articolo 19, poiché l'articolo 4 riguarda la dichiarazione infedele che può essere integrata con numerosi tipi di condotta, invece l'articolo 37 *bis* del TUIR ne comprenderebbe solo una: quella elusiva, e in ciò starebbe la sua specialità.

<sup>166</sup> In senso contrario G.M. FLICK *Abuso del diritto ed elusione fiscale quale rilevanza penale in Giurisprudenza commerciale* 2011 p. 479 ss. Che sostiene che la stessa dottrina tributaria di allora non fosse riuscita a dare una qualificazione, illecita o meno, all'articolo 37 *bis*, ma che risulterebbe comunque complesso definirlo come illecito amministrativo. Conclude quindi per l'irrilevanza dell'articolo 19 del d.lgs. 74 del 2000 nella discussione sull'interesse penale per le condotte di elusione fiscale.

<sup>167</sup> G.M. FLICK *Abuso del diritto ed elusione fiscale quale rilevanza penale in Giurisprudenza commerciale* 2011 p. 479 ss. Si veda nota 149.

<sup>168</sup> Legge 11 Marzo 2014 n.23

interpretative del caso, anche riguardo al tema della rilevanza penale delle condotte elusive<sup>169</sup>.

Con queste premesse il d.lgs. 128 del 2015 ha introdotto l'articolo 10 *bis* nello Statuto del contribuente. Ai fini dell'argomento in discussione l'articolo prende una precisa posizione, infatti il comma 13 stabilisce che le operazioni abusive non danno luogo a fatti passibili di pena ai sensi delle leggi penali tributarie, ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie.

Questa scelta, quindi, assegna una importanza essenziale ai fini della disciplina penale alla differenza tra evasione ed elusione visto che ne è esclusa qualunque equiparazione sanzionatoria. Non va dimenticato che, di fronte ad una condotta che sia contraria ad una norma specifica, ci si troverà davanti ad un fenomeno evasivo; anche quando questa norma abbia una presunta finalità antielusiva.

In una delle prime pronunce sul tema dall'entrata in vigore della riforma la Corte di Cassazione<sup>170</sup> ha qualificato la nuova clausola anti abuso come residuale, anche per via della presenza del comma 12 che ne stabilisce l'operatività soltanto nel caso in cui non vi siano altre disposizioni tributarie specifiche che siano state violate. Ciò è però anche indicativo del fatto che nel caso di una norma violata, a prescindere dalla sua *ratio*, non si sarà più nell'alveo elusivo poiché verrebbe a mancare il rispetto formale della norma fiscale.

In conclusione quindi la nuova formulazione della clausola anti elusiva ha avuto il pregio, comunque la si pensi<sup>171</sup>, di prendere una posizione netta su un tema che aveva creato dubbi in giurisprudenza. La posizione, come visto, è quella di ritenere irrilevanti le condotte elusive ai fini penali. Questo però non impedisce di prevedere delle singole disposizioni con finalità antielusiva la cui violazione porti a responsabilità penale, poiché nel momento in cui si viola una disposizione specifica

---

<sup>169</sup> P.M. SABELLA *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2013 p 808.

<sup>170</sup> Cass. sez. III pen. n. 40272 del 2015; A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017 p. 273.

<sup>171</sup> La soluzione che qui si da è una soluzione di diritto positivo, la lettera del comma 13 non lascia nessuno spazio ad una rilevanza penale delle condotte di elusione. Ciò non toglie che però anche altre soluzioni sarebbero state possibili per il legislatore che ha preferito puntare, dal punto di vista penale, sulla previsione di singole norme con finalità antielusive la cui violazione porta a sanzioni penali.

si esce dai confini elusivi, che prevedono un formale ma non sostanziale rispetto della norma, e quindi vi può essere una sanzione penale in quanto, qualora ne ricorrano gli altri requisiti, evasione fiscale.

Infine l'ultimo comma dell'articolo 10 *bis* contiene un richiamo al d.lgs. 128/2015, quello che ha modificato la disciplina in questione, che subordina la propria efficacia temporale alla ricezione o meno dell'atto impositivo. In particolare l'ultimo comma dell'articolo 1 del d.lgs. 128 del 2015 stabilisce l'irretroattività degli effetti dell'articolo 10 *bis* salvo coloro che abbiano già ricevuto notifica dell'atto impositivo. Il limite alla retroattività è stato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità<sup>172</sup> come operante solo nella disciplina tributaria. Quindi nel diritto penale, a prescindere dall'ampio dibattito di cui si è dato conto prima sulla rilevanza penale dell'elusione, che perde quasi tutta la sua rilevanza con la novella del 2015, si dovrà procedere come in presenza di una *abolitio criminis* ai sensi dell'articolo 2 secondo comma del Codice Penale, trattandosi di una modifica di norme integratrici del precetto penale<sup>173</sup>.

## 2.8 Conclusioni.

L'elusione fiscale è, come si è visto in questo capitolo, un concetto molto problematico ai fini interpretativi nel diritto penale tributario.

La ragione è evidente, si tratta di una condotta che formalmente non viola nessun precetto normativo sostanziale, ma comunque porta ad un risultato ingiusto che deve essere neutralizzato. Si è scelto di combatterlo con la formula della clausola

---

<sup>172</sup> Cass. pen. n. 40272/2015; P.ALDROVANDI *Elusione fiscale e diritto penale* in *Diritto penale dell'economia* di A. Cadoppi, S.Canestrani, A. Manna, M. Papa, Milano, 2017 p. 662.

<sup>173</sup> P.ALDROVANDI *Elusione fiscale e diritto penale* in *Diritto penale dell'economia* di A. Cadoppi, S.Canestrani, A. Manna, M. Papa, Milano, 2017 p. 662.

generale<sup>174</sup> che oggi, dopo un lungo *iter* che ha interessato anche i più alti organi giudiziari italiani ed europei, è contenuta nell'articolo 10 *bis* protagonista di questo capitolo.

Come tutte le clausole generali, se vi si vuole trovare un difetto, ha una formulazione piuttosto ampia. I concetti di assenza di sostanza economica oppure di valide ragioni extra fiscali sono materia per interpreti; ma qui sta proprio la forza di questo articolo che senza il lavoro interpretativo risulterebbe eccessivamente restrittivo o, specularmente, depotenziato.

L'elusione fiscale quindi diventa un concetto chiave del diritto penale tributario e si colloca in una "terra di mezzo" tra l'evasione fiscale e il legittimo risparmio di imposta. L'evasione, anziché impedire che nasca il presupposto come nel caso elusivo, occulta un presupposto già completo in tutti i suoi elementi, inoltre essa rappresenta una violazione esplicita<sup>175</sup> della norma a differenza dell'elusione che come detto si limita ad un "aggiramento".

Il legittimo risparmio di imposta invece si caratterizza per essere un comportamento perfettamente lecito, poiché la possibilità di scelta del regime contributivo favorevole è data, al soggetto, esplicitamente dal legislatore.

L'elusione fiscale è stata normativamente equiparata, con la rubrica dell'articolo 10 *bis*, all'abuso del diritto. Molte e molto autorevoli, come visto<sup>176</sup>, sono le voci che ritengono questi concetti perfettamente coincidenti. In questi lavoro si preferisce però utilizzare il termine elusione fiscale in quanto, anche se probabilmente la condotta corrispondente ai due termini è identica, si preferisce considerare l'abuso del diritto come un grande contenitore, trasversale a tutte le discipline del diritto e concetto molto risalente, con all'interno le varie forme abusive che caratterizzano le

---

<sup>174</sup> Alla quale però si affiancano alcune norme anti elusive specifiche, come si potrà vedere nel prosieguo del lavoro in tema di transfer pricing.

<sup>175</sup> Il termine fa riferimento a A.GENTILINI *L'abuso del diritto come argomento*, in *Atti del convegno "l'abuso del diritto, storia e ambiti disciplinari"*, Milano 2010, p.316 ss. Qui l'autore immagina che per aversi l'abuso del diritto come un istituto, andrebbe immaginato il concetto di "stretto diritto", un diritto ancora più stringente della stessa lettera della norma, attinente alla *ratio* stessa. Questo "stretto diritto" deve essere violato quindi perché si abbia l'abuso.

<sup>176</sup> Paragrafo 2.6.

materie<sup>177</sup>. La forma che è stata scelta per la materia tributaria quindi dovrebbe essere quella dell'elusione fiscale e per questo si preferisce usare questo termine in quanto più specifico e appropriato.

Infine il tema della rilevanza penale dell'elusione oggi non è più foriero di dibattito, grazie alla presa di posizione netta dell'articolo 10 *bis* che ne ha escluso esplicitamente rilievo penale. Ciò non impedisce però che singole norme, pur con astratta finalità anti elusiva<sup>178</sup>, possano prevedere sanzioni penali per specifiche condotte, come si vedrà sicuramente nel prosieguo della trattazione.

---

<sup>177</sup> Si è fatto l'esempio di atti emulativi nel diritto civile oppure le numerose norme del diritto bancario.

<sup>178</sup> Problematico in realtà affidare ad una norma una finalità che combatta un comportamento che sia rispettoso della norma, nel momento in cui una norma ne codifica la condotta quel comportamento smette di essere elusivo, e fuoriesce dall'ambito dell'articolo 10 *bis*



## CAPITOLO III

### UTILIZZO ELUSIVO E FRAUDOLENTO DELLE SOCIETA' DI COMODO.

**Sommario:** 3.1 Premessa. 3.2 Le frodi carosello: schema della frode e meccanismo dell'IVA intracomunitaria che la rende possibile. 3.2.1 Il primo fornitore anche detto *conduit company* e la sua eventuale partecipazione consapevole alla frode. 3.2.2 La società cartiera: l'elemento fittizio all'interno del carosello. 3.2.3 Le eventuali società filtro e i reati non tributari commessi dall'intera catena. 3.2.4 Il rivenditore: l'ultimo approdo dei beni oggetto di frode, e in alcuni casi la società da cui riparte il carosello. 3.3 Conseguenze tributarie per i partecipanti alla frode carosello, e le condizioni alle quali è possibile la detrazione dell'IVA versata per gli attori non consapevoli del carosello. 3.4 L'onere della prova nella frode carosello: le difficoltà probatorie riscontrate nella pratica, e la possibile soluzione con l'applicazione dell'articolo 3 del d.lgs. 74 del 2000. 3.5 Mezzi di contrasto alle frodi IVA e gli interventi del legislatore sui beni più utilizzati nelle frodi. 3.6 Le bare fiscali e la disciplina del riporto delle perdite di periodo nel diritto tributario. 3.7 La finalità anti elusiva della disciplina di prevenzione delle bare fiscali e test di vitalità per la società fittizia. 3.8 La rilevanza dei reati tributari ai fini della responsabilità degli enti del d.lgs. 231 del 2001: i tentativi della corte costituzionale e le prospettive di riforma ai sensi della Direttiva PIF. 3.9 Conclusioni.

### **3.1 Premessa.**

In questo e nel successivo capitolo si tratterà, senza pretesa di esaustività, di alcune possibili condotte fraudolente ed elusive che abbiano al proprio interno l'utilizzo di una società di comodo.

Si tratta della celebre "frode carosello" che ha il fine di evadere l'Imposta sul Valore Aggiunto tramite una serie di operazioni che, si vedrà, sfruttano il meccanismo dell'IVA intracomunitaria.

La seconda fattispecie di cui si tratterà è quella delle cosiddette "bare fiscali", delle società fittizie che risultano in perdita e consentono ad una eventuale società acquirente e incorporante di detrarre le perdite di questa bara fiscale, diminuendo così in maniera elusiva la base imponibile di periodo.

In queste operazioni si potrà apprezzare come sia possibile utilizzare le società di comodo in una vera e propria frode come il carosello IVA, oppure in un meccanismo elusivo come il riporto delle perdite dopo una fusione con una bara fiscale.

Inoltre trattandosi di reati prevalentemente commessi con il mezzo societario, viene in rilievo la nuova disciplina sulla responsabilità degli enti del d.lgs. 231 del 2001. Per i reati tributari per la verità questo d.lgs. è praticamente irrilevante poiché questo tipo di fattispecie non sono compresi nell'elenco che determina l'ambito di applicazione del d.lgs.

### **3.2 Le frodi carosello: schema della frode e meccanismo dell'IVA intracomunitaria che la rende possibile.**

La frode carosello sta avendo una massiccia diffusione nel mondo della criminalità. Questa frode mira ad evadere l'Imposta sul Valore Aggiunto tramite una serie di operazioni che conducono ad un risparmio fraudolento. In particolare tutto comincia con una società che effettua una cessione di beni intracomunitaria, questa società avrà il ruolo di *conduit company*<sup>1</sup>. Nello schema della frode la cessione viene fatta ad una società "cartiera", cioè una società che non svolge alcuna reale attività di impresa e che acquista i beni senza il pagamento IVA. La cartiera poi la rivende ad una terza società, che sarà la cosiddetta società "rivenditrice", e che pagherà l'IVA alla società cartiera che quindi acquista senza IVA ma rivende<sup>2</sup> applicando l'imposta, imposta che però non trasferirà mai al fisco. Il danno è duplice poiché la società filtro avrà anche la possibilità di detrarre l'IVA pagata alla cartiera<sup>3</sup>.

Nel caso in cui la società che dà il via alla catena e quella che poi dovrebbe essere la società posta al termine di essa siano entrambe italiane, occorrerà inserire almeno due società cartiere per far sì che possa avvenire il carosello fraudolento. Infatti bisognerà collocare una cartiera all'estero ed una Italia per riprodurre lo schema dello scambio intracomunitario con annessa evasione IVA<sup>4</sup>.

Ovviamente vi è la possibilità, e spesso nella pratica ciò succede, di inserire tra la società cartiera e la società rivenditrice una serie di società cosiddette *buffer* che, a volte ignare di essere al centro di un meccanismo fraudolento, comprano e rivendono anche essi la merce con un margine di guadagno fino ad arrivare alla sua destinazione finale.

La frode è denominata "carosello" poiché in molti casi si tratta di un circolo chiuso, vale a dire che la società rivenditrice, o comunque la società che per ultima verrà in

---

<sup>1</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p.267 ss.

<sup>2</sup> In particolare F. ANTONACCHIO "Frodi carosello" IVA: le recenti evoluzioni e i nuovi indirizzi della giurisprudenza in *Il Fisco* 2013. La definisce come una filiera commerciale in cui è essenziale l'interposizione della cartiera. G DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 607.

<sup>3</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p.268.

<sup>4</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p. 486 ss.

possesso dei beni, non li rivenderà ad un consumatore finale immettendoli nel mercato, ma li rivenderà nuovamente al primo fornitore, cioè la medesima *conduit company* che aveva per prima innescato il meccanismo<sup>5</sup>.

La frode così congegnata oltre a mettere in pericolo valori prettamente nazionali, come l'integrale percezione dei tributi o la tutela della concorrenza del mercato<sup>6</sup>, rischia di mettere in pericolo anche interessi finanziari dell'Unione Europea visto che una parte del gettito IVA degli stati membri è destinata al bilancio europeo<sup>7</sup>. Anche per questi motivi ovviamente l'Unione Europea ha sempre trattato il tema delle frodi IVA, dedicandogli peculiari disposizioni<sup>8</sup>.

Il meccanismo che a monte "consente" l'avvenire di queste condotte è quello del trattamento ai fini IVA degli scambi intracomunitari. Come ben si sa l'IVA è un caso di imposta armonizzata, è presente quindi in tutti gli stati dell'Unione Europea. Per le operazioni cosiddette intracomunitarie vi è una particolare procedura per l'applicazione dell'imposta. Si basa tutto sul principio di territorialità, occorre cioè stabilire dove avvengono le prestazioni di servizi o le cessioni di beni, in quel luogo andrà applicata l'imposta, con possibili eccezioni, e negli altri luoghi coinvolti opereranno dei meccanismi di neutralizzazione dell'IVA.

La collocazione territoriale opera diversamente a seconda che vi sia una cessione di beni o una prestazione di servizi. Nel caso della cessione di beni occorrerà vedere il luogo in cui si trova il bene al momento della cessione; nel caso di prestazioni di

---

<sup>5</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 268.

<sup>6</sup> Anche se per la verità questi beni giuridici tutelati sono suscettibili di riverberarsi all'intera Unione Europea, visto che la percezione riguarda un tributo armonizzato e la concorrenza è un valore tutelato a livello europeo anche grazie alle competenze che i trattati fondamentali dell'Unione assegnano alla Commissione europea in materia.

<sup>7</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 606.

<sup>8</sup> Come ad esempio la "Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle comunità europee" che è un atto del Consiglio del 26 luglio del 1995 e che auspicava una armonizzazione forte delle disposizioni incriminatrici volte al contrasto delle frodi, che fossero lesive degli interessi economici dell'Unione. G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 606.

servizi bisognerà fare una ulteriore distinzione tra il servizio reso dal prestatore ad un soggetto passivo IVA<sup>9</sup> e il servizio reso ad un consumatore finale<sup>10</sup>, nel caso di un rapporto tra soggetti passivi IVA la prestazione si considererà effettuato nel territorio del committente, nel caso in cui invece questo committente sia un privato la prestazione di servizi si considererà effettuata nel territorio di residenza del soggetto che presta il servizio<sup>11</sup>.

Per le cessioni o prestazioni che avvengono all'interno dell'Unione Europea opera un meccanismo di raccordo. Innanzitutto va precisato che le operazioni intracomunitarie non sono considerabili esportazioni o importazioni in senso tecnico poiché sono soggette al medesimo regime<sup>12</sup>.

Per le operazioni all'interno dell'Unione non rileva la differenza tra prestazione di servizi o cessione di beni, bensì rileva solamente la qualifica del compratore o committente. Nel caso in cui esso sia un soggetto passivo IVA la tassazione avverrà nel paese di destinazione del bene o del servizio. La procedura con la quale questa scelta viene realizzata è quella di far iscrivere i soggetti che svolgono operazioni intracomunitarie in un apposito elenco dell'archivio VIES<sup>13</sup>, il cessionario soggetto

---

<sup>9</sup> Sembra utile, ai fini del prosieguo del discorso, precisare chi possiede la qualifica di soggetto passivo dell'Imposta sul Valore Aggiunto. L'imposta ha come soggetti passivi coloro che svolgono una attività di impresa o una arte o una professione, per le operazioni che riguardino le cessioni di beni o le prestazioni di servizi. In particolare il TUIR all'articolo 4 stabilisce che si intende per attività di impresa, ai fini IVA, l'esercizio per professione abituale anche se non esclusiva di una attività commerciale o agricola tra quelle degli articoli 2135 e 2195 del Codice Civile. Inoltre rientra nella categoria anche chi esercita una attività non ricompresa negli articoli a patto che lo faccia con una organizzazione in forma di impresa, requisito non richiesto per le attività rientranti nell'elencazione. Per quanto riguarda l'esercizio di arte o professione l'articolo 5 del TUIR la definisce come l'esercizio abituale anche se non esclusivo di qualunque forma di lavoro autonomo. L'attività deve essere quindi svolta in condizioni di autonomia senza che vi siano degli elementi di subordinazione e deve essere svolta in condizioni di assenza di imprenditorialità F. Tesauro *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 224 ss.

<sup>10</sup> Categorie cosiddette *business to business* e *business to consumer*.

<sup>11</sup> G.MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016, p 81.

<sup>12</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 257.

<sup>13</sup> Al secolo archivio VAT cioè *information exchange system*. È possibile fare richiesta per essere inseriti nell'archivio anche contestualmente alla dichiarazione di inizio attività, oppure con le modalità

passivo sarà obbligato a verificare l'effettiva presenza del cedente in questo archivio. Lo stesso dovrà fare il cedente con il cessionario. Verificata questa presenza il cedente sarà legittimato ad emettere fattura senza addebito di imposta. Il cessionario, una volta ricevuta la fattura, dovrà integrarla con l'aliquota e l'imposta; la fattura così modificata dovrà essere registrata sia nel registro vendite sia nel registro acquisiti in maniera tale da neutralizzare l'IVA<sup>14</sup>. Infatti così facendo sorgerà, per il soggetto passivo, nei confronti del fisco allo stesso tempo un debito ma anche un credito, ciò poiché di fatto egli non avrà versato l'imposta, è una procedura che serve solamente a mantenere formalmente attivo il rapporto tra rivalsa e detrazione fondamentale per il funzionamento del tributo<sup>15</sup>.

Le cose cambiano quando la cessione di beni o prestazione di servizi è effettuata nei confronti di un consumatore finale. In questo caso l'operazione sarà imponibile nel territorio del cedente o del prestatore. Si assicura con questo meccanismo la più ampia libertà possibile ai cittadini consumatori dell'Unione Europea, i quali possono trasportare liberamente i beni acquistati all'interno dello spazio comunitario avendo già assolto l'imposta nel paese d'origine.

### **3.2.1 Il primo fornitore anche detto *conduit company* e la sua eventuale partecipazione consapevole alla frode.**

Il primo fornitore ha una enorme rilevanza nel meccanismo del carousel IVA poiché è da questo ente che parte tutto, e in alcuni casi finisce tutto.

---

stabilite ai commi 2-bis e 3 dell'articolo 3 del Dpr 322/1998, si può recedere in qualunque momento. [www.agenziaentrate.gov.it](http://www.agenziaentrate.gov.it).

<sup>14</sup> Anche se per la verità la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel caso *Ecotrade* dell'8 maggio del 2008, l'inosservanza di tali formalità non farebbe perdere il diritto alla detrazione F. Tesaurò *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 258.

<sup>15</sup> F. TESAURÒ *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 258.

La sua condotta è molto semplice, essendo un soggetto residente in uno stato estero, ma interno all'unione europea, questa società può effettuare cessioni di beni senza applicazione dell'imposta, ciò a patto di essere inserita nell'archivio VIES di cui si è già spiegata l'utilità.

Questa condotta è di per se una condotta normale e lecita ma va valutata all'interno della frode.

Vi possono essere più ipotesi di responsabilità per l'imprenditore o l'amministratore<sup>16</sup> del primo fornitore. Innanzitutto l'ipotesi in cui vi sia una completa conoscenza e adesione alla frode descritta, in quel caso risponderà con il normale istituto del concorso di persone con tutti i presupposti necessari per l'operare di questa estensione di responsabilità penale. I reati di cui può rispondere in concorso con gli altri operatori della frode sono quelli previsti dall'articolo 2<sup>17</sup> e 8<sup>18</sup> del d.lgs. 74 del 2000<sup>19</sup>.

La condotta del primo fornitore comunitario si sostanzia nell'emettere una fattura soggettivamente falsa ma oggettivamente esistente. Questo perché l'operazione in sé avviene, viene pagato il corrispettivo e vi è la cessione, ma il fatto che questa cessione sia diretta non alla società cartiera ma alla società rivenditrice o alla società filtro qualora ve ne siano<sup>20</sup>.

Quindi si avrà una fattura per una operazione avvenuta, ma con l'indicazione non veritiera di un destinatario diverso da quello che realmente riceverà i beni. Bisognerà

---

<sup>16</sup> Non si può parlare di responsabilità diretta della società ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 per tutti i motivi sopra già discussi, fondamentalmente la lacuna della norma che non prevede tra i reati presupposto quelli tributari non è colmabile senza intervento legislativo.

<sup>17</sup> L'articolo 2 del d.lgs. 74 del 2000 punisce la condotta di chi, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi passivi fittizi. Queste fatture false devono però essere inserite in scritture contabili obbligatorie o detenute come prova dall'Amministrazione finanziaria, in quel caso ci sarà la consumazione del reato.

<sup>18</sup> L'articolo 8 del d.lgs. 74 del 2000 punisce la condotta di chi al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

<sup>19</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 495.

<sup>20</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 489.

quindi confrontare la dichiarazione del destinatario in fattura con la reale e materiale dei beni oggetto di vendita.

La conseguenza che può certamente scaturire da questa condotta è quella dell'applicazione dell'articolo 8 del d.lgs. 74 del 2000 che punisce coloro che emettono fatture false al fine di consentire a terzi di evadere l'imposta. Sarebbe anche integrato l'elemento soggettivo richiesto dalla norma<sup>21</sup> visto che, essendo a conoscenza del carousel, la sua emissione di fattura falsa è prodromica al meccanismo che si instaurerà, e quindi è integrato il fine di favorire l'evasione di terzi. Non è quindi la sua fattura ad integrare direttamente la violazione dell'articolo 8 ma è un antecedente necessario per gli altri partecipanti al carousel.

Non bisogna però trascurare una ulteriore ipotesi, vale a dire la considerazione che il primo fornitore potrebbe in rari casi non essere a conoscenza della frode che sta avvenendo intorno a lui. Ciò potrebbe avvenire molto più facilmente nei casi in cui si stia partecipando al cosiddetto carousel "improprio" cioè quello che non dà luogo al circuito "carosellesco" e che quindi gira su se stesso, ma alla semplice frode che procede in linea retta fino all'immissione dei beni sul mercato. Per la verità anche nel carousel in senso stretto potrebbe verificarsi una situazione di non compartecipazione del primo fornitore poiché esso sarebbe, dopo il completamento di un primo giro, parificato alla posizione delle società filtro che si vedrà più avanti<sup>22</sup>.

In conclusione la compartecipazione del soggetto andrà valutata con gli ordinari criteri dell'elemento soggettivo nel diritto penale. Premesso che la punizione a titolo di colpa non è prevista da questo tipo di reato, tutt'al più si potrà configurare, nel caso del fornitore che non fa parte della frode, una posizione di dolo eventuale. Il noto criterio dell'accettazione del rischio qui sarebbe sicuramente più agevole da configurare nell'ipotesi di carousel vero e proprio visto che si potrebbe rimproverare al soggetto di avere accettato il rischio di partecipare ad una frode IVA. Considerando che poi nella pratica del carousel in senso stretto si tratterebbe per il

---

<sup>21</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 490.

<sup>22</sup> Paragrafo 3.5

fornitore solamente di comprare e vendere con buoni guadagni, in un tempo molto stringato, dei beni sospetti<sup>23</sup>.

Quasi impossibile configurare il dolo eventuale nel carousel improprio, visto che qui la condotta del primo fornitore si limiterà ad una cessione intracomunitaria, di certo non si può chiedere ad una società di indagare su ogni cessione di beni che fa nella sua attività tipica di impresa.

### **3.2.2 La società cartiera: l'elemento fittizio all'interno del carousel.**

La società cosiddetta "cartiera" svolge un ruolo essenziale in quanto consente di mantenere la regolarità formale delle operazioni in capo al venditore e al reale acquirente.

Infatti la società cartiera è una società fittizia, che non opera alcuna attività reale di impresa bensì si limita a produrre delle "carte", vale a dire delle fatture false; da qui il nome di cartiera.

Come già detto questa società riceve i beni dal primo fornitore e immediatamente li rivende ad un'altra società che potrebbe anche essere il rivenditore finale ma solitamente data la complessità dello schema è una delle società filtro del carousel. I beni in questione spesso non sono mai nella materiale disponibilità della società cartiera poiché transitano direttamente verso l'effettivo rivenditore<sup>24</sup>.

La cartiere ha caratteristiche improntate al suo utilizzo tipico, in sostanza essa ha una vita molto breve in quanto, dopo le operazioni fraudolente all'interno del carousel, deve sparire senza produrre alcun tipo di dichiarazione. Infatti spesso ai vertici di queste società troviamo dei "prestanome". Solitamente questa "carica" è ricoperta da persone fisiche nullatenenti le quali sono così esposte alle conseguenze penali del comportamento fraudolento. Inoltre queste società sono caratterizzate dall'aver,

---

<sup>23</sup> Si vedrà di che beni si tratta e perché. Paragrafo 3.9

<sup>24</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 489.

nonostante la loro natura di società di capitali, una forte sottocapitalizzazione, e la loro attività consiste prevalentemente in operazioni intracomunitarie con acquisti e vendite ingenti in tempi brevissimi<sup>25</sup>. Alla sua ridotta capacità finanziaria si affianca la totale assenza di beni aziendali strumentali o comunque l'assenza di locali idonei ad esercitare l'attività di impresa; ovviamente il personale dipendente è ridotto al minimo quando non è assente del tutto. Questi "indicatori fattuali" sono stati utilizzati dalla Giurisprudenza<sup>26</sup> per dimostrare l'inesistenza delle operazioni del carousel, e per dimostrare la qualifica di cartiera della società interposta. In particolare ne sono stati individuati alcuni in maniera più specifica come:

- Il fatto che i conti correnti della società cartiera siano gestiti da rappresentanti delle altre società del carousel<sup>27</sup>.
- Il fatto che il passaggio della merce avvenga dall'estero senza un fase di possesso della società cartiera ma direttamente all'acquirente effettivo<sup>28</sup>.
- Il fatto che le società cartiere fossero agevolmente riconducibili agli stessi soggetti ai quali si potevano ricondurre le società acquirenti<sup>29</sup> o venditrici<sup>30</sup>.
- Il fatto che la società interposta abbia avuto una brevissima durata e sia stata rapidamente messa in liquidazione, solitamente tutto ciò avviene in meno di

---

<sup>25</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 608 ss.

<sup>26</sup> Cass. 2697/2011 che offre un elenco degli elementi indicativi di cui tenere conto per valutare la fittizietà del soggetto cartiere. In particolare andrà valutato: se il volume d'affari della società sia costituito in via pressoché esclusiva dalle vendite alla società rivenditrice finale; se i pagamenti della cartiera sono effettuati con fondi anticipati dalle altre società del carousel; se la merce non transita dalla cartiera ma è ritirata dal rivenditore direttamente dal primo fornitore; l'assenza di una struttura societaria , ancorché minimale, idonea per il volume d'affari della società, risultante dalle scritture contabili. G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 609.

<sup>27</sup> Cass. n. 38652/2002 G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 500.

<sup>28</sup> Cass. 2210/2016 G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 500.

<sup>29</sup> Cass. 1427/2006 G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 500.

<sup>30</sup> Trib. Lecce ord. N. 45 del 13 Giugno del 2001 in *Fisco 2002*, 293. G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 500.

un anno. Periodo nel quale non è stata versata alcuna imposta, e periodo nel quale la società ha operato non in criteri di economicità e in contrasto con i principi economici di gestione di impresa<sup>31</sup>.

- Il fatto che il soggetto interposto non avesse una sede operativa e dei recapiti fissi, che nell'effettuare gli acquisti si avvalesses di somme messegli a disposizione da altri soggetti in particolare l'acquirente effettivo; che nel rivendere i prodotti non abbia applicato il dovuto ricarico, considerando che avrebbe dovuto in teoria versarne una parte come IVA; che non abbia mai fisicamente ricevuto i prodotti oggetto dell'operazione e che abbia avuto vita solamente per il periodo delle fatture false<sup>32</sup>.
- La consegna della merce sia stata effettuata all'acquirente da parte di soggetti non riconducibili alla società presunta cartiera<sup>33</sup>.

Il suo comportamento ha una serie di conseguenze penali. Innanzitutto nel caso vi siano degli amministratori di fatto<sup>34</sup> ad essi si potranno certamente estendere le responsabilità penali del comportamento societario. Questo è un principio pacificamente accettato in giurisprudenza<sup>35</sup>, non pare potersi ricondurre all'articolo 2639 del Codice Civile<sup>36</sup>, che estende la responsabilità penale esplicitamente solamente per i reati societari previsti dal Codice Civile poiché utilizzarlo per i reati tributari si tradurrebbe in una analogia *in malam partem*. Il principio espresso da questo articolo era però già utilizzato dalla maggioranza della giurisprudenza, prima dell'introduzione del 2639 c.c., con i tradizionali istituti dell'addebito di

---

<sup>31</sup> Comm. Trib. Reg. Lombardia sez. XXVIII 22 maggio del 2006 n. 24 in *Giustizia Tributaria* 2007, G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 500.

<sup>32</sup> Cass. n. 36394/2011 G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 500.

<sup>33</sup> Cass. n. 42994/2015 G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 500.

<sup>34</sup> Cosa frequente quando vi sono coinvolte le cosiddette "teste di legno".

<sup>35</sup> Il dibattito sull'ambito di applicazione del 2639 c.c. è tutt'ora aperto, c'è chi ritiene che la scelta legislativa di prevederlo solo nei reati societari nasconda la volontà di limitarlo solo ad essi, e c'è invece chi ritiene si debba applicare una interpretazione estensiva poiché l'articolo si limitava a codificare un principio già esistente e quindi la sua portata sia più ampia. N. MAZZACUVA, E. AMATI *Diritto penale dell'economia* Milano 2018, p.9.

<sup>36</sup> L'articolo, per quello che qui interessa, prevede che ai fini dei reati societari del Codice civile la responsabilità penale degli organi direttivi sia estesa anche a colui che svolga in maniera continuativa e significativa i poteri che spetterebbero al titolare della funzione in questione.

responsabilità. Il fatto che il legislatore abbia previsto e circoscritto così questo articolo, non ha comunque frenato i giudici che, nei settori in cui non vi è spazio per l'applicazione della norma, continuano a seguire il risalente principio di emanazione giurisprudenziale<sup>37</sup>.

Vi sono dei reati tributari che possono essere contestati ai vertici delle società cartiere. In particolare condotta di quest'ultima consiste nell'emettere una fattura per una operazione che si può considerare inesistente anche oggettivamente<sup>38</sup> poiché rappresenta una transazione mai avvenuta tra i due soggetti visto che la cartiera è solamente uno schermo interposto tra il reale cedente e il reale acquirente vale a dire primo fornitore e rivenditore finale.

Da questi elementi si può desumere che la condotta tenuta dalla cartiera corrisponda a quella sanzionata dall'articolo 8 del d.lgs. 74 del 2000<sup>39</sup>, cioè la produzione di fatture false ai fini di consentire a terzi di evadere le imposte, in questo caso si consente a colui che riceve la merce di dedurre un costo IVA che non ha effettivamente sostenuto<sup>40</sup>.

Per la cartiera non sembra infatti potersi configurare una condotta di rilevanza per l'articolo 2 del d.lgs. 74 del 2000. Questo articolo, come visto, punisce chi evada le imposte con la produzione di fatture false o altri documenti che attestino operazioni inesistenti. In questo caso non pare esserci il dolo richiesto dalla norma, che è quello di evadere l'imposta, poiché l'operazione di fatturazione falsa risulta poi diretta a far evadere l'imposta ad un terzo, in questo caso il rivenditore finale. Anzi dall'operazione la società cartiera ne ricava un danno poiché diventa debitrice

---

<sup>37</sup> In particolare in una sentenza che riguardava l'ambito fallimentare, Cass. 36630/2003, la Suprema Corte sostenne di fatto l'irrelevanza del dibattito in corso tra tesi estensiva e tesi restrittiva poiché stabili che anche qualora prevalesse la tesi restrittiva si dovrebbe continuare ad applicare la regola proveniente dalla giurisprudenza che di fatto era molto simile a quella di produzione legislativa. N. MAZZACUVA, E. AMATI *Diritto penale dell'economia* Milano 2018, p. 10.

<sup>38</sup> G. Soana *I reati tributari*, Milano, 2018 p 491.

<sup>39</sup> Cass. n. 36394/2011. La Corte qui sostiene che l'immediato rilesso penale della vicenda è l'emissione di fatture destinate a far evadere un terzo. G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 610.

<sup>40</sup> Cass. sez V n. 3257 del 30/01/2007. G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 492.

d'imposta per un corrispettivo IVA che non ha mai ricevuto<sup>41</sup>. Inoltre manca l'elemento dal quale scaturisce la consumazione del reato in questione, poiché l'articolo 2 richiede che la falsa fattura sia inserita in una dichiarazione rilevante per l'Amministrazione finanziaria, ma come ben sappiamo nella prassi spesso la società in questione non presenta alcuna dichiarazione e sparisce senza lasciare tracce<sup>42</sup>.

Oltre all'articolo 8 riguardante la condotta di fatturazione falsa, i rischi per la società cartiera non finiscono qui. Dopo aver effettuato questa operazione lo schema della frode prevede che la società non versi mai l'IVA, che dovrebbe aver ricevuto dal rivenditore finale. Questo integra due diverse condotte penalmente sanzionate a seconda se la società cartiera presenti dichiarazione oppure no. Nel caso, molto più frequente come detto, in cui la cartiera non presenti dichiarazione allora risponderà molto probabilmente delle conseguenze previste dall'articolo 5 del d.lgs. 74 del 2000<sup>43</sup>. Ciò a patto che la quantità di imposta dovuta superi la soglia prevista dalla norma.

Qualora la cartiera presenti una dichiarazione ai fini IVA allora il mancato versamento connesso alla dichiarazione porterà all'applicazione dell'articolo 10 *ter*<sup>44</sup> del d.lgs. 74 del 2000<sup>45</sup>, sempre che anche in questo caso siano integrate le soglie quantitative necessarie<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 490.

<sup>42</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 490.

<sup>43</sup> L'articolo in questione prevede sanzioni penali per chi, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila. L'articolo prosegue poi parificando questa condotta a quella del sostituto di imposta che non presenta l'apposita dichiarazione. Infine prevede che la dichiarazione per considerarsi omessa non deve pervenire entro il novantesimo giorno dalla scadenza, oppure quella che non rispetti delle formalità minime o non sia sottoscritta.

<sup>44</sup> L'articolo citato riguarda espressamente l'IVA e punisce la condotta di colui che non versa, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta.

<sup>45</sup> Questo articolo è stato inserito dall'articolo 35 comma 7 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 il cosiddetto decreto Bersani, il quale ha previsto per la prima volta una sanzione penale per il mancato versamento dell'IVA, l'articolo 10 *ter* punisce il mero inadempimento senza richiedere nessun tipo di dolo

Si deve far notare che, anche nel caso di emissione di fattura falsa, l'articolo 21 comma 7 del d.p.r. 633 del 1972 prevede, con chiaro intento sanzionatorio, che vada versata l'imposta derivante dalla fattura in questione, quindi emergeranno probabilmente altre condotte di mancato versamento IVA<sup>47</sup>.

L'attitudine a commettere reati della società cartiera va però oltre la disciplina del diritto penale tributario, infatti vi sono altri profili di possibili crimini commessi dalle società cartiere.

Innanzitutto il pericolo è che si commetta una bancarotta fraudolenta per distrazione<sup>48</sup>, visto che la cartiera per definizione arriverà ad accumulare ingenti debiti erariali, e trattandosi di società inconsistenti patrimonialmente, si potrebbe arrivare ad una istanza di fallimento<sup>49</sup>. Considerando anche il fatto che anche il

---

specifico, l'interesse tutelato è quello della celere riscossione delle imposte. La fattispecie prevede che vi sia stata una dichiarazione annuale da parte del contribuente ma che manchi il versamento, per questo motivo non potrà mai entrare in contrapposizione con l'articolo 5 del d.lgs. 74 del 2000 che invece presuppone l'assenza della dichiarazione. Sorse però un problema riguardante le soglie di punibilità, poiché erano previste due soglie diverse e il risultato era che alcune condotte, quelle che si traducevano in un'imposta dovuta tra 50.000 Euro e 77.468,53 Euro, erano punite penalmente soltanto in caso di presentazione della dichiarazione, ciò era paradossale poiché è maggiormente grave una condotta nella quale non si presenta neanche la dichiarazione di una nella quale manca solamente il versamento dell'imposta. La riforma del 2015 ha risolto la situazione alzando le soglie. G. CHECCACCI *I reati con condotta di omesso adempimento all'obbligo tributario*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 755 ss.

<sup>46</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 493.

<sup>47</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 492.

<sup>48</sup> La bancarotta per distrazione fa parte della categoria della Bancarotta fraudolenta patrimoniale dell'articolo 216 n. 1 della Legge Fallimentare. La condotta alla base consiste nel sottrarre una cosa alla funzione di garanzia patrimoniale dei creditori, si tratta di una condotta a forma libera e residuale rispetto a tutte le altre più specifiche menzionate nell'articolo. La corte di Cassazione nella sentenza 35591 del 2017 ha affermato che rientra nel concetto di distrazione anche ciò che non determina una fuoriuscita fisica del bene ma determina un vincolo per il patrimonio, ad esempio l'affitto d'azienda ad un canone irrisorio, la prestazione di fidejussioni anomale. N. MAZZACUVA, E. AMATI *Diritto penale dell'economia* Milano 2018, p. 181 ss.

<sup>49</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 497.

Pubblico Ministero può richiedere l'istanza di insolvenza e attivare la procedura di fallimento<sup>50</sup>.

Andrà ovviamente provata l'effettiva distrazione del rappresentante della cartiera, poiché vi potrebbe anche essere il caso in cui non vi sia stato da parte del rivenditore il pagamento del corrispettivo, in quel caso non si avrebbe una effettiva distrazione<sup>51</sup>.

### **3.2.3 Le eventuali società filtro e i reati non tributari commessi dall'intera catena.**

La semplice catena del carosello che va da primo fornitore, poi passa per la cartiera e finisce dal rivenditore finale, spesso nella prassi si arricchisce di ulteriori protagonisti.

Questi altri soggetti sono delle società filtro chiamate anche “*buffer*” che sono utilizzate fondamentalmente per diluire l'intero meccanismo, e ridurre la possibilità che dei controlli possano cogliere la connessione tra la cartiera e il rivenditore occultandone il legame<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Questa scelta è stata fatta nel 2006 in sede di riforma fallimentare quando è stato modificato l'articolo 6 della Legge Fallimentare, espungendo la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio da parte del tribunale ma assegnando questo nuovo potere al Pubblico Ministero che può quindi dare il via alla procedura concorsuale se ve ne saranno i requisiti. I limiti al potere del Pubblico Ministero sono esplicitati nell'articolo 7, in particolare quando lo stato di insolvenza risulti nel corso di un procedimento penale oppure dalla fuga o latitanza dell'imprenditore, da sottrazione di attivo dell'imprenditore, oppure infine se essa derivi da segnalazione e trasmissione di atti del giudice civile in un processo.

<sup>51</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 497.

<sup>52</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. “buffers” (o filtri) nelle “frodi carosello” in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 1 ss.

Inoltre lo scambio avviene a prezzi che sono idonei a danneggiare il mercato, e che si sostanziano di fatto in una concorrenza sleale a danno dei commercianti che hanno svolto la loro impresa in regola<sup>53</sup>.

La prima precisazione che va fatta è che queste società, solitamente, adempiono a tutti gli obblighi IVA ai quali sono soggette, per le operazioni facenti parte del carosello.

La loro condotta si sostanzia di fatto in delle semplici operazioni di acquisto e vendita in un arco temporale molto ristretto.

Dal punto di vista penale per la società filtro occorrerà fare un distinguo molto preciso, poiché spesso queste figure non sono a conoscenza della frode ma sono solamente società che, allettate dai facili guadagni derivanti dall'operazione così come congegnata, entrano nel carosello senza saperne la portata.

Qualora il *buffer* accetti dolosamente il suo ruolo di compartecipe della frode comprando e vendendo i prodotti ai prezzi concordati con la conseguenza ulteriore di alterare la regolarità della concorrenza nel mercato, concorrerà nella vicenda penale. In particolare in molti casi dalle Procure è stato contestato per tutti i partecipanti<sup>54</sup> il reato di associazione a delinquere ai sensi dell'articolo 416 del Codice Penale. Questa associazione era finalizzata a compiere una serie indeterminata di reati tributari<sup>55</sup>. È stato da alcuni osservato che la presenza dell'articolo 9<sup>56</sup> nel d.lgs. 74

---

<sup>53</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. "buffers" (o filtri) nelle "frodi carosello" in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 4.

<sup>54</sup> Ciò è quindi suscettibile di coinvolgere anche primo fornitore, società cartiera e rivenditore finale, poiché è ovviamente un reato a concorso necessario.

<sup>55</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. "buffers" (o filtri) nelle "frodi carosello" in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 5.

<sup>56</sup> Questo articolo esclude espressamente il concorso di persone, in deroga all'articolo 110 c.p., in due ipotesi: il concorso nell'articolo 2 e nell'articolo 8 del d.lgs. Qui il legislatore è probabilmente intervenuto per chiarire i possibili dubbi interpretativi visto che le due previsioni di reato sono autonome e speculari poiché se vi è chi crea fatture false per consentire l'evasione di un terzo, ai sensi dell'articolo 8, vi sarà certamente chi evaderà grazie a quelle fatture ai sensi dell'articolo 2. Le condotte quindi non potrebbero mai concorrere. Ovviamente per tutte le altre situazioni restano ferme le regole del concorso di persone nel reato di diritto penale, lo stesso vale anche nel caso sia un

del 2000 valesse anche ad escludere la possibilità dell'associazione a delinquere nei reati per i quali l'articolo esclude il concorso<sup>57</sup>; ma la Corte di Cassazione<sup>58</sup> ha ritenuto che l'articolo abbia il preciso ambito di operatività assegnatogli, cioè quella di impedire il concorso di persone, invece dietro all'associazione per delinquere non vi sarebbe il semplice accordo che si esaurisce con la commissione del reato, bensì una condotta con modalità peculiari e complesse<sup>59</sup>. In particolare questa fattispecie di reato è stata individuata per coloro che davano vita a numerose società cartiere dalla brevissima durata e realizzavano numerose frodi al fisco. Era così presente l'accordo criminoso per una serie di reati che è fondamentale nella commissione di questo reato<sup>60</sup>. Sarà ovviamente necessario provare la presenza in tutti gli associati, quindi anche nelle società filtro che spesso sono come detto inconsapevoli, della volontà di entrare a far parte dell'associazione condividendone lo scopo criminoso e accettando il programma delinquenziale di quest'ultima, quindi è necessaria una prova ulteriore alla semplice conoscenza da parte delle società coinvolte, ideatori esclusi ovviamente, del meccanismo duraturo e programmatico e non semplicemente della mera partecipazione alla frode. Questa contestazione è sicuramente la più grave in termini di pene edittali che può essere sollevata nell'ambito della frode carosello. Oltre a questa contestazione le società filtro possono essere accusate di concorso nei reati commessi dalle altre società partecipanti alla frode<sup>61</sup>.

---

soggetto terzo a concorrere nei due reati come ha stabilito la cassazione con la sentenza 35730 del 2011. Anche nel caso in cui lo stesso soggetto commetta entrambi i reati, per esempio agisca come amministratore dell'emittente e del ricevente della fattura falsa, l'articolo 9 non sarà idoneo ad escludere la commissione di entrambi i reati, così cass. 28979/2016 G. Soana *I reati tributari*, Milano, 2018 p 148 ss.

<sup>57</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 150.

<sup>58</sup> Cass. sez. III n. 34678/2005 G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 150.

<sup>59</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 150.

<sup>60</sup> Infatti per l'associazione a delinquere è necessario che vi sia un accordo di almeno 3 soggetti che in base ad un accordo preventivo, di carattere generico alla commissione di una serie di reati che non siano singolarmente individuati, altrimenti si rischia di rientrare nel concorso di persone nel reato. Serve poi una struttura organizzativa ancorché minima ma quantomeno duratura.

<sup>61</sup> Si tratta degli articoli 2,5,8, 10 *ter* del d.lgs. 74 del 2000 che possono variamente essere contestati in una frode carosello.

Altro tipo di reato contestabile alla società buffer ma anche agli altri partecipanti e ideatori della frode carosello è quello del “reato transnazionale”,<sup>62</sup> si tratta di quella previsione che punisce coloro che commettono, all’interno di un gruppo criminale, un reato che sia avvenuto in più stati oppure in uno stato ma con effetti sostanziali o una parte essenziale di esso in un altro stato, infine punisce anche quei reati commessi in un solo stato ma che siano opera di un gruppo che compia attività criminali sistematicamente in più stati.

Questo reato è quindi ipotizzabile nella frode in esame poiché per farla funzionare è necessario che alcuni componenti della frode si trovino in stati diversi per sfruttare il meccanismo comunitario di neutralizzazione dell’IVA, e inoltre viene integrato anche l’altro requisito richiesto per la punibilità poiché spesso non si tratta di un singolo accordo ma della creazione di un vincolo associativo vero e proprio tra i partecipanti, essendo possibili una serie indeterminata di frodi simili<sup>63</sup>.

Per considerare penalmente responsabili questo tipo di società bisognerà accertarne la compartecipazione nella frode. Infatti nella casistica delle operazioni carosello non è stato raro imbattersi in società che facevano da filtro, ma senza esserne a conoscenza. In alcuni casi si è tentato di dimostrare la conoscenza della società con la circostanza che la merce oggetto dell’operazione fosse venduta ancor prima di essere stata acquistata<sup>64</sup>, ma ciò non è del tutto infrequente nelle operazioni commerciali specie quelle di cd. *Trading*<sup>65</sup>. Inoltre dal prezzo non se ne può sempre ricavare un indizio, poiché le anomalie sul prezzo si devono verificare nelle

---

<sup>62</sup> Si sta parlando qui del reato previsto dalla legge 16 marzo 2006 n. 146 che ha previsto questa nuova fattispecie di reato, in recepimento di una convenzione ONU adottata dall’assemblea generale il 15 novembre del 2000 e il 31 maggio 2001, che prevede all’articolo 3 questa nuova fattispecie di reato. G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 498 ss.

<sup>63</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 498 ss. I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. “buffers” (o filtri) nelle “frodi carosello” in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 11.

<sup>64</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. “buffers” (o filtri) nelle “frodi carosello” in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 5.

<sup>65</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. “buffers” (o filtri) nelle “frodi carosello” in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 5.

operazioni in cui partecipino i protagonisti della frode, nulla vieta che le operazioni che riguardino le *buffer*, magari inconsapevoli, siano effettuate a dei prezzi di mercato<sup>66</sup>.

Come detto per gli altri protagonisti del carosello, che non ne siano gli ideatori, è difficile ipotizzare il dolo diretto. Sarà però possibile configurare un dolo eventuale anche perché non trattandosi di reati colposi quello è il minimo richiesto per la configurazione dell'elemento soggettivo necessario e sufficiente.

In particolare i sintomi dai quali si potrebbe desumere l'accettazione del rischio sono molteplici. Un imprenditore nell'esercizio di impresa non è certamente un uomo comune che non ha possibilità di cogliere alcuni segnali d'allarme. Nella casistica tipica della frode carosello l'imprenditore della società filtro, sempre ovviamente premesso che non sia tra gli ideatori della frode, si vedrà offrire una opportunità di guadagni facili, istantanei, e senza di fatto compiere alcuna attività poiché probabilmente la merce neanche transiterà per la società *buffer*, questo potrebbe quindi mettere in allarme l'imprenditore che però si potrà dire che accetta il rischio di essere parte di una frode IVA soltanto in presenza di segni chiari, concordanti e immediatamente riconoscibili; non potendo gravare la società filtro di un onere di controllo e intuizione, nei riguardi di una catena fraudolenta tenuta ovviamente riservata.

Se quindi alla luce di quanto detto risulta comunque difficile provare la realizzazione di questo elemento soggettivo per la responsabilità penale, ai fini della decisione sulla detraibilità dell'IVA delle operazioni incriminate bisognerà fare delle valutazioni leggermente diverse.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha spesso affrontato il problema della responsabilità tributaria<sup>67</sup> di ogni soggetto coinvolto nelle operazioni del carosello. In

---

<sup>66</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. "buffers" (o filtri) nelle "frodi carosello" in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 5.

<sup>67</sup> Non solo con il caso Halifax di cui si è già parlato ma anche con le sentenze C-354/03 C-355703 del caso "Optigen" e 384/04 del caso " Federation of technological industries" e C-409/04 del caso "Telos" I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. "buffers" (o filtri) nelle "frodi carosello" in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 8.

particolare la Corte ha collegato il diritto di detraibilità dell'IVA pagata alla conoscenza o concreta conoscibilità della frode in atto, i giudici comunitari hanno quindi dato peso al concetto di buona fede del contribuente consentendogli anche se parte di una frode di detrarre l'iva a credito. Nei fatti però poi la Corte ha spesso negato questa detrazione anche a coloro che avessero il dubbio di trovarsi all'interno di un carosello. Infatti nel caso "Axel Kittel"<sup>68</sup> si sostenne che anche il soggetto che avrebbe dovuto sapere che con il proprio acquisto sarebbe entrato nella catena della frode, perderà il diritto alla detrazione poiché considerabile come partecipante alla frode. I giudici non hanno però specificato analiticamente i caratteri di questa buona fede ma sembra poter essere uno di questi la richiesta di un prezzo anormale rispetto a quello di mercato, ma le sentenze si limitano a prevedere la necessità che gli imprenditori facciano ciò che ragionevolmente ci si può aspettare da loro per accertarsi di non essere parte di una frode.<sup>69</sup>

Anche la giustizia italiana con il suo organo di legittimità aderì a questa linea fondando la responsabilità tributaria anche su presunzioni di conoscenza della frode nei casi più evidenti<sup>70</sup>.

### **3.2.4 Il rivenditore: l'ultimo approdo dei beni oggetto di frode, e in alcuni casi la società da cui riparte il carosello.**

---

<sup>68</sup> Cause C-439/04 e C440/04 del 6 luglio del 2006. I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. "buffers" (o filtri) nelle "frodi carosello" in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 8.

<sup>69</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. "buffers" (o filtri) nelle "frodi carosello" in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 9.

<sup>70</sup> I. CARACCIOLI *La responsabilità penale dei cd. "buffers" (o filtri) nelle "frodi carosello" in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014 parte III p. 9.

L'ultimo anello della catena della frode carosello è la società rivenditrice, essa è l'ultima ricevente dei beni oggetto di frode e dovrà alternativamente, metterli sul mercato o venderli nuovamente al primo fornitore a seconda che si tratti di un carosello aperto o puro.

La ricezione dei beni può avvenire sia dalla stessa società cartiera o anche, più probabilmente, da uno dei filtri utilizzati nella frode.

Questa società è sempre a conoscenza della frode anzi ne è probabilmente l'ideatrice in quanto otterrà anche il fine secondario di immettere nel mercato, nel caso in cui il carosello non sia chiuso, beni con un prezzo predatorio<sup>71</sup> rispetto a quelli di mercato grazie proprio ai passaggi della catena del carosello, viene quindi in rilievo un ulteriore bene giuridico offeso dalla frode in questione, visto che i commercianti che svolgano questa attività senza godere dello "sconto" IVA non potranno mai competere con questo tipo di prezzi

Per quanto riguarda i reati non tributari contestabili a questo ente valgono grossomodo le considerazioni svolte in precedenza, sarà quindi possibile la contestazione dell'associazione per delinquere e del reato transnazionale, con tutti i limiti prima evidenziati.

Per quanto riguarda i reati tributari si può senza dubbio configurare il concorso della società rivenditrice nei reati commessi dagli altri partecipanti, sicuramente in quelli di omesso versamento specie nel caso, più che frequente, in cui l'imposta non versata sia spartita come "bottino" tra i compartecipi.

Dal punto di vista delle fatture non c'è una falsa fatturazione di rilievo penale della rivenditrice perché molto semplicemente non emette fattura essendo l'acquirente. Ciò non toglie che l'operazione messa in atto da quest'ultimo anello della catena possa essere soggettivamente falsa, nel caso in cui riceva e contragga effettivamente con il primo fornitore, essendo la cartiera interposta una mera finzione.

---

<sup>71</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 607.

### **3.3 Conseguenze tributarie per i partecipati alla frode carosello, e le condizioni alle quali è possibile la detrazione dell'IVA versata per gli attori non consapevoli del carosello.**

Come ben sappiamo la frode carosello è mirata ad omettere il versamento dell'IVA da parte della società cartiera e consentire la detrazione dell'iva pagata dal rivenditore per una cifra che rischia di non essere mai stata versata.

Nel caso quindi di inesistenza dell'operazione si pone il tema del destino dei costi e del loro rilievo tributario in particolare del credito IVA che assumono alcune delle società partecipanti al carosello a causa della frode.

I costi dell'operazione qualora siano stati effettivamente corrisposti saranno passibili di essere portati in deduzione<sup>72</sup>. Nel caso in cui si accerti l'inesistenza dell'operazione opererà l'articolo 8 del Decreto legge 16 del 2012 che al comma 2 prevede che ai fini delle imposte sui redditi non debbano concorrere alla deduzione quei costi che riguardino i beni e servizi che non siano stati effettivamente ceduti o prestati<sup>73</sup>. In questo modo si smette di far dipendere la deducibilità dei costi dalla presunta buona fede o meno del contribuente, ma adesso la si ancora a criteri oggettivi come l'esistenza o meno dell'operazione<sup>74</sup>. Si inserisce qui anche il tema riguardante la deducibilità dei costi derivanti da reato, perché per alcuni partecipanti della frode di reato si tratta. L'articolo 8 del Decreto legge 16 del 2012 prevede al comma 1 che non sono ammessi in deduzione i costi e le spese dei beni o delle prestazioni direttamente utilizzate per il compimento di delitti non colposi. Sembra

---

<sup>72</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 613.

<sup>73</sup> A. GIOVANNINI *Proventi e costi di reato in generale nel diritto tributario* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 943 ss.

<sup>74</sup> P. MASTELLONE *Aspetti procedurali e processuali della indeducibilità dei costi di reato* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 967 ss.

molto chiara come scelta e lo è, ma l'interrogativo si sposta sull'avverbio "direttamente" contenuto nel testo della legge. Ne discende quindi che i costi che siano utilizzati non direttamente per il compimento del delitto ma che poi conducano a quel risultato siano deducibili. Nel caso della frode in esame abbiamo una catena di operazioni le quali non tutte sono di per sé stesse direttamente collegate al delitto. Sono certamente collegate le operazioni intercorrenti tra la cartiera e il rivenditore finale, in quanto portano ai delitti di omesso versamento e false fatturazioni visti prima, quindi i costi riguardanti questo tipo di operazioni non potranno essere deducibili probabilmente anche nel caso in cui vi sia l'effettiva esistenza dell'operazione, e quindi non operi la regola del comma 2 dell'articolo 8. Più complessa la situazione delle operazioni riguardanti il primo fornitore o le società filtro, in questo caso fondamentale sarà la conoscenza e partecipazione di questi enti alla frode, in quanto qualora essa vi sia, si potrebbe considerare direttamente commissivo del reato l'intera catena delle operazioni in quanto destinata al medesimo disegno criminoso del gruppo di partecipanti. Ovviamente da escludere questa "sanzione"<sup>75</sup> nel caso in cui non vi sia la conoscenza di questi elementi e le operazioni siano state effettivamente effettuate. Infine occorre segnalare che la deducibilità dei costi per operazioni che si risolvano in un illecito potrebbe essere esclusa anche con una interpretazione restrittiva del principio di inerenza, in quanto si potrebbe sostenere che una attività illecita non possa considerarsi inerente all'impresa e che quindi non sia un costo fiscalmente deducibile<sup>76</sup>.

Passando invece al capitolo IVA esso è certamente molto più frequente ed importante nelle frodi carousel poiché è il fine dell'intera attività criminale.

---

<sup>75</sup> Si utilizza questo termine poiché è probabilmente il più adatto a definire questa previsione del legislatore, in quanto si ha difficoltà a rinvenire un maggior indice di capacità contributiva nel fatto che l'operazione in questione sia illecita. Quindi più probabilmente ha inciso una, comprensibile, voglia sanzionatoria del legislatore. Infatti è stato anche definito come "diritto vendicativo" A. GIOVANNINI *Proventi e costi di reato in generale nel diritto tributario* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 938.

<sup>76</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 617.

In questo caso la Giurisprudenza<sup>77</sup> è concorde nel sostenere che, la divergenza tra l'emittente della fattura e colui che effettivamente cede il bene o presta il servizio, è sufficiente ad escludere il diritto alla detrazione dell'IVA a credito<sup>78</sup>. Quindi automaticamente una sua indicazione nella dichiarazione annuale IVA, rischia di fondare le base per la contestazione penale dell'articolo 2 d.lgs. 74 del 2000.

Perciò la possibilità di detrazione è ammessa solamente nel caso si provi la non conoscenza o non conoscibilità dell'esistenza di una frode in atto<sup>79</sup>. Ovviamente andranno fatte tutte quelle valutazioni, di cui sopra, sulla possibile partecipazione o meno di ogni personaggio alla catena del carosello. In particolare la giurisprudenza nostrana<sup>80</sup> ha sostenuto che si vi è difformità tra la fattura emessa e l'operazione intercorsa, l'evasione si avrà per l'imposta relativa al rapporto realmente esistito tra le parti. Bisogna anche precisare che nel caso di fattura per operazione apparente il contribuente sarà comunque tenuto a versare l'imposta prevista in quella fattura. Nel caso invece in cui non vi sia una inesistenza della fattura, ma l'operazione sia effettivamente accaduto occorrerà, secondo i giudici<sup>81</sup>, che il contribuente non abbia la consapevolezza di avvantaggiarsi della frode danneggiando l'erario<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Cass. pen. sez. III n. 43393 del 15 Luglio 2015 in cui si sostiene che la detrazione dell'IVA non è permessa neanche nel caso di semplice falsità essenzialmente soggettiva ma non oggettiva dell'operazione, anche la semplice condotta colpevole impedisce la detrazione, non occorre il dolo. G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 595 ss.

<sup>78</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 613.

<sup>79</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 614.

<sup>80</sup> Cass. n. 15374 del 2002, F. TESAURO *Appunti sulle frodi carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1213 ss.

<sup>81</sup> Cass. n. 2237 del 2011, F. TESAURO *Appunti sulle frodi carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1213 ss.

<sup>82</sup> F. TESAURO *Appunti sulle frodi carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1213 ss.

### **3.4 L'onere della prova nella frode carosello: le difficoltà probatorie riscontrate nella pratica, e la possibile soluzione con l'applicazione dell'articolo 3 del d.lgs. 74 del 2000.**

Come già diffusamente detto, l'onere della prova è un qualcosa di molto delicato nella frode carosello, soprattutto per quelle figure che si collocano a margine e per le quali potrebbe esserci sia una complicità, sia una ignara assistenza agli ideatori della catena.

Nel caso della responsabilità penale il confine tra piena partecipazione ad una frode e mera responsabilità "oggettiva" è spesso sottile, trattandosi di delitti dolosi<sup>83</sup>, come già spiegato, non vi può essere un addebito basato su negligenza e disattenzione, in caso infatti della semplice intuizione della frode da parte del soggetto, non si avrebbe comunque una prova di compartecipazione<sup>84</sup>, anche se si potrebbe iniziare ad impostare su questo eventuale elemento un profilo di responsabilità basato sul dolo eventuale e sull'accettazione del rischio di fare parte di una frode. I mezzi per provare ciò saranno quindi quelli ordinari dei procedimenti penali.

Nella pratica dei processi penali, è stato quindi difficile provare la triangolazione dolosa, soprattutto nel caso in cui la cartiera non presenti tutti quei requisiti di cui fa uno la giurisprudenza per provarne la fittizietà<sup>85</sup>. Ancor più difficile se la cartiera abbia realmente avuto disponibilità della merce e la cessione sia intercorsa realmente tra cartiera e rivenditore, in quel caso per i delitti degli articoli 2 e 8 del d.lgs. 74 del 2000 occorrerà provare l'accordo a monte con ancora maggior forza. Occorrerà dimostrare che le trattative sono intercorse tra due soggetti diversi da quelli della

---

<sup>83</sup> Ancorché di dolo generico quindi sarà sufficiente la prova della coscienza e volontà di contribuire alla commissione dei fatti di reato A. MARCHESELLI *Frodi carosello e diritto penale tributario, tra equivoci giurisprudenziali e prospettive future* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1227 ss.

<sup>84</sup> A. MARCHESELLI *Frodi carosello e diritto penale tributario, tra equivoci giurisprudenziali e prospettive future* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1227 ss.

<sup>85</sup> Paragrafo 3.4

fattura altrimenti sembra difficile mettere in dubbio la realtà dell'operazione fatturata dalle società<sup>86</sup>.

Oltre ai già citati articoli 2 e 8 del d.lgs. 74 del 2000, ci sarebbe anche la possibilità per chi di dovere, di contestare agli autori della frode il reato residuale di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, contenuto all'articolo 3<sup>87</sup> del medesimo d.lgs.<sup>88</sup>

I rapporti tra l'articolo 2 e l'articolo 3 sono chiaramente di residualità come precisa lo stesso articolo 3 in apertura. Il discrimine che parrebbe emergere dalla lettera della norma sarebbe quello che nella condotta dell'articolo 2 si fa riferimento ai documenti tipici utilizzabili per il falso, invece l'articolo 3 a partire dalla sua rubrica parla di altri artifici<sup>89</sup>. Ciò comunque riduce di molto la portata applicativa di quest'ultimo. L'applicazione però di questo articolo sembrerebbe poter risolvere alcuni problemi di ordine probatorio, poiché darebbe la possibilità al giudice di valutare tutti quegli elementi, dal quale possa risultare che il soggetto ha partecipato ad una catena fittizia, che aveva il solo scopo di evadere l'imposta<sup>90</sup>, ecco qui gli artifici di cui

---

<sup>86</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 613.

<sup>87</sup> In particolare questo articolo prevede che sia punito colui che, fuori dai casi dell'articolo 2, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, compia operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero si avvalga di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, oppure indichi in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi o crediti e ritenute fittizi. L'articolo inserisce poi delle soglie di evasione di 30.000 Euro e che rappresenti il 5% degli elementi attivi. Il reato si consuma quando l'amministrazione si trovi in possesso di detti documenti.

<sup>88</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 620 ss.

<sup>89</sup> Non la ritiene invece sufficiente come differenziazione, giudicandola comunque problematica per l'interprete: G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 620 ss.

<sup>90</sup> Infatti si può ritenere, dalla definizione legale, che l'articolo 3 voglia riguardare quei casi indeterminati in cui il soggetto compia operazioni fittizie con il solo scopo di evadere le imposte,

parla la norma in questione. Ci si sposta quindi all'indagine, necessaria per l'articolo 2, riguardo l'esistenza soggettiva dell'operazione, la quale è molto difficile da provare, a quella sulla fittizietà dell'operazione complessiva. Per provare questa natura "abusiva" delle operazioni, si potrebbe sicuramente far leva sulla natura cartolare della società interposta, che indicherebbe inequivocabilmente la volontà di porre in atto operazioni fraudolente<sup>91</sup>.

Occorrerà vedere se riuscirà a prendere piede in giurisprudenza questa idea, che qualora fossero rispettate le soglie di punibilità dell'articolo 3, potrebbe facilitare la vita "probatoriamente" parlando alla pubblica accusa.

Per quanto riguarda il lato sanzionatorio tributario nei casi ordinari l'onere della prova dell'amministrazione attiene alla prova degli elementi positivi delle basi imponibili, e invece il contribuente è tenuto a provare gli elementi negativi come i costi<sup>92</sup>. Nel caso della frode si tende a dividere il carico probatorio in questo modo: l'amministrazione deve dare un quadro indiziario da cui si evinca la frode, sarà poi il contribuente a dover provare di non avere avuto consapevolezza della frode<sup>93</sup>. Posta così la situazione è evidente che si tratta di una prova molto complessa e quasi diabolica, infatti il contribuente dovrà provare di non aver conosciuto un qualcosa quando la logica vorrebbe che fosse la controparte a provare l'effettiva conoscenza<sup>94</sup>. Oltretutto, solitamente, nella normalità delle operazioni commerciali l'imprenditore è più portato ad informarsi sul cliente e sulla sua solvibilità che a indagare

---

prescindendo dalla falsità soggettiva di quest'ultima. G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 621.

<sup>91</sup> G. DI VETTA *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri p 622.

<sup>92</sup> F. TESAURO *Appunti sulle frodi carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1213 ss.

<sup>93</sup> F. TESAURO *Appunti sulle frodi carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1213 ss.

<sup>94</sup> Per fare un esempio l'amministrazione potrebbe avere gioco facile a provare o quantomeno poter presumere la conoscenza tramite il comportamento del contribuente o ancora meglio delle comunicazioni interne o esterne del contribuente dalle quali si evinca la conoscenza del carosello in atto, difficile sarà con gli stessi mezzi invece per il contribuente provare la non conoscenza, il tutto tramite suoi comportamenti o sue comunicazioni.

sull'adempimento degli obblighi tributari del suo fornitore, del quale avrà interesse a conoscere prezzo e qualità dei beni<sup>95</sup>.

Il sistema così delineato quindi appare squilibrato<sup>96</sup> dal lato dell'onere della prova tributario in quanto si richiede al contribuente una prova molto complessa del suo elemento psicologico ma anche una prova della sua buona fede e dei suoi comportamenti in sede di scambio. Una forzatura del genere si può infatti ammettere solo nel particolare ambiente del processo tributario, in cui vi sono in gioco le speciali esigenze dell'articolo 53 della Costituzione e in generale l'interesse dello stato al suo stesso funzionamento, per il tramite di coloro che sono incaricati di assicurare allo stato i mezzi per il suo sostentamento. Nel procedimento penale, essendo altri e vari i valori tutelati in gioco, non si potrebbe mai ammettere uno squilibrio nel campo dell'onere probatorio del genere.

### **3.5 Mezzi di contrasto alle frodi IVA e gli interventi del legislatore sui beni più utilizzati nelle frodi.**

Astrattamente la frode carosello, con il meccanismo ampiamente analizzato, può essere utilizzata, in maniera appropriata, con ogni tipo di bene passibile di essere scambiato.

---

<sup>95</sup> F. TESAURO *Appunti sulle frodi carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2011 p. 1213 ss.

<sup>96</sup> Si è provato a ridurre lo squilibrio con la sentenza 23560 del 2012 in cui al punto 11 la Corte riporta chiaramente l'onere della prova degli elementi oggettivi in capo all'Agenzia delle Entrate; e individua come fatti irrilevanti alcuni elementi troppo spesso ritenuti fondamentali dai giudici nazionali, quali: la qualità di soggetto passivo del soggetto con cui viene a contatto il contribuente; la disponibilità dei beni oggetto della cessione in capo alla controparte commerciale; l'assolvimento degli obblighi tributari da parte della controparte commerciale (tra cui la dichiarazione e i versamenti IVA); l'assenza di altri documenti contabili in aggiunta alla fattura. *Nota in tema di oneri della prova nella frode carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2013.

Nella pratica però per massimizzare profitto ed efficacia della frode e per minimizzare il rischio di essere scoperti, gli ideatori preferiscono adoperare queste frodi nei casi di beni dove il margine di oscillazione dei prezzi sia basso e vi sia una altissima concorrenza<sup>97</sup> in maniera tale da distruggere una ampia competizione con il minimo “danno” economico, venendo immessi sul mercato a prezzi molto bassi<sup>98</sup>. In particolare questi beni devono appartenere ad una categoria che abbia grande domanda di consumo e diffusione totale.

Nella prassi i beni più utilizzati sono: quelli appartenenti ai settori elettronici e di telecomunicazioni come telefonini e computer, autoveicoli, animali vivi e le loro carni<sup>99</sup>.

Proprio per scoraggiare le frodi IVA il legislatore ha scelto di andare a colpire proprio questo tipo di beni prevedendo l'articolo 60 *bis* del d.p.r. 633 del 1972<sup>100</sup>. Questo articolo stabilisce che per alcuni beni individuati con un decreto del ministro dell'economia e delle finanze<sup>101</sup> e in caso di cessione al di sotto del valore corrente di mercato, il cessionario sarà obbligato a versare l'imposta in luogo del cedente qualora questo ometta di farlo. Il cessionario ha però la possibilità di provare che, il prezzo inferiore al normale valore di mercato sia determinato da oggettive

---

<sup>97</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 489.

<sup>98</sup> In particolare la sentenza della Cassazione n. 18924 del 2017 ha utilizzato come prova principale dell'avvenuta frode il prezzo di acquisto della merce che era piuttosto esiguo rispetto alla normalità del mercato. G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 489.

<sup>99</sup> G. SOANA *I reati tributari*, Milano, 2018 p 489.

<sup>100</sup> Articolo inserito dalla l. 311 del 2004 e modificato dalla legge 244 del 2007.

<sup>101</sup> Il decreto in questione, del 10 gennaio 2018 la versione più aggiornata, prevede alcuni beni che, per espressa menzione dell'articolo, sono stati individuati tramite analisi effettuate sulla casistica delle frodi. Questi beni sono: a) autoveicoli, motoveicoli, rimorchi; b) prodotti di telefonia e loro accessori; c) personal computer, componenti ed accessori; d) animali vivi della specie bovina, ovina e suina e loro carni fresche; d-bis) pneumatici nuovi, di gomma; pneumatici rigenerati o usati, di gomma; gomme piene o semipiene, battistrada per pneumatici e protettori ("flaps"), di gomma); d-ter) benzina e gasolio destinati ad essere utilizzati come carburanti per motori. Inoltre la Guardia di Finanza con la circolare n.1 del 2018 ha precisato le condizioni che devono concorrere contemporaneamente perché ci sia la responsabilità del cedente: che la cessione riguardi i beni specifici richiamati dal decreto, che intervenga tra soggetti passivi IVA, che i prezzi dell'operazione siano al di sotto del valore normale, che il cedente non versi l'IVA.

circostanze di fatto, o da disposizione di legge, o che comunque non sia in alcun modo collegato al mancato versamento dell'imposta. Il comma di chiusura, il 3 *bis*, prevede poi che in caso di valore in fattura diverso da quello realmente intercorso tra i contraenti, oppure nel caso di falsità soggettiva della fattura il cessionario è, anche qui, responsabile per l'imposta non versata dal cedente, questo riguarda però solamente i beni immobili ma si applica anche a coloro che non esercitano arti o professioni o attività di impresa, si aggiunge quindi un inedito scenario in cui un consumatore finale diventa soggetto passivo IVA.

Altro meccanismo, simile nelle finalità ma diverso nei modi, è quello dell'inversione contabile, in gergo *reverse charge*, previsto nel nostro ordinamento dall'articolo 17 del dpr 633 del 1972.

La regola generale prevede, come tutti sappiamo, che il soggetto cedente o prestatore sia designato come soggetto passivo dell'IVA, e nella fattura da lui emessa dovrà addebitare l'imposta<sup>102</sup>. In alcuni casi si è però scelto di invertire l'ordine di queste cose, ponendo in capo al cessionario o committente l'obbligo al pagamento di imposta con annessa emissione di fattura<sup>103</sup>.

Quindi per le cessioni di beni e prestazioni di servizi che siano effettuate nello stato, da dei soggetti che non siano residenti nel territorio del nostro paese, il cessionario o committente sarà tenuto ad emettere lui la fattura con annesso addebito di imposta. Questa fattura dovrà essere da lui registrata sia negli acquisti che in quello delle fatture emesse, così facendo l'IVA a credito sarà pari a quella a debito e si otterrà la neutralità, quantomeno in questa fase, dell'imposta<sup>104</sup>.

Questa parte del *reverse charge* opera solamente nel caso in cui il cedente sia residente in un territorio extra UE, poiché altrimenti si applicheranno le normali procedure degli acquisti intracomunitari già visti prima<sup>105</sup>. Non opera neanche nel caso in cui il non residente si sia identificato in Italia tramite un rappresentante fiscale o quando vi abbia una stabile organizzazione<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 243.

<sup>103</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 243.

<sup>104</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 244.

<sup>105</sup> Paragrafo 3.2

<sup>106</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 244.

L'esigenza anti-frode dell'istituto in commento, però, si fa maggiormente apprezzare nella molteplicità di ipotesi in cui è stata prevista l'applicazione dell'inversione, che non riguarda perciò solamente soggetti non residenti ma anche alcune particolari operazioni.

In particolare è proprio l'articolo 17 del dpr 633 del 1972 che prevede al suo sesto comma una serie di operazioni la cui effettuazione comporta l'inversione contabile. Queste sono quelle che riguardano i beni più sensibili a possibili frodi<sup>107</sup>, come ad

---

<sup>107</sup> In particolare l'articolo 17 al suo sesto comma prevede nel dettaglio tutte le operazioni nei quali andrà applicata questa inversione. Essi sono: a) alle prestazioni di servizi diversi da quelli di cui alla lettera a-ter), compresa la prestazione di manodopera, rese nel settore edile da soggetti subappaltatori nei confronti delle imprese che svolgono l'attività di costruzione o ristrutturazione di immobili ovvero nei confronti dell'appaltatore principale o di un altro subappaltatore. La disposizione non si applica alle prestazioni di servizi rese nei confronti di un contraente generale a cui venga affidata dal committente la totalità dei lavori; a-bis) alle cessioni di fabbricati o di porzioni di fabbricato di cui ai numeri 8-bis) e 8-ter) del primo comma dell'articolo 10 per le quali nel relativo atto il cedente abbia espressamente manifestato l'opzione per l'imposizione; a-ter) alle prestazioni di servizi di pulizia, di demolizione, di installazione di impianti e di completamento relative ad edifici; a-quater) alle prestazioni di servizi rese dalle imprese consorziate nei confronti del consorzio di appartenenza che, ai sensi delle lettere b), c) ed e) del comma 1 dell'articolo 34 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, si è reso aggiudicatario di una commessa nei confronti di un ente pubblico al quale il predetto consorzio è tenuto ad emettere fattura ai sensi del comma 1 dell'articolo 17-ter del dpr 633 del 1972. L'efficacia della disposizione di cui al periodo precedente è subordinata al rilascio, da parte del Consiglio dell'Unione europea, dell'autorizzazione di una misura di deroga ai sensi dell'articolo 395 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, e successive modificazioni; b) alle cessioni di apparecchiature terminali per il servizio pubblico radiomobile terrestre di comunicazioni soggette alla tassa sulle concessioni governative di cui all'articolo 21 della tariffa annessa al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 641, come sostituita, da ultimo, dal decreto del Ministro delle finanze 28 dicembre 1995, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 303 del 30 dicembre 1995; c) alle cessioni di console da gioco, tablet PC e laptop, nonché alle cessioni di dispositivi a circuito integrato, quali microprocessori e unità centrali di elaborazione, effettuate prima della loro installazione in prodotti destinati al consumatore finale (1); d-bis) ai trasferimenti di quote di emissioni di gas a effetto serra definite all'articolo 3 della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, e successive modificazioni, trasferibili ai sensi dell'articolo 12 della medesima direttiva 2003/87/CE, e successive modificazioni; d-ter) ai trasferimenti di altre unità che possono essere utilizzate dai gestori per conformarsi alla citata direttiva 2003/87/CE e di certificati relativi al gas e all'energia elettrica; d-

esempio i beni tecnologici come *tablet* o *console*, e anche e soprattutto nel campo dell'edilizia e nella ristrutturazione di immobili<sup>108</sup>. Inoltre sempre il medesimo articolo inserisce una clausola che consente, al ministro dell'economia e delle finanze con dei suoi decreti, di individuare ulteriori beni a cui applicare il meccanismo del *reverse charge*<sup>109</sup>.

### **3.6 Le bare fiscali e la disciplina del riporto delle perdite di periodo nel diritto tributario.**

Il fenomeno delle cosiddette "bare fiscali" riguarda il commercio di società in perdita, con il preciso ed unico scopo di sfruttare queste perdite per diminuire la base imponibile della società acquirente.

---

quater) alle cessioni di gas e di energia elettrica a un soggetto passivo-rivenditore ai sensi dell'articolo 7-bis, comma 3, lettera a);

<sup>108</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 244.

<sup>109</sup> È il comma 7 dell'articolo 17 a occuparsi di questi decreti, in particolare si prevede Le disposizioni del quinto comma si applicano alle ulteriori operazioni individuate dal Ministro dell'economia e delle finanze, con propri decreti, in base agli articoli 199 e 199-bis della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, nonché in base alla misura speciale del meccanismo di reazione rapida di cui all'articolo 199-ter della stessa direttiva, ovvero individuate con decreto emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, nei casi, diversi da quelli precedentemente indicati, in cui necessita il rilascio di una misura speciale di deroga ai sensi dell'articolo 395 della citata direttiva 2006/112/CE.

Come si può vedere si fa ampio riferimento ad una direttiva europea che al suo articolo 395 prevede la possibilità per gli stati membri di ottenere una deroga al meccanismo impositivo per facilitare la riscossione dell' IVA. Questa deroga deve però essere concessa dal Consiglio all'unanimità su proposta deliberativa della Commissione. Queste misure devono però avere lo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta e non devono influire, se non in misura trascurabile, sull'importo complessivo delle entrate fiscali dello Stato membro riscosso allo stadio del consumo finale. Più nel dettaglio lo stato membro deve inviare una domanda alla Commissione europea che, dopo un eventuale scambio di ulteriori dati, presenta al consiglio la proposta.

Innanzitutto bisognerà vedere la disciplina generale delle perdite nel diritto tributario.

La perdita è il risultato contabile alla fine dell'esercizio risultante dal conto economico, che è una dichiarazione di scienza dalla quale, tramite i componenti positivi e negativi, si ottiene il risultato di esercizio che potrà essere in utile o in perdita a seconda che i ricavi superino i costi o meno<sup>110</sup>.

Per i soggetti passivi la base imponibile lorda è composta dal complesso dei redditi derivanti dalle varie categorie reddituali<sup>111</sup>. Tra queste categorie ve ne sono due<sup>112</sup> che possono portare ad una perdita, questa perdita andrà a ridurre gli utili, qualora ve ne siano, delle altre categorie reddituali portando ad una compensazione orizzontale di queste perdite<sup>113</sup>.

In particolare enucleando solamente il reddito di impresa, esso ha nel TUIR una disciplina apposita. Innanzitutto va considerato che dopo un esercizio in perdita, un esercizio che riporti un utile non aumenta il patrimonio della società ma ricostituisce, almeno in parte, il reddito che aveva la società prima della perdita<sup>114</sup>.

Infatti l'articolo 84 del TUIR stabilisce che la perdita di un periodo di imposta può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi, ciò però è possibile solamente in misura non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi, e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare. Ciò significa che anche in presenza di perdite pregresse seppur molto alte, in un determinato periodo di imposta il 20% dell'utile di esercizio sarà comunque soggetto a tassazione<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> E. BOCCHINI *Diritto della contabilità delle imprese - Volume II il bilancio d'esercizio*, Roma, 2016, p. 360 ss.

<sup>111</sup> Le sei categorie reddituali che il nostro sistema tributario ha predisposto sono: redditi fondiari, redditi da lavoro dipendente, redditi da lavoro autonomo, redditi di impresa, redditi di capitale e redditi diversi.

<sup>112</sup> Queste categorie passibili di essere in perdita sono: quella dei redditi d'impresa e quella dei redditi frutto di lavoro autonomo.

<sup>113</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 35 ss.

<sup>114</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 88.

<sup>115</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 88.

Non vi sarà però nessuna penalizzazione a lungo termine per il contribuente che avrà subito delle perdite poiché l'articolo 84 del TUIR non prevede un limite temporale a questo riporto ma solo questo limite quantitativo appena accennato. La conseguenza è che si potrà riportare una perdita senza limiti di tempo<sup>116</sup> ma questa può assorbire fino all'80% annuo di utili. Per le nuove società non opera neanche questo limite quantitativo, vale a dire che per i primi 3 periodi di imposta della vita sociale le perdite saranno riportabili interamente<sup>117</sup>.

E fino qui si è parlato della disciplina generale, il prosieguo dell'articolo 84 si occupa di prevenire i possibili abusi che si possono fare delle perdite di esercizio.

In particolare il comma 3 dell'articolo prevede che non si applicheranno le disposizioni riguardanti la possibilità di riporto delle perdite, nel caso in cui la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie del soggetto che riporta le perdite venga trasferita o comunque acquisita da terzi, anche a titolo temporaneo. Il riporto non sarà nemmeno possibile nel caso in cui venga modificata l'attività principale in fatto esercitata nei periodi d'imposta in cui le perdite sono state realizzate.

Ciò significa che vi dovrà essere continuità sia soggettiva che oggettiva affinché operi la possibilità del riporto di perdite<sup>118</sup>.

Questo limite al riporto però contiene all'interno del medesimo comma delle eccezioni ottenibili con alcuni fattori numerici su numero di dipendenti e attivi patrimoniali<sup>119</sup>. Si tratta di un vero e proprio test di vitalità come quello per le società di comodo, tra i quali rientrano anche le società in perdita sistematica.

---

<sup>116</sup> Per la verità era presente precedentemente un limite di tempo ma con la l. n. 89 del 2011 è stato rimosso per aiutare le imprese durante la grave crisi economica. S. De Marco *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>117</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 88.

<sup>118</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 88.

<sup>119</sup> In particolare le limitazioni alla riporto delle perdite non operano qualora: le partecipazioni siano relative a società che nel biennio precedente a quello di trasferimento hanno avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle dieci unità e per le quali dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello di trasferimento risultino un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di

Per i soggetti IRES i quali godano di esenzioni per gli utili<sup>120</sup> il riporto delle perdite potrà farsi efficacemente solo nel caso in cui vi siano delle perdite eccedenti i proventi esenti e ovviamente non tenendo conto dei componenti negativi i quali non sono deducibili trattandosi di proventi esenti<sup>121</sup>. Ciò serve ad evitare che i proventi esenti limitino per due volte l'ammontare delle perdite riportabili<sup>122</sup>.

In chiusura dell'articolo è poi espressamente prevista la possibilità, per il contribuente, dell'interpello disapplicativo di norma antielusiva ai sensi dell'articolo 11 comma 2 dello Statuto del Contribuente.

Dal punto di vista procedurale se l'ufficio accerta un maggior imponibile la perdita, qualora vi sia e riguardi il medesimo periodo oggetto di accertamento, deve essere autonomamente e automaticamente computata dall'agenzia in diminuzione del maggior reddito accertato<sup>123</sup>. Per il riconoscimento delle perdite pregresse vi è invece un onere del contribuente che dovrà chiederne il computo, entro il termine di decadenza del ricorso<sup>124</sup>.

### **3.7 La finalità anti elusiva della disciplina di prevenzione delle bare fiscali e test di vitalità per la società fittizia.**

---

cui all'articolo 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori.

<sup>120</sup> Come potrebbero essere le cooperative a mutualità prevalente i cui utili hanno limiti statutari alla obbligatori alla distribuzione previsti all'articolo 2514 c.c. F. Tesauo *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 88; G.F. Campobasso *Diritto commerciale vol. 2, Diritto delle società*, Milano, 2015 p. 594 ss.

<sup>121</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 89.

<sup>122</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 89.

<sup>123</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss

<sup>124</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 90.

È evidente come la disciplina delle perdite sia delineata da una connotazione anti elusiva che ne determina l'attuale struttura, e le attuali previsioni di dettaglio. In linea di massima in effetti le perdite non dovrebbero subire delle limitazioni<sup>125</sup> essendo pacifico il fatto, già richiamato, che una perdita erode il patrimonio sociale e quindi, l'utile successivo ad una perdita andrà *in primis* a reintegrare il patrimonio e non a creare nuova ricchezza. Proprio qui emerge la finalità anti elusiva che stride, in teoria, con l'articolo 53 della Costituzione che salvaguarda la capacità contributiva, ma non va dimenticato, come strenuamente ripetuto in questo lavoro, che l'articolo 53 salvaguarda anche il controllo e l'accertamento per far sì che l'imposizione della capacità contributiva sia uguale per tutti<sup>126</sup>. Lo stesso fatto, però, che per il riporto delle perdite pregresse non sia necessario usare una "opzione" è probabilmente indicativo del fatto che, non ci si trovi davanti ad un'agevolazione ma più propriamente davanti ad un comportamento che rispecchi i principi della capacità contributiva<sup>127</sup>.

Alcuni paesi stranieri adottano un sistema un po' diverso. In moltissimi paesi vi è un sistema di *loss carry forward*, cioè un riporto senza limiti di tempo o di quantità delle perdite<sup>128</sup>. Invece in paesi come l'Olanda, la Germania, il Canada, la Francia, gli Stati Uniti, si applica il meccanismo del *loss carry back*, vale a dire la possibilità, per il contribuente nel caso di un esercizio in perdita, di chiedere all'Amministrazione finanziaria di quel paese il rimborso delle imposte già pagate<sup>129</sup>, ciò solitamente in questi paesi ha una limitazione di durata triennale. Vi è quindi addirittura una

---

<sup>125</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>126</sup> In senso parzialmente contrario vi è S. De Marco *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss. Qui l'autore considera le limitazioni al riporto delle perdite come motivate esclusivamente da esigenze di gettito dell'Erario e finalità anti elusiva e quindi in potenziale contrasto con l'articolo 53 della Costituzione e la capacità contributiva.

<sup>127</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>128</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>129</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

“monetizzazione” delle perdite conseguite. Con questo sistema il contribuente sterilizza il rischio di non recuperare mai le perdite, poiché vi possono essere ulteriori esercizi in perdita oppure riorganizzazioni aziendali e vari motivi che, anche a causa della disciplina anti elusiva, rendano le perdite già conseguite, non più recuperabili.

Il meccanismo dell’operazione, che si potrebbe definire elusiva, prevede l’acquisto di una cosiddetta bara fiscale e subito dopo la fusione per incorporazione di quest’ultima che, incorporandosi all’acquirente, andrà con le sue perdite ad abbassare l’imponibile della nuova società. In particolare le bare fiscali sono società fittizie costituite solamente con lo scopo di compiere questa operazione.

Nel caso di questi avvenimenti occorrerà quindi guardare, non più l’articolo 84 del TUIR ma il 172 del medesimo testo unico. Questo articolo disciplina le operazioni di fusione e al comma 7 si occupa di definire le regole per le perdite delle società partecipanti all’operazione straordinaria, compresa l’incorporante<sup>130</sup>. In questo

---

<sup>130</sup> Si ritiene per completezza e chiarezza di riportare il tecnicissimo comma 7 dell’articolo 172 del TUIR: Le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'articolo 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Tra i predetti versamenti non si comprendono i contributi erogati a norma di legge dallo Stato o da altri enti pubblici. Se le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione. In caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia

comma si prevede che le perdite di qualunque società coinvolta nella fusione non siano riportabili a meno che la società alla quale queste perdite appartengono, che nel nostro caso potrebbe essere una società appositamente creata per quello scopo e quindi una bara fiscale, deve innanzitutto superare un test di vitalità e poi, nel caso di superamento della prova di vitalità, permangono comunque delle limitazioni quantitative alle perdite riportabili<sup>131</sup>.

Il test di vitalità è contenuto anch'esso nel comma 7 del medesimo articolo e si basa su alcune poste di conto economico e sul raffronto con i due esercizi precedenti con i quali il rapporto delle nuove poste deve essere almeno del 40%. In particolare la norma fa riferimento a proventi e ricavi dell'attività caratteristica, e alle spese per lavoro subordinato e contributi.

La prima categoria riguarda quindi proventi tipici ed esclude dal calcolo quelli considerabili di natura straordinaria<sup>132</sup>.

La categoria delle spese per lavoratori e contributi invece prevede che il salario sia calcolato comprensivo delle sue parti variabili come premi, straordinari, o indennità varie<sup>133</sup>. Non faranno invece parte del calcolo gli accantonamenti per il Trattamento di fine rapporto<sup>134</sup>.

Questi valori appena indicati dovranno poi essere confrontati con gli esercizi precedenti e in particolare il valore risultante dell'esercizio in corso dovrà essere maggiore o uguale al 40% dei due esercizi precedenti. Ovviamente i valori del test di vitalità, basandosi sul bilancio, si riferiscono all'esercizio precedente a quello in cui è

---

giuridica della fusione. Le disposizioni del presente comma si applicano anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'articolo 96.

<sup>131</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>132</sup> L' Agenzia delle entrate nella risoluzione 145/E del 2008 ha chiarito come vadano inserite ai fini del test in esame le voci A1 e A5 del conto economico, escludendo invece la E20 dei proventi straordinari. Vi possono anche essere voci ulteriori da inserire a seconda dell'attività di impresa come le voci C15 e C16 qualora la società svolga attività finanziaria. V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>133</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>134</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

stata deliberata la fusione. L’Agenzia delle entrate per evitare che lo “svuotamento” della società avvenga nella porzione di esercizio immediatamente precedente alla delibera di fusione, che però non fa testo ai fini della prova di vitalità, ha stabilito<sup>135</sup> che andranno conteggiati anche i valori della, appena citata, porzione di esercizio<sup>136</sup>. Questa interpretazione va certamente oltre la lettera della norma e ha suscitato alcune critiche in dottrina<sup>137</sup>, se certamente promuovere una interpretazione che non sia saldamente ancorata al significato letterale potrebbe provocare incertezza, è però vero che una soluzione diversa da parte dell’Agenzia non farebbe altro che rendere praticamente inutile questa disposizione anti elusiva, poiché lo scopo di prevenire il commercio di società vuote al solo scopo di riportarne le perdite, potrebbe validamente essere portato avanti svuotando la bara fiscale nella porzione di esercizio non coperta dal test di vitalità. Ben venga quindi un superamento del mero significato letterale, se consente l’applicazione dei principi dell’articolo 53 della Costituzione che, non ci si stanca mai di ricordare, protegge l’attività di accertamento dell’agenzia delle entrate, poiché la capacità contributiva non ammette elusioni di nessuno per essere tale.

Come è evidente il test così congegnato prevede più esercizi di anzianità della società. Si pone però il problema di come trattare quelle società che non abbiano sufficienti esercizi per soddisfare anche solo astrattamente i requisiti dell’articolo 172 comma 7 TUIR.

---

<sup>135</sup> Risoluzioni 24 ottobre 2006, n. 116 e 10 aprile 2008, n. 143; circolare 9 marzo 2010, n. 9/E. In senso contrario è la sentenza della Comm. Trib. Reg. Lombardia n. 6353/36/16 del 1° dicembre 2016. V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>136</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>137</sup> Come per esempio quelle della Circolare Assonime n. 31 del 2007 la quale sostiene che non vi sia alcun appiglio letterale ma che soprattutto ciò sia in contrasto anche con la *ratio* della norma che, con il riferimento agli esercizi precedenti, oltre essere quella di evitare il riporto fraudolento di perdite con le bare fiscali, secondo la circolare, in maniera però discutibile, sarebbe anche quella di dare certezza giuridica al contribuente. V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

Se ne è occupata l’Agenzia delle entrate<sup>138</sup> che ha enucleato una serie di altri fattori alternativi per stabilire la vitalità aziendale. In particolare potrebbero esservi società appena costituite che di certo non hanno la possibilità di confrontare i loro valori con esercizi precedenti, oppure società che per via della loro attività caratteristica non fanno molto uso di personale dipendente<sup>139</sup>. Per queste situazioni l’agenzia ha stabilito che si possono usare altri indici di vitalità, ma non si è spinta fino alla previsione di non applicazione della disciplina bensì si limita a prescrivere l’utilizzo per il contribuente dell’interpello disapplicativo<sup>140</sup>. Anche con un successivo provvedimento<sup>141</sup> l’agenzia conferma questo orientamento occupandosi di una società holding che per via della sua attività aveva uno scarso personale dipendente<sup>142</sup>.

Una volta che la società che ha conseguito le perdite riportabili riesca a superare il test di vitalità, non è ancora automatica la possibilità di questo riporto. Si dovrà comunque attenere al limite quantitativo previsto anch’esso all’articolo 172 comma 7 del TUIR.

Questo limite prevede che non sia riportabile la quota di perdita che sia eccedente al minor valore tra la quantità di patrimonio netto della società in perdita, e la situazione patrimoniale di cui all’articolo 2501 *quater* del Codice Civile<sup>143</sup>, senza

---

<sup>138</sup> Risoluzione n. 337/E del 2002 V. Russo *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>139</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>140</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>141</sup> Risoluzione n. 143 del 2008. V. Russo *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>142</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>143</sup> Questo articolo prevede che gli amministratori debbano redigere in pendenza di fusione un documento che spieghi, con l’osservanza delle norme sul bilancio d’esercizio, la situazione patrimoniale delle società stesse, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito Internet di questa. In alternativa a questo documento a situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell’ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della

però tener conto dei versamenti degli ultimi ventiquattro mesi, a meno che non si tratti di contributi erogati a norma di legge dallo stato o dagli enti locali.

Questa previsione serve ad evitare che società dalla bassissima consistenza patrimoniale, che può essere indice di una società fittizia, siano utili per riportare una grossa quantità di perdite per la società nascente dalla fusione. Con una ulteriore finalità anti elusiva la norma si preoccupa di evitare il fenomeno di ricapitalizzazione *ad hoc* proprio a ridosso della fusione visto che neutralizza i versamenti dei soci nei due anni precedenti all'operazione straordinaria. Come versamenti si intendono tutti quei casi in cui non vi sia l'obbligo di restituzione da parte della società<sup>144</sup>, poiché solo in quel caso vi è un incremento del patrimonio netto della società, rilevando i casi in cui vi sia fisiologicamente l'obbligo di restituzione come credito dei soci per la società<sup>145</sup>.

Discussa la scelta di utilizzare il patrimonio netto come indice<sup>146</sup> ma comunque appare appropriata per le finalità antielusive che si propone. Inoltre anche qualora il patrimonio netto sia abbastanza capiente si è previsto che in quel caso si adotti come parametro di riferimento, qualora sia minore, il documento che gli amministratori redigono sulla base della situazione patrimoniale ai sensi dell'articolo 2501 *quater* del Codice Civile. Questo mira a prevenire la situazione speculare a quella descritta in precedenza, vale a dire anziché una capitalizzazione frettolosa appena prima della fusione, vi sarebbe qui la possibilità di uno svuotamento immediatamente precedente

---

pubblicazione indicato nel primo comma, ovvero, nel caso di società quotata in mercati regolamentati, dalla relazione finanziaria semestrale prevista dalle leggi speciali, purché non riferita ad una data antecedente sei mesi dal giorno di deposito o pubblicazione indicato al primo comma. A questo documento però possono rinunciare all'unanimità soci e altri possessori di strumenti finanziari, con diritto di voto, di ciascuna delle società partecipanti.

<sup>144</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>145</sup> G. VISENTINI, A. PALAZZOLO *Manuale di diritto commerciale* in *Collana professionale del diritto commerciale* Diretta da G. Visentini, Roma 2017, p. 128 ss.

<sup>146</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss. Qui l'autore lo definisce un indice grossolano da adottare poiché nelle società in perdita è normale che si riduca il patrimonio netto perciò si scoraggia un acquisto delle società che perdano da più esercizi, anche quando ciò potrebbe non avere finalità elusiva delle imposte ma finalità commerciali che portino anche alla rivalutazione dell'impresa in crisi.

all'operazione straordinaria. Infatti il patrimonio netto non può che valutarsi in base al bilancio, quindi si riferisce per forza di cose all'esercizio precedente alla fusione. Il documento all'articolo 2501 *quater* del Codice Civile, invece, si basa su dati più recenti e più vicini al giorno dell'operazione straordinaria. Non va dimenticato però che questo documento degli amministratori potrebbe benissimo non esistere qualora vi sia in tal senso l'accordo di tutti i soci e strumentisti finanziari che abbiano diritto di voto in assemblea. In quel caso non resterà che adottare come parametro di riferimento il bilancio dell'ultimo esercizio<sup>147</sup>.

Infine vi è la possibilità per le società coinvolte nella fusione di retrodatarne gli effetti ai fini fiscali<sup>148</sup>, così facendo si da origine non più a distinti periodi di imposta ma bensì ad un unico periodo riguardante tutte le società interessate dalla fusione<sup>149</sup>. Ciò però come si può notare immediatamente potrebbe essere usato in maniera elusiva delle norme del comma 7, visto che si potrebbero compensare i risultati positivi del periodo dell'incorporante con quelli negativi dell'incorporata. Il comma 7 perciò stabilisce che le limitazioni di cui si è parlato saranno automaticamente applicate anche nel caso di retrodatazione degli effetti dell'operazione straordinaria. Le società, compresa l'incorporante, dovranno quindi determinare il proprio risultato di periodo che va dall'esercizio fino alla data precedente alla validità giuridica della fusione e considerare quel risultato, nel caso di perdita, proprio come una perdita pregressa<sup>150</sup>.

Per quanto riguarda l'ambito dell'Unione Europea, il commercio di bare fiscali ha interessato anche gli organi comunitari, in particolare secondo la commissione<sup>151</sup> le

---

<sup>147</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>148</sup> F. TESAURO *Istituzioni di Diritto tributario – parte speciale*, Milano, 2018 p 210.

<sup>149</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>150</sup> V. RUSSO *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017 p 22 ss.

<sup>151</sup> COM n. 726 del 2003: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo: *un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società-risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere*. S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

limitazioni alle perdite sono uno degli ostacoli al mercato unico, oltre ad essere contrarie al principio della libertà di stabilimento<sup>152</sup>, uno dei principi più importanti per l'Unione Europea. Queste limitazioni sono state infatti adottate, proprio per via del fenomeno elusivo di cui si sta parlando. La crisi con questi principi è dovuta al fatto che non vi sia una disciplina unitaria per il riporto delle perdite anche se l'elemento comune sembra essere quello di impedire il riporto delle perdite qualora cambi il soggetto o l'attività<sup>153</sup>. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è occupata del riporto delle perdite intracomunitarie con numerose pronunce<sup>154</sup>, in particolare con i casi “ Marks and Spencer”<sup>155</sup>, “Philip electronics”<sup>156</sup> e “Papillon”<sup>157</sup> occupandosi dell'interesse al contrasto dell'elusione ma anche di profili di doppia imposizione e doppia elusione. Da queste sentenze però è emersa l'ampia libertà legislativa riconosciuta agli stati nell'ambito del potere impositivo nonostante la giurisprudenza comunitaria abbia la possibilità di rimuovere alcuni ostacoli fiscali al mercato unico<sup>158</sup>. Quindi in poche parole la corte ha giustificato, sotto il profilo dell'utilità anti elusiva, le discipline degli stati membri che contengono questo limite al riporto delle perdite, giudicandolo come motivo imperativo di interesse

---

<sup>152</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>153</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>154</sup> Nordea Bank, causa C-48/13; Philips Electronic causa C-18/11; National Grid Indus, causa C-371/10; Lidl Belgium causa C-414/06. S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>155</sup> Corte di giustizia, causa C-446/05 del 13 Dicembre del 2005 S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>156</sup> Corte di Giustizia, causa C- 418/07 del 27 novembre del 2007 S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>157</sup> Corte di Giustizia, causa C- 18/11 del 6 Settembre 2012 S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>158</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

generale<sup>159</sup>. In effetti non essendo l'aliquota impositiva armonizzata tra gli stati sembra difficile poter consentire liberamente la circolazione il riporto delle perdite poiché si assisterebbe al fenomeno di “traffico delle perdite” verso paesi con le aliquote più alte dove quindi il risparmio dovuto alle perdite è maggiore<sup>160</sup>.

Quindi in sostanza in ambito europeo si dà il giusto peso alla lotta ai fenomeni elusivi tanto che la stessa Commissione Europea<sup>161</sup> ha esortato gli stati membri a trovare una logica comune per il contrasto all'elusione fiscale<sup>162</sup>.

In conclusione come possiamo apprezzare il legislatore ha approntato un serie di contromisure alla prassi del commercio di bare fiscali, società di fatto vuote, serventi solamente allo scopo di riportare le perdite per l'acquirente e quindi abbatterne carico impositivo.

In particolare è l'articolo 172 comma 7 del TUIR a porre i maggiori paletti alla circolazione delle bare fiscali visto che, come illustrato, il meccanismo opera attraverso una fusione. Con queste limitazioni effettivamente si possono porre dei grossi ostacoli all'attività elusiva, visto che per poter validamente riportare le perdite e abbattere l'imposta dovuta bisognerà costituire delle società molto articolate con dei requisiti di vitalità non facili da soddisfare<sup>163</sup>. Inoltre bisognerà anche dotarla di un patrimonio cospicuo se si vuole riportare una significativa quantità di perdite pregresse.

---

<sup>159</sup> La corte lo ha chiarito nella pronuncia C- 388 del 2014 caso “ Timac agro deutschland gmbh” S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>160</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>161</sup> Proposta di direttiva n. 26 del 2016 e Raccomandazione UE n.772 del 2012 S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>162</sup> S. DE MARCO *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018 p. 1057 ss.

<sup>163</sup> Ferma restando, come detto, la possibilità di fare interpello per la disapplicazione, ma in questo caso è evidente che è impossibile per una società di comodo “sopravvivere” ad un interpello.

### **3.8 La rilevanza dei reati tributari ai fini della responsabilità degli enti del d.lgs. 231 del 2001: i tentativi della corte costituzionale e le prospettive di riforma ai sensi della Direttiva PIF.**

L'idea che un ente possa commettere dei reati non ha sempre fatto parte del retroterra ideologico dell'ordinamento. Negli anni precedenti all'introduzione del d.lgs. 231/2001 infatti, l'obiezione che si muoveva a quell'idea era basata soprattutto sull'articolo 27 della Costituzione, e il principio di personalità della responsabilità penale contenuto al suo interno<sup>164</sup>.

Il decreto legislativo in questione si applica a tutti gli enti dotati di personalità giuridica e a società e associazioni anche se prive di personalità giuridica, ad eccezione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, economici e di quelli che svolgono una funzione di rilievo costituzionale<sup>165</sup>.

Gli elementi che fanno nascere la responsabilità per l'ente sono molteplici. Innanzitutto il reato commesso dalla persona fisica deve essere incluso nell'elenco dei reati presupposto contenuto nel d.lgs. 231 del 2001. Poi occorre che il reato sia commesso da una figura apicale all'interno dell'ente<sup>166</sup> e che lo faccia nell'interesse o vantaggio di quest'ultimo.

Come visto la punibilità dell'ente dipende dalla presenza di un reato presupposto, ma non tutti i reati fondano la responsabilità dell'ente bensì quelli previsti dal d.lgs.

---

<sup>164</sup> O. DI GIOVINE *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti- guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 19 ss.

<sup>165</sup> Sembra chiaro qui il riferimento a partiti e sindacati che perseguono fini costituzionali e non hanno personalità giuridica nella prassi (articoli 49 e 39 della Costituzione) O. DI GIOVINE *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti- guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 34.

<sup>166</sup> Alle figure apicali sono equiparate le figure che svolgono di fatto funzioni di potere all'interno della società ma senza essere formalmente investite dei poteri che comunque esercitano, e anche le persone sottoposte alla direzione e controllo di una delle figure apicali O. DI GIOVINE *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti- guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 48 ss.

231/2001<sup>167</sup>. L'elenco è stato ampliato nel corso degli anni, e comprende molte delle fattispecie di reato che una persona fisica può commettere nell'interesse o vantaggio di una persona giuridica.

Ai fini dell'argomento generale del presente lavoro, bisognerebbe capire il rilievo della disciplina della responsabilità degli enti nel mondo delle società di comodo, e se l'elusione fiscale possa far nascere una responsabilità di tale tipo.

Ovviamente la base di partenza deve essere il catalogo dei reati presupposto di responsabilità per la persona giuridica, e per quali di essi vi può essere la presenza di una società di comodo.

I modi di commissione dei reati, quantomeno quelli a forma libera, possono essere molteplici, le società di comodo possono avere un ruolo in molte fattispecie, certamente una di queste può essere il riciclaggio previsto dall'articolo 648 *bis* del Codice penale e richiamato dall'articolo 25 *octies* del d.lgs. 231/2001.

La condotta del riciclaggio consiste nel sostituire trasferire o compiere operazioni su beni provenienti da altro reato in maniera tale da occultarne la provenienza, ovviamente nel caso in cui non vi sia stato concorso nel reato presupposto.

Emerge chiaramente l'utilità di una società non operativa all'interno di una condotta del genere. La cassazione si è occupata numerose volte di casi<sup>168</sup> di riciclaggio in cui erano coinvolte società di comodo. Il riciclaggio è solo uno dei casi in cui una società di comodo può commettere crimini che abbiano rilevanza per il d.lgs. 231 del 2001.

Spicca però l'assenza nell'elenco dei reati presupposto delle condotte di evasione fiscale o dei reati tributari, in particolare la Corte di Cassazione si era già espressa sul tema con la sentenza 10561 del 2014<sup>169</sup> sostenendo che l'assenza dei reati tributari

---

<sup>167</sup> Rispetto alla legge delega, la numero 300 del 2000, il d.lgs. ha poi ridotto il numero di reati ricompreso anche se le normazioni di modifica successive ne hanno ampliato l'ambito di applicazione. C. PIERGALLINI *Responsabilità degli enti per i reati commessi* in *Reati e responsabilità degli enti-guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, di G. Lattanzi, Milano, 2010, p 214 ss.

<sup>168</sup> Un esempio può essere la sentenza 7795 del 2014 in cui l'imputato era un professionista che aveva creato delle società di comodo estere al fine di riciclare denaro proveniente da una presunta appropriazione indebita ai danni delle società Telecom e Gruppo Pirelli.

<sup>169</sup> Il caso riguardava il sequestro preventivo di un immobile, il motivo era che il legale rappresentante della Trento pack s.r.l. si presumeva avesse omesso di versare alcune imposte. Ci si chiedeva quindi se potesse farsi una confisca per equivalente nei confronti della società in virtù del rapporto di

tra i reati presupposti fosse a rischio di vanificare l'effettività delle entrate tributarie, inoltre nel caso tipico di evasione fiscale la persona fisica non può che agire nell'interesse della persona giuridica<sup>170</sup> e di certo quest'ultima ne avrà un vantaggio, sembrerebbe quindi quasi un caso di scuola di responsabilità di enti. La Corte in quella sede ha escluso la possibilità di una interpretazione analogica poiché sarebbe risultata certamente in *malam partem*, ha anche escluso una questione di legittimità costituzionale, poiché la giurisprudenza della Corte Costituzionale è chiara nel dire che, il secondo comma dell'articolo 25 osta a pronunce che comportino effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore. Conclude quindi, affranta, la Corte che altro non può fare che segnalare tali irrazionalità e auspicare un intervento del legislatore.

Nonostante questo appello provenisse da fonte autorevole e fosse molto circostanziato è rimasto completamente inascoltato dal legislatore che non ha mai effettuato questo inserimento.

Un tentativo per la verità fu fatto con la "Commissione Greco" nel 2010<sup>171</sup>. Fra i delitti di cui si chiedeva l'inserimento nel catalogo del d.lgs. 231 del 2001, vi erano anche alcune fattispecie previste dal d.lgs. 74 del 2000 come la dichiarazione fraudolenta, l'omessa presentazione di dichiarazione, fatture per operazioni inesistenti e distruzione di documenti contabili.

Dopo la presentazione della proposta della "Commissione Greco", che di fatto introduceva un buon numero di reati tributari in quelli presupposto della responsabilità degli enti, vi fu chi fece notare che nell'ambito degli illeciti tributari non sarebbe necessaria una autonoma punizione per l'ente poiché, nel caso di contestazione di una minor imposta versata, il diritto tributario già prevede delle sanzioni a carico dell'ente che ha effettivamente versato la minor imposta, a prescindere dalla responsabilità penale della persona fisica. Infatti la società dopo

---

immedesimazione organica intercorrente con la persona fisica, la Corte ha sostenuto che la confisca non potesse avvenire ai sensi dell'articolo 19 del d.lgs. 231 del 2001 proprio perché i reati tributari non sono nell'elenco dei reati presupposto.

<sup>170</sup> E. DI FIORINO, F. PROCOPIO *Responsabilità amministrativa degli enti e reati tributari: tra soluzioni interne e pressioni europolitane* in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2018, p 2 ss.

<sup>171</sup> P. IELO *Commissione Greco: dall'usura alla frode verso una più ampia responsabilità degli enti*, in *Guida al Diritto*, 2010, pag. 22 e ss.

l'accertamento tributario non si troverà di certo in una situazione di vantaggio rispetto a quelle precedente alla commissione del delitto tributario. Ciò perché dovrà, non soltanto restituire la differenza tra imposta versata e quella realmente dovuta, ma dovrà anche versare interessi e le onerose sanzioni tributarie previste<sup>172</sup>.

Per la verità i reati tributari sembrano i delitti ideali per la responsabilità dell'ente, in quanto certamente la persona fisica agisce per il vantaggio dell'ente, visto che l'unico a trarre diretti vantaggi dall'operazione sarebbe esclusivamente quest'ultimo, che avrebbe un risparmio di imposta<sup>173</sup>.

Il legislatore non ha però recepito le indicazioni della commissione e non ha apportato le modifiche suggerite riguardo i reati tributari.

Sembra però venire in soccorso l'Unione Europea che ha approvato una direttiva nel 2017<sup>174</sup> che prevede l'inserimento dei reati tributari nel novero di quelli punibili, ovviamente con espressa menzione delle frodi IVA in quelli che dovrebbero portare a responsabilità per le persone giuridiche.

La cosiddetta direttiva PIF quindi stabilisce che si dovranno prevedere sanzioni effettive proporzionate e dissuasive per le gravi frodi IVA che riguardino il sistema comune dell'imposta, è questa una importante delimitazione del campo di applicazione della nuova direttiva<sup>175</sup>; per gravità si intende una condotta che riguardi almeno due stati UE e che abbia portato un danno elevato alla riscossione. La direttiva specifica anche le sanzioni che dovranno essere applicabili agli enti<sup>176</sup>; si va dalle sanzioni pecuniarie a numerose interdizioni<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> Si può reperire ampio materiale sul dibattito in P. SABELLA *I reati tributari nella prospettiva della responsabilità individuale e degli enti collettivi*. su [www.eprints.luiss.it](http://www.eprints.luiss.it), Roma 2017 p. 412 ss.

<sup>173</sup> P. SABELLA *I reati tributari nella prospettiva della responsabilità individuale e degli enti collettivi* su [www.eprints.luiss.it](http://www.eprints.luiss.it), Roma 2017 p. 417.

<sup>174</sup> Direttiva 1371 del 2017.

<sup>175</sup> F. VENTIMIGLIA *La direttiva PIF e i suoi risvolti in materia 231* in [www.sole24ore.it](http://www.sole24ore.it) 17/04/2018.

<sup>176</sup> La direttiva non si occupa solo degli enti ma anche delle sanzioni alle persone fisiche, in particolare l'articolo 8 stabilisce anche per esse delle sanzioni effettive proporzionate e dissuasive, si prevedono all'interno dell'articolo anche delle soglie minime e massime di reclusione parametrati sul danno che è derivato dalla frode.

<sup>177</sup> In particolare quelle previste dalla direttiva all'articolo 9 sono: l' esclusione dal godimento di un beneficio o di un aiuto pubblico; l' esclusione temporanea o permanente dalle procedure di gara pubblica; l'interdizione temporanea o permanente di esercitare un'attività commerciale;

Il legislatore nazionale quindi dovrebbe adeguarsi inserendo i reati tributari nel catalogo dei reati presupposto del d.lgs. 231 del 2001 ma allo stato delle cose non si hanno notizie di una volontà in tal senso<sup>178</sup>. La scelta di farlo con il mezzo della direttiva non aiuta visto che l'articolo 86 TFUE avrebbe potuto legittimare anche l'adozione di un regolamento, ma probabilmente vista la delicatezza della materia penale e il suo carattere di *extrema ratio* si è preferito concedere discrezionalità agli stati membri<sup>179</sup>. Potrebbe però essere l'occasione per ripensare la scelta di non prevedere reati tributari nel d.lgs. 231 del 2000 stante il fatto che la direttiva obbligherebbe solamente ad inserire alcune fattispecie riguardanti l'Imposta sul Valore Aggiunto.

In assenza però di questa modifica normativa la giurisprudenza ha adottato la tecnica di contestare, ai fini del d.lgs. 231 del 2001, i reati associativi. Come si è visto qualora ne ricorrano le condizioni ai sensi della disciplina del reato dell'articolo 416 del Codice Penale, nelle frodi carosello ai partecipanti è stato spesso contestato il reato associativo, quest'ultimo è presente nell'elenco dei reati presupposto imprescindibile per l'applicazione del d.lgs. Inoltre qualora il rilievo della fattispecie travalichi i confini nazionali si potrà contestare il, già esaminato, reato transnazionale, anche esso nell'elenco del d.lgs.

Con questa tecnica si potrebbe perseguire anche l'ente nel caso di commissione di reati tributari visto la presenza del reato associativo nel novero di quelli che causano la responsabilità dell'ente<sup>180</sup>.

La conseguenza di questo *escamotage* giurisprudenziale è però che ci si trova davanti ad una situazione discriminatoria, poiché si colpiscono solamente quegli enti che siano in un vincolo associativo e magari in casi in cui non vi siano le caratteristiche per l'applicazione del 416 C.P. non si vadano a punire quelle società che sistematicamente pongano in essere condotte evasive di elevata pericolosità, a fronte

---

l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; provvedimenti giudiziari di scioglimento; la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato.

<sup>178</sup> La data massima per il recepimento è il 6 luglio 2019

<sup>179</sup> E. BASILE *Brevi note sulla nuova direttiva PIF- Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale* in *Diritto penale contemporaneo* p. 64ss.

<sup>180</sup> R. ALAGNA *I reati tributari e il regime di responsabilità degli enti*, in *Rivista Trimestrale di diritto Penale dell'economia* 2012, 397 e ss.

di altri enti i quali magari abbiano dato un contributo minimo all'associazione per delinquere ma che per via di questo modo di agire saranno sanzionati.

In conclusione quindi la responsabilità degli enti non ha, momentaneamente, alcun rilievo nei reati tributari visto che l'elenco dei reati presupposto di responsabilità delle persone giuridiche è da considerare tassativo e che un tentativo di colmare questa lacuna con l'analogia si tradurrebbe in una estensione in *malam partem* che come ben sappiamo non è possibile nel campo del diritto penale.

### **3.9 Conclusioni.**

Come si è potuto vedere in questo capitolo le società di comodo possono avere svariati utilizzi, di solito non perfettamente limpidi.

Nel caso delle frodi carosello vi è obbligatoriamente la presenza di almeno una società che sia una scatola vuota e che quindi possa agevolmente disfarsi nel nulla e scomparire. Non c'è dubbio che ci si trovi davanti ad una pratica fraudolenta vera e propria.

Diverso è invece l'utilizzo delle società non operative nelle operazioni di fusione per il solo scopo di riporto delle perdite. Il ruolo qui recitato da queste società è quello di bare fiscali, ossia di società che hanno il solo scopo di chiudere esercizi in perdita per essere di fatto commercializzate grazie all'*appeal* che hanno, proprio per via di queste perdite che sono, come ampiamente spiegato nei tempi e nei modi, riportabili e utilizzabili per abbattere il carico impositivo.

Quindi si può qui apprezzare un piccolo esempio della molteplicità di forme che può assumere la società non operativa e dei diversi strumenti che ha il legislatore per combatterle, visto che difficilmente una società fittizia potrà essere usata per scopi meritevoli.

Da un lato il legislatore sceglie di prevedere una serie di reati che possono essere commessi nel creare e utilizzare queste società. Come abbiamo visto nelle frodi

carosello la società cartiera e i suoi vertici possono commettere il reato di cui all'articolo 8 del d.lgs. 74 del 2000. Questo articolo punisce coloro che favoriscono con delle false fatture le condotte evasive di un terzo. Emblematica quindi questa previsione visto che sembra proprio essere un comportamento tipico di una società fittizia, chi altro, fuori dai casi di accordo per commettere il reato con conseguente spartizione dei proventi, avrebbe interesse a favorire con dei falsi l'evasione di un terzo se non un soggetto creato appositamente per questo scopo. Un soggetto che non ha alcun interesse nella sua attività di impresa ma è solamente una scatola vuota che produce "carte" alla bisogna.

Specularmente invece nel caso delle bare fiscali il legislatore sceglie di non punire penalmente il comportamento in questione, poiché va ricordato che, in assenza di una esplicita e specifica posizione riguardo ad una determinata fattispecie, le condotte elusive non hanno alcuna rilevanza penale<sup>181</sup>. Infatti in questa situazione si è scelto di prevedere solamente dei limiti tributari al riporto delle perdite per assicurarsi che manchi il fine elusivo e vi siano valide ragioni extrafiscali, e quindi economiche, per compiere l'operazione di acquisto della società in perdita e di fusione per incorporazione con essa, al di fuori della volontà di abbattere l'imposta dovuta sfruttando le perdite della società acquistata.

Rimane invece aperto il problema riguardante l'assenza dei reati tributari dal novero di quelli che comportano la responsabilità penale degli enti ai sensi del d.lgs. 231 del 2001. In assenza di un intervento del legislatore non si può in alcun modo sostenere che ciò comporti una responsabilità per la società, anche se come visto spesso la si fa discendere dalla contestazione dei delitti associativi o del reato internazionale, presenti nel catalogo dei reati presupposto del d.lgs.

Si tratta però di una soluzione chiaramente transitoria in quanto fa discendere la responsabilità dell'ente solamente dalla presenza o meno di un vincolo associativo, sganciandola dalla reale gravità e dalla reale responsabilità della società sui delitti ad essa contestati.

In questo capitolo ci si è occupati solamente di quelle frodi o elusioni che prevedono un utilizzo delle società di comodo prettamente sul territorio nazionale. Ciò ovviamente, e lo si è detto in apertura, non pretende di esaurire il novero di usi di

---

<sup>181</sup> Capitolo II Paragrafo 2.7

dette società ma vuole offrire una panoramica sui fenomeni più importanti al riguardo. Nel capitolo successivo ci si occuperà invece di utilizzi, sempre elusivi o fraudolenti, delle società non operative in ambito transnazionale.



## CAPITOLO IV

### UTILIZZI ELUSIVI E FRAUDOLENTI DELLE SOCIETA' DI COMODO IN AMBITO TRANSNAZIONALE

**Sommario:** 4.1 Premessa. 4.2 Le condotte qualificabili come *Dividend washing*: cenni introduttivi. 4.3 La *participation exemption*: metodo di coordinamento della tassazione della società e del socio soggetto passivo IRES. 4.3.1 La minusvalenza deducibile nella seconda cessione: il guadagno del secondo partecipante e la ragione che rende conveniente l'operazione. 4.4 La non contestata natura elusiva delle operazioni di *dividend washing*. 4.5 I mezzi di contrasto del legislatore alle pratiche di *dividend washing* e i rilievi dell'Agenzia delle Entrate. 4.6 Le pratiche di *transfer pricing* e la possibilità di "aggiustamento" del prezzo da parte dell'Amministrazione finanziaria. 4.7 L'evoluzione della disciplina del *transfer pricing* e il ruolo decisivo delle organizzazioni sovranazionali come l'OCSE. 4.8 L'attuale disciplina sul *transfer pricing* nell'ambito dell'OCSE: la rilevanza ed influenza delle Linee Guida, e la creazione dei metodi per la comparazione dei prezzi. 4.9 Il quadro normativo nazionale di riferimento sul *transfer pricing*, nel solco della disciplina dell'OCSE. 4.10 Le principali pronunce della Giurisprudenza nazionale in tema di *transfer pricing*. 4.11 Natura delle pratiche di *transfer pricing* e rilevanza penale: l'importanza della qualificazione della condotta per verificarne la punibilità. 4.12 Conclusioni in tema di utilizzo delle società di comodo nel *dividend washing* e nel *transfer pricing*.

#### **4.1 Premessa.**

Nello scorso capitolo si è affrontato il tema dei possibili utilizzi fraudolenti o elusivi delle società di comodo. Fraudolenti nelle operazioni chiamate “carosello IVA”, ed elusivi poiché è questa la finalità che anima la disciplina del riporto non dovuto delle perdite, attraverso le cosiddette “bare fiscali”.

Qui invece si vuole ampliare il discorso di questi possibili utilizzi elusivi e fraudolenti trattando delle fattispecie che travalicano i confini nazionali fino ad avere questo tipo di società non operative all'estero, al fine di intrattenere rapporti con società esistenti e operanti nel nostro territorio, per far loro ottenere dei vantaggi fiscali indebiti.

Si parlerà di *dividend washing* e *transfer pricing*, due tipi di condotte caratterizzate dalla transnazionalità e dal possibile utilizzo di una società fittizia per compiere l'operazione.

#### **4.2 Le condotte qualificabili come *Dividend washing*: cenni introduttivi.**

Il fenomeno del *dividend washing* è una pratica che si è molto diffusa nell'ambito del diritto societario.

La condotta prevede che un soggetto che detenga partecipazioni in una società le ceda in prossimità della data del cosiddetto “stacco” del dividendo, vale a dire il momento in cui sarà distribuita la quota di utili spettante ai soci. Ovviamente il prezzo delle azioni non si limiterà ad essere quello del valore di mercato della partecipazione, ma sarà maggiorato dal valore del dividendo che si riceverà a breve.

Colui che acquista queste azioni, attenderà di incassare il dividendo e poi cederà nuovamente la partecipazione al soggetto originario cedente, per un prezzo ovviamente inferiore visto che la partecipazione non ingloba più in se il dividendo.

Questa operazione, all'apparenza priva di logica di impresa, in realtà nasconde un risparmio fiscale indebito per entrambe le parti della transazione.

Infatti il primo cedente realizza una plusvalenza non imponibile per via del regime "pex", di fatto realizzando una percezione di dividendo mascherata da plusvalenza sulle partecipazioni. Il secondo soggetto coinvolto nell'operazione invece incasserà il dividendo derivante dalle partecipazioni appena acquistate, e inoltre avrà una minusvalenza interamente deducibile quando andrà a retrocedere la partecipazione all'originario cedente, con il prezzo ovviamente diminuito del valore del dividendo incassato.

#### **4.3 La *participation exemption*: metodo di coordinamento della tassazione della società e del socio soggetto passivo IRES.**

Ciò che consente al primo cedente di realizzare una plusvalenza non imponibile è il già menzionato meccanismo della *pex* che sta per *participation exemption* che tradotto nella nostra lingua significa "esenzione sulle partecipazioni". Meccanismo simile è utilizzato anche, oltre che per le plusvalenze da cessione di partecipazioni, per tassare i dividendi incassati dai soci, quindi se ne tratterà congiuntamente.

Questa esenzione serve a coordinare la tassazione sulla società con la tassazione sui soci allo scopo di evitare una doppia tassazione economica<sup>1</sup>. Con questo meccanismo il legislatore mostra la volontà di avvicinare, dal punto di vista fiscale, l'esercizio di una attività economica in forma associata al medesimo esercizio ma come impresa

---

<sup>1</sup> Si distinguono due tipi di doppia tassazione, quella giuridica che si ha quando un medesimo reddito è tassato due volte in capo al medesimo soggetto, e quella economica che si ha quando a due soggetti diversi è tassato il medesimo reddito. È chiaro qui che ci si trova davanti ad una doppia tassazione economica poiché l'utile societario è tassato in *primis* sulla società con il prelievo IRES, vale a dire l'imposta sul reddito delle società, e poi in assenza di *participation exemption* il medesimo reddito sarebbe tassato in capo al socio nel momento di percezione del dividendo.

individuale<sup>2</sup>. Non si tratta quindi in fin dei conti di una agevolazione fiscale ma più propriamente di una regola generale di coordinamento della tassazione della società e dei soci<sup>3</sup>, soprattutto nel caso dei dividendi.

Astrattamente questo scopo poteva essere perseguito in diversi modi. Si poteva utilizzare il sistema della trasparenza, vale a dire tassare solamente i soci rendendo la società fiscalmente trasparente e non qualificandola come soggetto passivo di imposte sul reddito della società. Questo sistema è oggi in vigore per le società di persone e per alcune società di capitali che presentino determinate caratteristiche<sup>4</sup>. La seconda strada percorribile era quella del credito di imposta; vale a dire assegnare ai soci percipienti il dividendo, un credito di imposta pari alla quota di imposta già pagata dalla società soggetto passivo IRES. Questo sistema è stato quello in vigore nel nostro paese fino al 1 Gennaio 2004<sup>5</sup>.

Da quella data, con il d.lgs. 344 del 2003, il legislatore ha adottato la terza e ultima strada, vale a dire quella di neutralizzare la doppia tassazione concedendo una esenzione o riduzione al socio percipiente il dividendo<sup>6</sup>.

In particolare, per quanto riguarda la partecipazione, questa esenzione consente di avere una imponibilità delle plusvalenze derivanti dalla cessione di una partecipazione, che abbia i requisiti necessari per l'applicazione del regime, solamente del 5% in quanto il restante 95% sarebbe appunto esente, con conseguenze anche sulla deducibilità dei costi.

Vi sono però delle condizioni da soddisfare per usufruire di questa esenzione, queste si trovano disciplinate nell'articolo 87 del TUIR<sup>7</sup>. Innanzitutto quella che è a monte

---

<sup>2</sup> G. INGRAO, R. LUPI *Il doppio regime di circolazione delle partecipazioni ai fini "pex": regola ed eccezioni* in *Dialoghi Tributari* 2/2012 p. 159.

<sup>3</sup> G. INGRAO, R. LUPI *Il doppio regime di circolazione delle partecipazioni ai fini "pex": regola ed eccezioni* in *Dialoghi Tributari* 2/2012 p. 160.

<sup>4</sup> Quelle società che ai sensi dell'articolo 115 del TUIR siano composte esclusivamente da soci soggetti passivi IRES con partecipazioni obbligatoriamente comprese tra il 10% e il 50% del capitale. L'opzione dura tre esercizi, deve essere richiesta da tutti i soci e non è revocabile. F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p.151 ss.

<sup>5</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 112.

<sup>6</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 112.

<sup>7</sup> Si riporta data l'importanza l'articolo in questione: il numero 87 del Testo unico sulle imposte sui redditi 917 del 1986, recente modificato nel suo comma 2 dal d.lgs. n. 142 del 2018 all'articolo 5.

---

1. Non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti nella misura del 95 per cento le plusvalenze realizzate e determinate ai sensi dell'articolo 86, commi 1, 2 e 3 relativamente ad azioni o quote di partecipazioni in società ed enti indicati nell'articolo 5, escluse le società semplici e gli enti alle stesse equiparate, e nell'articolo 73, comprese quelle non rappresentate da titoli, con i seguenti requisiti: a) ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente; b) classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso; c) residenza fiscale o localizzazione dell'impresa o ente partecipato in Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis, comma 1, o, alternativamente, la dimostrazione, anche a seguito dell'esercizio dell'interpello di cui allo stesso articolo 47-bis, comma 3, della sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo. Qualora il contribuente intenda far valere la sussistenza di tale ultima condizione ma non abbia presentato la predetta istanza di interpello ovvero, avendola presentata, non abbia ricevuto risposta favorevole, la percezione di plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni in imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis, comma 1, deve essere segnalata nella dichiarazione dei redditi da parte del socio residente; nei casi di mancata o incompleta indicazione nella dichiarazione dei redditi si applica la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 8, comma 3-ter, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471. Ai fini della presente lettera, la condizione indicata nell'articolo 47-bis, comma 2, lettera b), deve sussistere, ininterrottamente, sin dal primo periodo di possesso; tuttavia, per i rapporti detenuti da più di cinque periodi di imposta e oggetto di realizzo con controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa, è sufficiente che tale condizione sussista, ininterrottamente, per i cinque periodi d'imposta anteriori al realizzo stesso. Ai fini del precedente periodo si considerano appartenenti allo stesso gruppo i soggetti residenti o meno nel territorio dello Stato tra i quali sussiste un rapporto di controllo ai sensi del comma 2 dell'articolo 167 ovvero che, ai sensi del medesimo comma 2, sono sottoposti al comune controllo da parte di altro soggetto residente o meno nel territorio dello Stato; d) esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'articolo 55. Senza possibilità di prova contraria si presume che questo requisito non sussista relativamente alle partecipazioni in società il cui valore del patrimonio è prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa, dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. Si considerano direttamente utilizzati nell'esercizio d'impresa gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui la società partecipata svolge l'attività agricola. 1-bis. Le cessioni delle azioni o quote appartenenti alla categoria delle immobilizzazioni finanziarie e di quelle appartenenti alla categoria dell'attivo circolante vanno considerate separatamente con riferimento a ciascuna categoria. 2. Il requisito di cui al comma 1, lettera c), deve sussistere, ininterrottamente, sin dal primo periodo di possesso; tuttavia, per i rapporti detenuti da più di cinque periodi di imposta e oggetto di realizzo con controparti non appartenenti allo

di tutte le altre è che è necessario che il socio sia un soggetto passivo IRES<sup>8</sup> per usufruire della esenzione.

Le altre condizioni sono elencate nell'articolo 87. È necessario che vi sia stato un periodo ininterrotto di possesso, il cosiddetto "*holding period*", di almeno 12 mesi prima della data di cessione. È poi richiesto che il cedente abbia iscritto in bilancio le partecipazioni come immobilizzazioni finanziarie, ciò deve essere avvenuto sin dalla prima iscrizione in bilancio quindi sin dall'inizio del possesso.

Questi appena visti sono i requisiti che attengono alla società detentrici delle partecipazioni. Vi sono però altri requisiti che invece riguardano la società

---

stesso gruppo del dante causa, e' sufficiente che tale condizione sussista, ininterrottamente, per i cinque periodi d'imposta anteriori al realizzo stesso. Ai fini del precedente periodo si considerano appartenenti allo stesso gruppo i soggetti residenti o meno nel territorio dello Stato tra i quali sussiste un rapporto di controllo ai sensi del comma 2 dell'articolo 167 ovvero che, ai sensi del medesimo comma 2, sono sottoposti al comune controllo da parte di altro soggetto residente o non residente nel territorio dello Stato. Il requisito di cui al comma 1, lettera d), deve sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso. 3. L'esenzione di cui al comma 1 si applica, alle stesse condizioni ivi previste, alle plusvalenze realizzate e determinate ai sensi dell'articolo 86, commi 1, 2 e 3, relativamente alle partecipazioni al capitale o al patrimonio, ai titoli e agli strumenti finanziari similari alle azioni ai sensi dell'articolo 44, comma 2, lettera a) ed ai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b). Concorrono in ogni caso alla formazione del reddito per il loro intero ammontare gli utili relativi ai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo. 4. Fermi rimanendo quelli di cui alle lettere a), b) e c), il requisito di cui alla lettera d) del comma 1 non rileva per le partecipazioni in società i cui titoli sono negoziati nei mercati regolamentati. Alle plusvalenze realizzate mediante offerte pubbliche di vendita si applica l'esenzione di cui ai commi 1 e 3 indipendentemente dal verificarsi del requisito di cui alla predetta lettera d). 5. Per le partecipazioni in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, i requisiti di cui alle lettere c) e d) del comma 1 si riferiscono alle società indirettamente partecipate e si verificano quando tali requisiti sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante. 6. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle plusvalenze di cui all'articolo 86, comma 5-bis.

<sup>8</sup> Per i soci persone fisiche il trattamento è parzialmente diverso poiché vi è una ritenuta alla fonte del 26%, aliquota diminuita dalla legge di bilancio del 2018, per i dividendi prodotti da società di capitali. Per le società di persone o imprese individuali invece l'esenzione sarà minore rispetto ai soggetti passivi IRES, vale a dire del 41,86%.

partecipata. Essa non deve risultare residente in uno dei paesi a fiscalità privilegiata, questi paesi si individuano ai sensi del comma 4 dell'articolo 167 del TUIR come quei paesi in cui vi sia un livello nominale di tassazione che sia inferiore al 50% di quello previsto in Italia. Ciò si spiega con il fatto che qualora vi sia una tassazione estremamente bassa a monte si perde quella che è la *ratio* dell'esenzione<sup>9</sup>. È previsto nel medesimo comma una procedura di interpello che consentirebbe al contribuente di beneficiare dell'esenzione anche in caso di residenza in un paese a fiscalità privilegiata qualora provi che non è stato conseguito l'effetto di evitare una tassazione ordinaria<sup>10</sup>.

L'ultimo requisito richiesto è che la società partecipata svolga attività commerciale ai sensi dell'articolo 55 del TUIR<sup>11</sup>. Il medesimo comma contiene anche una presunzione assoluta al riguardo poiché prevede che le società non si consideri commerciale quando il suo patrimonio sia costituito prevalentemente da beni immobili che siano però diversi dagli immobili oggetto dell'attività di impresa o da fabbricati o impianti utilizzati nell'esercizio di impresa.

È chiaro che l'esigenza di evitare una doppia tassazione sussiste anche per le società che abbiano un grosso patrimonio immobiliare, ma qui emerge chiaramente la volontà del legislatore di evitare che, le società partecipate siano utilizzate come veicolo per realizzare plusvalenze da cessioni di immobili, e distribuirle poi come utili o plusvalenze in regime di esenzione. È perciò chiaramente una finalità anti elusiva quella che guida il legislatore in questa previsione.

I requisiti attinenti la società partecipata devono sussistere per tutto il periodo del possesso. Come accennato dal 12 Gennaio 2019 entra in vigore una nuova disposizione introdotta dal d.lgs. 142 del 2018. Si prevede in maniera parzialmente derogatoria della regola appena esposta che nel caso in cui il possesso si protragga da almeno cinque esercizi e che siano oggetto di operazioni tra soggetti non appartenenti al medesimo gruppo è sufficiente che questi requisiti siano presenti

---

<sup>9</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 114.

<sup>10</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 114.

<sup>11</sup> Vale a dire tutte le imprese commerciali dell'articolo 2195 c.c. e quelle agricole se sfiorano i limiti anche qualora non siano organizzate in forma di impresa. Invece necessitano del requisito dell'organizzazione imprenditoriale le attività non risultanti nell'articolo 2195 del c.c.

negli ultimi cinque periodi di imposta. Per il requisito dell'esercizio dell'attività commerciale si prevede invece che debba sussistere dall'inizio del possesso e per almeno tre esercizi.

Nel caso in cui la società partecipata sia una società cosiddetta “*holding*” vale a dire una società che ha come attività di impresa prevalente, quella di assumere partecipazioni, i requisiti sopra menzionati si devono ritenere rivolti alle società che compongono il “patrimonio” della *holding* e devono essere presenti almeno per una quantità maggiore delle metà del patrimonio societario.

La disciplina appena esposta si applica alle società individuate dall'articolo 5 del TUIR ad eccezione delle società semplici e degli enti ad essi equiparati.

Le partecipazioni in società che non siano residenti in uno stato a fiscalità non privilegiata, o che non eserciti attività commerciale non beneficeranno dell'esenzione. Allo stesso modo qualora delle partecipazioni siano detenute da meno di dodici mesi oppure siano state iscritte almeno una volta nell'attivo circolante del bilancio di esercizio non saranno esenti. Rileva altresì la qualità di soggetto passivo IRES del partecipante ai fini dell'esenzione poiché, come illustrato<sup>12</sup>, le altre categorie di possessori hanno un trattamento tributario parzialmente diverso.

Per via di questa esenzione i costi inerenti le plusvalenze non possono essere dedotti. Qui si ha la più grossa differenza con il regime dei dividendi visto che quest'ultimi sono esclusi e non esenti, quindi i costi inerenti saranno deducibili, ovviamente solo dalla quota del 5% rimanente<sup>13</sup>.

Come detto il regime delle partecipazioni si applica anche ai dividendi ma non sono richieste le quattro condizioni precedentemente illustrate. L'imponibilità del 5% si spiega in parte con la possibilità di detrarre i costi, che quindi vengono quasi “forfettizzati” dal legislatore nella percentuale appena menzionata<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Si veda la nota 8.

<sup>13</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 116.

<sup>14</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 117.

Alle azioni sono equiparati, ai fini fiscali e dell'imponibilità del dividendo, i contratti di associazione in partecipazione con apporto di capitale e i titoli e strumenti finanziari assimilabili alle azioni<sup>15</sup>.

I dividendi in questo caso sono tassati tramite il principio di cassa, quindi quando essi siano effettivamente percepiti. In altri casi come per le società, siano esse di persone o di capitali<sup>16</sup>, che adottano il regime di trasparenza invece i dividendi sono imputati ai soci a prescindere dal fatto che avvenga o meno la distribuzione degli utili.

Per tornare all'argomento del *dividend washing*, è questo meccanismo che nel caso del rispetto dei predetti requisiti, non troppo stringenti per la verità, consente all'originario cedente della partecipazione di incassare il dividendo mascherato da plusvalenza tramite il prezzo delle azioni cedute maggiorato dal valore del dividendo che sarà presto staccato.

L'acquirente potrà quindi incassare il dividendo anch'esso con l'esclusione del 95% della base imponibile, visto che come visto non sono necessarie le quattro condizioni dell'articolo 87 del TUIR per la percezione di dividendi esclusi.

#### **4.3.1 La minusvalenza deducibile nella seconda cessione: il guadagno del secondo partecipante e la ragione che rende conveniente l'operazione.**

Come visto l'originario cedente ottiene una plusvalenza non imponibile qualora rispetti le circostanze necessarie all'applicazione della *participation exemption*. Viene in rilievo quindi successivamente la figura dell'acquirente che incasserà il dividendo con l'esclusione del 95% in quanto il percipiente sarà certamente un soggetto passivo IRES.

---

<sup>15</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 117.

<sup>16</sup> Si veda nota 4.

L'operazione che metterà in atto dopo aver incassato il dividendo sarà quella di retrocedere le azioni all'originario cedente, ma con una particolarità, poiché il prezzo di questa seconda cessione sarà diminuito dell'esatto valore del dividendo incassato in maniera tale da ricostituire in capo all'originario cedente la situazione che egli avrebbe avuto incassando semplicemente il dividendo poiché avrà avuto una plusvalenza non imponibile al posto del dividendo che avrebbe dovuto incassare se avesse mantenuto la partecipazione.

Il cedente con questa seconda cessione otterrà ovviamente una minusvalenza, poiché avrà acquistato delle partecipazioni che avevano "in pancia" dei dividendi prossimi all'incasso, quindi con un valore dato alla partecipazione più alta di quello reale. Al momento della seconda cessione il titolo non avrà più dei dividendi prossimi allo stacco e il suo valore tornerà ad essere quello della semplice partecipazione al capitale sociale.

In questo caso è evidente l'ottenimento di una minusvalenza da parte di questo secondo soggetto. Nel diritto tributario in genere le minusvalenze sono deducibili così come le perdite. Per quanto riguarda però le minusvalenze da partecipazione l'articolo 101 del TUIR al suo comma 1 prevede che in questo caso le minusvalenze siano deducibili con lo stesso criterio delle plusvalenze. Saranno perciò indeducibili le minusvalenze realizzate su partecipazioni esenti in quanto beneficianti del regime di *participation exemption*. Specularmente non vi saranno limiti alla deducibilità nel caso in cui non ricorrano i requisiti che consentono l'esenzione<sup>17</sup>.

Nel caso di questa seconda cessione all'interno dell'operazione di *dividend washing* è chiaro come non ricorra innanzitutto il requisito del possesso prolungato per 12 mesi, e non vi è neanche nessun interesse delle parti che si compiano i requisiti per la *participation exemption* visto che il mancato operare di questo meccanismo di coordinamento è in questo caso vantaggioso, poiché consente una integrale deducibilità della minusvalenza in capo al primo acquirente. Questo è ovviamente uno dei motivi per i quali si è spinti a mettere in atto una operazione di *dividend washing*.

---

<sup>17</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 117.

#### **4.4 La non contestata natura elusiva delle operazioni di *dividend washing*.**

Una volta descritta la condotta delle operazioni di *dividend washing*, si può iniziare a discuterne della natura.

Le operazioni di questo genere sono sempre state considerate di natura elusiva. Non vi è qui una norma violata dalle due cessioni che intercorrono tra i soggetti, semplicemente vi è un aggiramento delle norme in tema di plusvalenze e dividendi esenti.

Non si rinvencono nella condotta in esame delle valide ragioni economiche, che possano giustificare il compimento di queste operazioni, che quindi sono rette solamente dalla volontà di produrre un mero risparmio di imposta indebito per i soggetti, visto che nessuna apprezzabile mutazione della situazione precedente si rinviene al termine delle operazioni.

Anche la giurisprudenza si è orientata nel considerare queste operazioni come esempi di elusione fiscale. In particolare la sentenza della Corte di Cassazione n. 26057 del 2015 si è occupata del tema. Qui la corte ha stabilito che le operazioni di *dividend washing* integrino una condotta di abuso del diritto o più propriamente elusione fiscale. Infatti la Corte, pur ragionando su di un piano normativo ampiamente superato<sup>18</sup>, non ha avuto dubbi nel considerare elusiva la condotta delle cessioni intercorse tra le medesime parti che avevano come unico fine quello del doppio risparmio di imposta per entrambe le parti in causa<sup>19</sup>.

Sempre la medesima sentenza della cassazione sembrerebbe ricostruire la condotta di *dividend washing* come una operazione di simulazione ma ciò mal si concilierebbe

---

<sup>18</sup> I fatti risalgono agli anni '90 e la sentenza al 2015 quindi i giudici hanno applicato la vecchia disposizione dell'articolo 37 bis del dpr 600 del 1973. L.CASTALDI *Il "dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto- la Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo* in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria* 7/2016 p 580 ss.

<sup>19</sup> L.CASTALDI *Il "dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto- la Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo* in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria* 7/2016 p 580 ss.

con la natura elusiva che è pacifica di questa doppia vendita. Infatti nell'elusione fiscale le operazioni poste in essere sono realmente volute ed effettuate, ciò che stride è il fine che è quello di eludere delle norme tributarie e ottenere risparmi di imposta; nella simulazione invece, come sappiamo, vi è un patto contrario tra i contraenti rispetto alle operazioni poste in essere, che risultano perciò non volute e di fatto adottate solo in apparenza<sup>20</sup>.

Anche i mezzi di contrasto attuati dal legislatore<sup>21</sup> denotano una natura elusiva dell'operazione poiché, come si vedrà, la contromisura è quella di cercare di sterilizzare il vantaggio fiscale, tramite delle precisazioni alla disciplina generale dal chiaro stampo antielusivo.

#### **4.5 I mezzi di contrasto del legislatore alle pratiche di *dividend washing* e i rilievi dell'Agenzia delle Entrate.**

Il legislatore accortosi della facilità con la quale queste operazioni conducevano ad un arbitraggio fiscale dannoso per il fisco, ha deciso di intervenire. Lo ha fatto con l'articolo 5 *quinquies* del d.l. 30 settembre 2005<sup>22</sup>, che ha inserito nell'articolo 109 del TUIR i commi 3 *bis*, 3 *ter*, 3 *quater*.

In seguito poi sono stati aggiunti con interventi più recenti il comma 3 *quinquies*<sup>23</sup>, e il comma 3 *sexies*<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> L.CASTALDI *Il "dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto- la Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo* in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria* 7/2016 p 580 ss.

<sup>21</sup> Essi si esamineranno nel paragrafo 4.5

<sup>22</sup> Convertito con la legge 248/2005.

<sup>23</sup> Aggiunto dall'articolo 58 lettera h) della legge 244 del 24 dicembre 2007 ed entrato in vigore nel periodo di imposta del 2008.

<sup>24</sup> Aggiunto dall'articolo 7 comma 11 del d.lgs. 156 del 24 settembre 2015.

Le aggiunte miravano infatti a modificare il regime di deducibilità delle minusvalenze e delle differenze tra ricavi e costi, quando le operazioni fossero caratterizzate dal fatto che, la partecipazione sia stata acquistata in prossimità della distribuzione degli utili<sup>25</sup>.

La scelta legislativa era stata quella perciò di limitare la deducibilità di alcune minusvalenze. In particolare il comma 3 *bis* dell'articolo 109 del TUIR prevede che le minusvalenze sulla cessione di partecipazioni che non posseggano i requisiti necessari al fine di godere della *participation exemption*, non sono rilevabili in deduzione per la quantità di dividendo o di acconti su di esso che si è ricevuta nei trentasei mesi anteriori al realizzo della minusvalenza. La medesima regola si applica anche agli strumenti finanziari e i titoli simili alle azioni, che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie previste all'articolo 85 comma 1 del TUIR. Il comma 3 *ter* rende applicabile la regola appena esposta anche alle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni acquisite nei trentasei mesi anteriori al realizzo della minusvalenza e che rispettino le condizioni riguardanti la società partecipata per la *participation exemption*.

Il comma 3 *quater* stabilisce che rimane ferma l'applicazione a queste operazioni dell'allora vigente articolo 37 *bis* del dpr 600 del 1973. La norma non è stata più aggiornata dal 2005 ma si ritiene che le disposizioni che facciano riferimento espresso a questo articolo, debbano intendersi oggi come riferite all'articolo 10 *bis* dello Statuto del Contribuente, che contiene la nuova disciplina dell'elusione fiscale. Inoltre grazie alla nuova formulazione di quest'articolo la disposizione del comma 3 *ter* è senz'altro superflua, visto che la clausola anti elusiva è di applicabilità generalizzata.

il comma 3 *quinqüies* prevede che le regole sopra esposte non valgano per i soggetti che redigono il bilancio in base ai principi contabili internazionali<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> E. MIGNARRI *La disciplina di contrasto al dividend washing: problematiche aperte e questioni emerse Il Fisco* n. 28 del 2008 p. 5047 ss.

<sup>26</sup> L'elenco di questi soggetti è contenuto nel d.lgs. 38 del 2005 modificato dal d.lgs. 139 del 2015. E.BOCCHINI *Diritto della contabilità delle imprese- Volume II il bilancio d'esercizio*, Roma, 2016. p. 573 ss.

Il comma 3 *sexies* infine consente al contribuente di presentare interpello al fine di poter poi disapplicare le regole dei commi 3 *bis* e 3 *ter*.

Tutte queste previsioni miravano quindi ad impedire che i soggetti ponessero in essere queste condotte al fine di ottenere un risparmio di imposta, neutralizzando il vantaggio fiscale che deriverebbe dalle operazioni di *dividend washing*.

Limitando infatti la deducibilità delle minusvalenze e delle differenze negative delle cessioni di partecipazioni, o di strumenti finanziari assimilati alle azioni, fino all'importo equivalente ai dividendi incassati negli ultimi trentasei mesi, si limita di fatto il vantaggio dell'originario acquirente che avrebbe integralmente potuto dedurre l'intera minusvalenza della retrocessione della partecipazione all'originario cedente. Questo spiega infatti come il comma 3 *bis* limiti l'operatività della sua stessa previsione a quelle partecipazioni che non rispettino i requisiti della *participation exemption*<sup>27</sup>.

È previsto però che queste partecipazioni debbano comunque rispettare il requisito della residenza in un paese che non sia a fiscalità privilegiata<sup>28</sup>.

In tema di *dividend washing* l'Agenzia delle Entrate ha emanato una circolare<sup>29</sup>, che aveva come obiettivo quello di dirimere eventuali dubbi, che potessero sorgere sulla disciplina di contrasto approvata.

L'Agenzia sostiene che mediante questo intervento normativo il legislatore abbia cercato di evitare il rischio che la disciplina andasse a colpire anche le vendite non ritenute elusive dell'imposta. Dall'altro lato però il legislatore voleva ridurre gli spazi di convenienza per le possibili operazioni di *dividend washing*.

In particolare l'Agenzia ha chiarito che il comma 3 *bis* non avendo al suo interno alcuna previsione di esclusione che ne limiti l'ambito di operatività ha una applicazione generalizzata alle cessioni di titoli partecipativi, comprese quelle

---

<sup>27</sup> E. MIGNARRI *La disciplina di contrasto al dividend washing: problematiche aperte e questioni emerse Il Fisco* n. 28 del 2008 p. 5047 ss.

<sup>28</sup> Così prevede il comma 88 dell'articolo 1 della legge 244 del 2007 E. MIGNARRI *La disciplina di contrasto al dividend washing: problematiche aperte e questioni emerse Il Fisco* n. 28 del 2008 p. 5047 ss.

<sup>29</sup> È la circolare n.21 del 2006 ed ha come oggetto "Disciplina di contrasto alle operazioni di cessione delle partecipazioni cd. "utili compresi" (*dividend washing*) – articolo 5-quinquies del decreto-legge n. 203 del 2005 (c.d. "collegato fiscale" alla legge finanziaria per il 2006)".

effettuate nelle attività di *trading*. Non rileva la circostanza che i titoli oggetto di cessione siano o meno negoziati in mercati regolamentati oppure che l'acquisto avvenga tra controparti estranee ad un rapporto di controllo.

Il comma 3 *ter* precisa ancor di più l'ambito di applicazione, perciò l'Agenzia trae dal combinato disposto dei due commi di cui si è appena parlato, la conseguenza che le minusvalenze da realizzo sono in definitiva indeducibili se abbiano ad oggetto titoli partecipativi che siano detenuti da meno di trentasei mesi e che abbiano congiuntamente i seguenti requisiti: non rientrino nel regime di *participation exemption*, poiché è noto che non siano rilevanti le minusvalenze dei titoli che abbiano questo regime di esenzione; e inoltre che abbiano però i requisiti richiesti dalla società partecipata per la *participation exemption*, vale a dire il fatto che non vi sia la residenza in un paese a fiscalità privilegiata e che l'attività economica svolta sia di tipo commerciale.

Occorre anche che la società non abbia distribuito utili nell'ultimo triennio prima del realizzo.

Oltre all'ambito di applicazione la circolare precisa anche che la disciplina si applica dal 1° Gennaio 2006 quindi per quanto riguarda la percezione dei dividendi rileveranno quelli distribuiti dal 1° Gennaio 2004, gli acconti distribuiti dal 30 Settembre 2003, e anche i dividendi percepiti in vigenza del precedente regime impositivo<sup>30</sup> visto che comunque avevano il beneficio del credito di imposta, non si creano quindi delle disparità.

Per quanto riguarda il riferimento del comma 3 *quater* rispetto all'applicabilità della clausola antielusiva l'Agenzia precisa che, l'Amministrazione finanziaria può disconoscere la minusvalenza e considerarla indeducibile anche in applicazione della norma antielusiva generale, questo anche per delle fattispecie diverse da quella per la quale opera la presunzione in esame. Quindi anche in questo caso, cioè di fronte alla presenza di una norma anti elusiva *ad hoc*, non è delimitata in alcun modo l'operatività della clausola anti elusiva. Vi potranno essere perciò dei casi in cui dei

---

<sup>30</sup> Come si è detto nel paragrafo 4.3 i dividendi erano assistiti da un credito di imposta fino al 2004 quando si è passati all'attuale regime dell'esenzione.

risparmi di imposta sono legittimi per le disposizioni in esame qui, ma risultino elusivi riguardo la normativa generale<sup>31</sup>.

Come già detto in precedenza le medesime considerazioni devono essere mantenute anche per l'articolo 10 *bis* dello Statuto del Contribuente che oggi regola la materia dell'elusione fiscale.

L'articolo 5 *quinquies* del Decreto Legge n.205 del 2003 ha anche previsto l'obbligo, per il contribuente, di comunicare all'Agenzia delle Entrate le minusvalenze e le differenze negative dedotte che superino l'ammontare di 50.000 Euro nei periodi di imposta in cui si applica questo decreto.

Successivamente l'Agenzia si concentra nello spiegare un passaggio che il decreto legge ha colpevolmente ignorato. Vale a dire la presenza di titoli omogenei e acquisiti in tempi diversi e le successive cessioni di parte di questi titoli, creando il problema su quale delle partecipazioni omogenee sia stata ceduta e quale permanga in capo al proprietario. Perciò conclude l'Agenzia che allo stato attuale non vi sono dei criteri normativi per individuare l'anzianità di possesso e i relativi dividendi non imponibili percepiti nei trentasei mesi precedenti la cessione, al cui importo è parametrata la sterilizzazione della minusvalenza visto che l'eccedenza sarà sempre deducibile.

Perciò nel caso dei titoli iscritti nelle immobilizzazioni finanziarie l'Agenzia precisa che sarà una operazione agevole visto che basterà, trattandosi di titoli immobilizzati, individuare in modo analitico il singolo titolo venduto e anche altrettanto agevolmente i dividendi distribuiti nel triennio precedente.

Nel caso di titoli iscritti nell'attivo circolante<sup>32</sup>, stante il silenzio del legislatore il contribuente ha due criteri applicabili. Il primo criterio è quello ordinario adottato per la movimentazione e valutazione del magazzino titoli. Il secondo si può utilizzare nel caso non sia possibile risalire tramite il primo metodo alla data di acquisto<sup>33</sup> dei

---

<sup>31</sup> E. MIGNARRI *La disciplina di contrasto al dividend washing: problematiche aperte e questioni emerse Il Fisco* n. 28 del 2008 p. 5047 ss.

<sup>32</sup> Cosa ammissibile visto che non è necessario il rispetto di tutti i requisiti della *participation exemption*, anzi è condizione per l'applicazione della attuale disciplina di contrasto.

<sup>33</sup> Per alcune imprese che utilizzano certi tipi di contabilizzazione, come ad esempio il LIFO (*last in first out*, vale a dire l'ultimo ad "entrare" in magazzino è il primo poi ad "uscire" per una cessione) a scatti annuali, oppure il costo medio ponderato, può essere difficoltoso risalire agli esatti momenti

titoli, si applicherà perciò un criterio uniforme che, solamente ai fini della disciplina di contrasto del *dividend washing*, individui il titolo più risalente nel “magazzino” e l’importo dei dividendi distribuiti. questo criterio deve essere elaborato dal contribuente, e nel caso in cui l’Agenzia lo richieda si dovranno fornire le documentazioni che ne giustificano l’adozione e le modalità.

L’Agenzia precisa poi che questo criterio elaborato dal contribuente varrà ai soli fini dell’individuazione di possibili operazioni di *dividend washing*, per le altre valutazioni dovrà permanere il metodo di valutazione usato in sede di bilancio di esercizio, anche per la determinazione delle componenti negative che si vorrebbe dedurre.

L’Agenzia poi avvisa i contribuenti del fatto che non è in alcun modo possibile compensare delle minusvalenze o delle altre differenze negative dalla cessione di partecipazioni, con delle altre plusvalenze o differenze positive, nemmeno nel caso in cui le operazioni siano avvenute nella medesima giornata, ogni cessione di titolo perciò dovrà essere strettamente trattata separatamente.

Inoltre l’Agenzia chiarisce che il dividendo distribuito negli ultimi trentasei mesi, che poi sarà la quantità di minusvalenza indeducibile, non dovrà poi essere considerato<sup>34</sup> ai fini del monte dividendi valevole per le successive cessioni, anche se distribuito nei trentasei mesi anteriori alla cessione ma con diverso proprietario.

Infine l’Agenzia si premura di interpretare favorevolmente le nuove norme per coloro che si occupano di *trading* e per i quali l’attività di acquisto e vendita di titoli spesso non è effettuata a fini elusivi ma è il *core business* della società. Per gli enti che svolgono questo tipo di attività si prevede un regime di favore, in quanto nel caso di una cessione ed un riacquisto di titoli della medesima categoria, ai fini della deducibilità della minusvalenza saranno considerati solamente i dividendi percepiti

---

dell’acquisto. Infatti il LIFO a scatti annuali considera insieme tutti i titoli omogenei senza alcuna differenziazione che riguardi il giorno di acquisto, e altrettanto fa il metodo del costo medio ponderato che non richiede contabilmente alcuna memorizzazione della data di acquisto. E. Mignarri *La disciplina di contrasto al dividend washing: problematiche aperte e questioni emerse Il Fisco* n. 28 del 2008 p. 5047 ss.

<sup>34</sup> La circolare 21 del 2006 in particolare utilizza il termine “stornato”.

successivamente al riacquisto. Questa interpretazione semplifica non poco le attività di *trading*<sup>35</sup>.

#### **4.6 Le pratiche di *transfer pricing* e la possibilità di “aggiustamento” del prezzo da parte dell’Amministrazione finanziaria.**

Il fenomeno del *transfer pricing* è molto diffuso nell’ambito dei gruppi di società. esso consiste nella rettifica che può fare l’amministrazione finanziaria ai sensi dell’articolo 110 comma 7 del TUIR dei prezzi, ai fini fiscali, di determinate operazioni tra società facenti parte del medesimo gruppo ma situate in stati diversi, tutto ciò ovviamente a determinate condizioni.

Solitamente le società del medesimo gruppo mettono in pratica queste operazioni, al fine di spostare gli utili nello stato che abbia la fiscalità più conveniente per quel tipo di operazioni. Si tratta perciò di una operazione elusiva del fisco qualora ne ricorrano tutti gli elementi<sup>36</sup>.

A volte può però accadere che la rettifica dell’Amministrazione finanziaria non sia una conseguenza di una elusione fiscale, bensì la corretta tassazione di una operazione che essendo avvenuta tra soggetti legati da un vincolo di gruppo, potrebbe essere stata conclusa a prezzi non “normali”<sup>37</sup>.

L’articolo 110 del TUIR al suo comma 7<sup>38</sup>, come già detto, regola la possibilità dell’Amministrazione finanziaria di rettificare questi prezzi.

---

<sup>35</sup> E. MIGNARRI *La disciplina di contrasto al dividend washing: problematiche aperte e questioni emerse Il Fisco* n. 28 del 2008 p. 5047 ss.

<sup>36</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 148.

<sup>37</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 148.

<sup>38</sup> Si riporta, data l’importanza ai fini dell’argomento in esame, il comma 7 dell’articolo 110 del TUIR: I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l’impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l’impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei

In particolare il comma in questione prevede che l'ambito di applicazione dell'articolo sia circoscritto ai componenti del reddito che siano derivanti da operazioni con una società non residente nel territorio italiano, e con la quale si intrattenga un rapporto di controllo, vale a dire essa sia la controllante o controllata anche in maniera indiretta<sup>39</sup>.

Quindi nelle operazioni appena esposte l'Amministrazione finanziaria ha il potere di produrre un "aggiustamento" del prezzo dell'operazione di cessione per ricondurlo a quello che sarebbe stato il prezzo cosiddetto "normale", come sarebbe dovuto essere se l'operazione fosse intercorsa tra parti non correlate.

I criteri per enucleare il concetto di prezzo normale nel nostro ordinamento sono reperibili nell'articolo 9 del TUIR al suo comma 3<sup>40</sup>. In particolare è previsto che per prezzo normale si intenda quello mediamente applicato per dei beni o servizi che siano della stessa specie e per trovare questo prezzo si deve ipotizzare che la cessione avvenga in condizioni di concorrenza perfettamente libera, e avvenga nel medesimo

---

servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti.

<sup>39</sup> Si può perciò avere sia un rapporto diretto, quindi qualora una delle due sia la controllante dell'altra società coinvolta, oppure un rapporto di controllo indiretto, vale a dire la cosiddetta "catena di controllo", quando cioè l'operazione avvenga tra due società che abbiano un rapporto di controllo ma con un soggetto interposto fra di esse, infine si può presentare il caso delle società cosiddette "sorelle" cioè quando le due parti abbiano una controllante comune.

<sup>40</sup> Si riporta il comma 3 dell'articolo 9 del TUIR: Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore.

tempo e nel medesimo luogo in cui è avvenuta l'operazione per la quale si deve correggere il prezzo. Inoltre il bene deve essere ovviamente al medesimo stadio produttivo.

L'articolo 110 però, nella sua nuova formulazione<sup>41</sup>, ha abbandonato il riferimento all'articolo 9 che era precedentemente contenuto nella norma stessa, e ha preferito indicare lui stesso i criteri per la determinazione del prezzo normale, fermo restando che l'articolo 9 mantiene la sua efficacia all'interno del nostro ordinamento.

L'odierno articolo 110 del TUIR prevede quindi che il prezzo di mercato andrà valutato in base a quello che sarebbe stato il valore della transazione in una situazione di libera concorrenza e circostanze dell'operazione comparabili. Il prezzo che si ottiene è quello che sarebbe dovuto essere in assenza di controllo e sarà il prezzo che determinerà l'aggiustamento dell'Amministrazione finanziaria del nostro paese.

Inoltre la medesima riforma ha introdotto nel dpr 633 del 1970 l'articolo 31 *quater*<sup>42</sup> in cui si affronta la situazione che si presenta, nel caso in cui la rettifica sia avvenuta nello stato estero e quindi ci sia una diminuzione del reddito all'impresa nazionale, senza però l'attivazione di alcuna procedura di accordo reciproco tra gli stati<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Formulazione che si ha dopo il Decreto legge 50 del 24 Aprile 2017 al suo articolo 59 comma 1, convertito con modificazioni nella legge 21 del 2017.

<sup>42</sup> Questo articolo sarà analizzato nei successivi paragrafi. Si riporta qui però il testo "1. La rettifica in diminuzione del reddito di cui all'articolo 110, comma 7, secondo periodo, del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, può essere riconosciuta: a) in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi o dalla Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, con atto finale e dichiarazioni, fatta a Bruxelles il 23 luglio 1990, resa esecutiva con legge 22 marzo 1993, n. 99; b) a conclusione dei controlli effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale i cui esiti siano condivisi dagli Stati partecipanti; c) a seguito di istanza da parte del contribuente da presentarsi secondo le modalità e i termini previsti con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, a fronte di una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale è in vigore una convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni. Resta ferma, in ogni caso, la facoltà per il contribuente di richiedere l'attivazione delle procedure amichevoli di cui alla lettera a), ove ne ricorrano i presupposti."

<sup>43</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 49.

Perciò queste regole per la modifica del prezzo da parte dell'Amministrazione finanziaria appena menzionate, si applicheranno nel caso in cui una impresa italiana ceda beni e servizi ad una società sita all'estero, e con la quale abbia un legame di controllo diretto o indiretto, e nel fare questa cessione applichi un prezzo inferiore al valore normale, comprimendo così i propri utili a favore di questa consociata non residente nel territorio italiano<sup>44</sup> e di riflesso procurando un danno alla riscossione delle imposte.

Specularmente l'aggiustamento del prezzo si applicherà anche nel caso in cui, con le medesime finalità elusive di compressione dei propri utili, l'impresa italiana acquisti da un'altra impresa, con la quale vi sia un rapporto di controllo diretto o indiretto, beni o servizi applicando un prezzo che sia superiore al valore normale. Così facendo vi è il medesimo spostamento artificioso di utili in una società estera, che con ogni probabilità beneficia di un trattamento fiscale migliore che giustifica questa operazione elusiva<sup>45</sup>.

Nel momento in cui l'Amministrazione accerti la presenza di tutte queste condizioni provvederà, in sede di accertamento, a rettificare il prezzo riportandolo a quello che sarebbe il valore normale ai sensi del comma 3 dell'articolo 9 del TUIR. La società sarà perciò costretta a operare una variazione in aumento in dichiarazione, ciò perché l'Amministrazione modifica il valore dell'operazione ai soli fini fiscali<sup>46</sup>, permanendo a bilancio e in tutti gli altri ambiti, il valore dell'operazione dato dalle parti.

#### **4.7 L'evoluzione della disciplina del *transfer pricing* e il ruolo decisivo delle organizzazioni sovranazionali come l'OCSE.**

---

<sup>44</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 149.

<sup>45</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 149.

<sup>46</sup> Di fatto neutralizza gli effetti dell'operazione nei suoi confronti sostituendoli con degli effetti prestabiliti che ricalchino il valore normale dei beni o servizi.

La disciplina del contrasto alla non correttezza dei prezzi di trasferimento transnazionali tra parti correlate ha avuto un decisivo impulso grazie all'interesse che le ha dedicato l' Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico cosiddetta OCSE<sup>47</sup>.

Il Consiglio dell'OCSE ha iniziato a occuparsi della materia nel 1976, ma è nel 1979 che vede la luce un importante rapporto chiamato "*Transfer pricing and multinationals*" che è il primo documento dell'Organizzazione sul tema prezzi di trasferimento e che si preoccupa di esplicitare alcuni criteri riguardanti i concetti più suscettibili di essere interpretati come il valore normale dei beni oppure il collegamento tra i contraenti<sup>48</sup>.

In particolare con il rapporto in questione viene per la prima volta in risalto un principio molto importante in materia, quello della libera concorrenza anche detto *arm's length principle*. Vale a dire cioè che le transazioni tra società dello stesso gruppo devono avvenire al prezzo di mercato e di libera concorrenza<sup>49</sup>.

Data l'autorevolezza e la completezza del rapporto esso, pur essendo ovviamente non vincolante, influenzò molto il trattamento dei prezzi di trasferimento anche nel nostro paese. Immediatamente dopo che fu reso noto il rapporto l'Amministrazione

---

<sup>47</sup> L'OCSE nasce da una precedente organizzazione chiamata OECE vale a dire Organizzazione per la cooperazione economica europea. Come suggerisce il nome inizialmente questa organizzazione era aperta a soli stati europei, nel 1960 con il passaggio alla nuova denominazione si apre l'ingresso anche a membri di altri continenti. L'obiettivo dell'organizzazione è sviluppare una cooperazione economica e finanziaria tra stati.

<sup>48</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 20 ss.

<sup>49</sup> A questo principio si contrapponeva negli Stati Uniti, tramite un rapporto del 1968 dell'IRS cioè *Internal Revenue Code*, una diversa concezione dei prezzi di trasferimento. Infatti negli USA avevano individuato come criterio quello del cosiddetto *profit sharing* vale a dire una "ripartizione basata sul metodo globale espresso in formula". Si adotta quindi un criterio che lascia estrema libertà di spostamento dell'utile consolidato, infatti questo metodo ha lo scopo di favorire la distribuzione dell'utile in un gruppo multinazionale sulla base di formule predeterminate. P. Valente *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 20 ss.

finanziaria italiana emanò una circolare<sup>50</sup> in cui si faceva ampio richiamo proprio al rapporto dell'OCSE sul *transfer pricing*, di fatto facendolo proprio<sup>51</sup>.

Prima di questo rapporto già vi era una norma nazionale sui prezzi di trasferimento ed era l'articolo 53 dell'allora vigente Testo Unico delle imposte sui redditi<sup>52</sup>, dove già si enucleava il concetto di “valore normale” nelle transazioni tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo. La disciplina sul *transfer pricing* è stata poi trasposta dal nuovo TUIR del 1986 nell'articolo 110<sup>53</sup> già esaminato<sup>54</sup>.

Il contributo dell'OCSE alla disciplina non si è arrestato con quel primo rapporto ma nel 1995 ha emanato delle importanti linee guida, per le multinazionali e le amministrazioni finanziarie, chiamate “*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax Administration*”. Questo documento conteneva ulteriori specificazioni sui metodi per estrarre il prezzo di astratta libera concorrenza, nelle transazioni tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo. Queste linee guida sono state poi aggiornate dalla stessa Organizzazione nel 2010 e nel 2017 sulla base delle indicazioni tratte dal progetto BEPS vale a dire *Base erosion and profits shifting*<sup>55</sup>.

Anche nell'ambito delle istituzioni comunitarie ci si è occupati dei prezzi di trasferimento. Inizialmente gli stati membri nel 1990 firmarono una convenzione arbitrale<sup>56</sup>, per risolvere i casi di doppia tassazione all'interno della Comunità Europea, che potessero sorgere dagli aggiustamenti sul prezzo di trasferimento dei beni effettuati dalle Amministrazioni finanziarie del paese svantaggiato fiscalmente dall'operazione.

---

<sup>50</sup> Circolare 32/9/2267 del 22 Settembre 1980 dell'Agenzia dell'entrate e inoltre il Ministero delle Finanze emanò la circolare 42/12/1587 che fornisce ulteriori chiarimenti sullo stesso tema. P. Valente *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 23.

<sup>51</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 23.

<sup>52</sup> All'epoca era il dpr 597 del 1973 che è stato poi sostituito dal dpr 917 del 1986 che rappresenta l'attuale TUIR.

<sup>53</sup> Fino al 2003 il numero dell'articolo in questione era il 76.

<sup>54</sup> Si veda il paragrafo 4.7 e la nota 38.

<sup>55</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 24.

<sup>56</sup> La convenzione arbitrale n. 90/436/ CEE del Luglio del 1990 firmata da tutti gli stati membri. P. Valente *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 34.

L'attività dell'Unione Europea sul tema non si limita alla, appena citata, convenzione arbitrale ma prosegue anche con altri strumenti, visto che le normative sul tema rischiavano di essere di ostacolo all'esercizio di attività transfrontaliere<sup>57</sup>. Dopo la costituzione di un Forum Congiunto dell'UE sul tema dei prezzi di trasferimento e della doppia tassazione l'Unione Europea ha adottato, proprio recependo grazie alla Commissione le indicazioni provenienti dal Forum, un codice di condotta per l'eliminazione della doppia imposizione<sup>58</sup>. Questo codice datato Novembre 2004 contiene il principio dell'accordo reciproco nella risoluzione di queste controversie, implementando la convenzione arbitrale e prevedendo procedimenti per l'eliminazione della doppia tassazione che si basano su cosiddetto *mutual agreement procedure*<sup>59</sup>. Il codice di condotta è stato poi aggiornato nel 2009 e in quel periodo comunque la Commissione ha emanato una serie di comunicazioni<sup>60</sup> sul tema.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione dei prezzi di trasferimento<sup>61</sup>. In particolare si è occupata di stabilire la compatibilità delle posizioni dell'Unione sul *transfer pricing*, con i principi del libero stabilimento all'interno dell'Unione. La società tedesca ricorrente sosteneva che le norme sull'aggiustamento dei prezzi di trasferimento nelle operazioni tra soggetti collegati, si risolvessero in definitiva in una discriminazione nei confronti

---

<sup>57</sup> Lo si esplicita nella comunicazione COM 582 del 2001 intitolata "Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali" nella quale si manifesta la necessità di costituire un forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento e sul problema della doppia imposizione. P. Valente *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 35.

<sup>58</sup> Il codice prevede in particolare che la società che per via dell'aggiustamento subisca una doppia imposizione deve, entro tre anni, segnalare il caso all'autorità competente, le autorità nazionali dei paesi membri hanno poi due anni di tempo per trovare un accordo e quindi scongiurare la doppia tassazione. In caso di mancato accordo sarà avviata una procedura arbitrale che risolverà la questione, inoltre per tutto il periodo necessario alla risoluzione la riscossione sarà sospesa. P. Valente *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 35.

<sup>59</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 35 ss.

<sup>60</sup> Ad esempio la COM 71 del 26 Febbraio 2007 oppure la Comunicazione n. 472 del 14 Settembre del 2009.

<sup>61</sup> Si è pronunciata nella causa C- 382 del 2016 P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 40ss.

delle imprese che si trovavano all'interno di un gruppo multinazionale, e quindi ciò era in contrasto con la libertà di stabilimento, inoltre la normativa non consentiva di allegare delle ragioni economiche per le quali l'operazione non è avvenuta a prezzi di mercato. La Corte non ha però accolto le prospettazioni della società tedesca sostenendo che le società non hanno la libertà di trasferire i propri utili secondo la giurisdizione fiscale desiderata, ciò infatti non ha nulla a che vedere con la libertà di trasferimento<sup>62</sup>, bensì serve ad evitare che il fatto di essere delle parti correlate, abbia effetti sulla possibilità impositiva degli stati membri. Gli stati infatti sono liberi di adottare misure che impediscano questo fenomeno. Inoltre, sostiene ancora la Corte, anche qualora dovesse verificarsi una restrizione sarebbe una conseguenza giustificata dalla tutela della ripartizione equilibrata della possibilità impositiva degli stati membri<sup>63</sup>.

Per quanto riguarda la già citata introduzione nel 2017 dell'articolo 31 *quater* nel dpr 633 del 1970, esso si occupa di disciplinare il comportamento dell'impresa italiana coinvolta nell'operazione che si veda costretta ad operare una rettifica a seguito dell'aggiustamento da parte dell'Amministrazione. L'impresa italiana perciò potrà operare una rettifica in diminuzione solo a condizione che ci sia stato un accordo concluso con l'autorità dell'altro stato coinvolto e di questo accordo faccia parte anche la nostra Amministrazione finanziaria a seguito delle procedure di mutuo consenso già descritte. La medesima cosa avverrà nel caso di controlli il cui esito sia condiviso da entrambi gli stati, oppure la diminuzione può anche avvenire su istanza del contribuente, quando ci sia stata una rettifica in aumento definitiva e rispettosa del principio di libera concorrenza in un altro stato, e che questo stato abbia in vigore una convenzione per l'eliminazione della doppia tassazione, che consenta un adeguato scambio di informazioni.

---

<sup>62</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 41.

<sup>63</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 41.

#### **4.8 L'attuale disciplina sul *transfer pricing* nell'ambito dell'OCSE: la rilevanza ed influenza delle Linee Guida, e la creazione dei metodi per la comparazione dei prezzi.**

Come detto l'OCSE ha svolto un ruolo molto importante nello sviluppo della disciplina del transfer pricing, grazie agli studi che ha svolto dagli anni '80 ad oggi, e all'influenza che questi studi hanno esercitato sulle normative che i vari stati aderenti all'Organizzazione hanno poi sviluppato.

Il documento fondamentale è il già citato rapporto contenente le linee guida dell'Organizzazione, che è stato diffuso per la prima volta nel 1979 ma è stato più volte aggiornato. Il rapporto, come dice il suo stesso titolo è destinato alle multinazionali e anche alle Amministrazioni finanziarie di tutti i paesi membri dell'OCSE.

Il punto nevralgico dei rapporti dell'OCSE è l'adozione del principio di libera concorrenza anche detto *arm's length principle*. Questo principio è stato adottato poiché si voleva assicurare la determinazione della base imponibile ma anche per evitare il rischio della doppia tassazione<sup>64</sup>. Questo principio si contrappone a quello del metodo di ripartizione globale secondo una formula prestabilita, il cosiddetto *global formulary apportionment*. Utilizzando questo secondo principio si accetterebbe il fatto che le transazioni, tra le varie società del gruppo, siano integrate le une con le altre rendendo fallace la valutazione separata di esse<sup>65</sup>. Questa seconda ipotesi nonostante sia stata oggetto di studio anche da parte della Commissione Europea<sup>66</sup>, non è mai stata applicata poiché mal si concilia con la struttura comunitaria che non rappresenta uno stato federale<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 60.

<sup>65</sup> Un sistema molto simile è utilizzato, come detto nel precedente paragrafo negli Stati Uniti sulla base delle determinazioni dell' IRS in un suo rapporto del 1968 P. Valente *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 104 ss.

<sup>66</sup> Questo studio era finalizzato all'introduzione di una base imponibile comune consolidata, e si è poi tradotto nella presentazione di una proposta al Consiglio dell'Unione Europea, la numero 0683 del 2016.

Per quanto riguarda il concetto di controllo il rapporto fa riferimento all'articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE in cui si stabilisce che, si considerano controllanti quelle società che partecipano direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di un'altra società<sup>68</sup>.

Una parte fondamentale delle *Guidelines* del 1995, che ha avuto una grande influenza sul tema del *transfer pricing* è quella della determinazione del corretto prezzo di trasferimento, per giungere all'aggiustamento da parte dell'Amministrazione.

Il primo metodo che le *Guidelines* analizzano è quello del cosiddetto CUP, che sta a significare *comparable uncontrolled price*, vale a dire il “metodo del confronto del prezzo”. Questo metodo consiste nel confrontare il prezzo della trattazione oggetto di interesse con il prezzo di una medesima transazione che sia intercorsa tra la società coinvolta con una parte non correlata, in caso questo non sia possibile si procederà a confrontarla con una transazione simile intercorsa tra diverse imprese, che non siano in una condizione di interdipendenza tra loro, e in una situazione di libera concorrenza<sup>69</sup>. Infatti le Linee Guida OCSE scelgono di prescrivere non l'uguaglianza tra le transazioni, bensì la comparabilità<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 107.

<sup>68</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 62 ss.

<sup>69</sup> Nell'impossibilità di procedere ad un confronto “interno” andrà effettuato, come detto, un più delicato confronto esterno con una transazione effettuata tra imprese diverse, le Linee Guida OCSE specificano che per la riuscita di questo confronto andrà tenuto conto di alcuni elementi che possono “inquinare” la transazione e di cui si dovrà tenere conto nel confronto. Essi sono: il mercato rilevante, visto che è necessario verificare l'esistenza di un mercato che presenti transazioni comparabili con quelle esaminate. In particolare la somiglianza deve riguardare: i fattori della competizione, della formazione dei prezzi, dei tassi di cambio e dei costi di distribuzione. Bisognerà inoltre tenere conto ai fini del confronto della qualità del prodotto e poi di altri requisiti quali: trasporto, imballaggio, pubblicità; commercializzazione, garanzia, tassi di cambio (fatturazioni in valute diverse), condizioni generali di vendita; vendita accompagnata da diritti immateriali, tempo della vendita, vendite promozionali e infine sconti sulla quantità. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 2529 ss.

<sup>70</sup> Infatti il termine utilizzato dalle Linee Guida è “*comparable*”, chiaro indice di questa volontà. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 2529 ss.

Anche alla luce delle cose appena dette, il metodo CUP ha però riscontrato una serie di difficoltà applicative che addirittura rischiano di portare all'abbandono del metodo<sup>71</sup>. In particolare esso risulta condizionato i vari profili di comparabilità delle transazioni come il mercato rilevante, qualità del bene oggetto di scambio, trasporto imballaggio e altre pratiche commerciali. Nel caso il mercato rilevante sia estero risulta complesso reperire le informazioni e inoltre le differenze a volte risultano ostative alla corretta applicazione del metodo. Ciò però non deve far dimenticare che si tratta del metodo più diretto per il confronto del prezzo, e che in caso di possibile applicazione riduce di parecchio gli oneri di informazione delle società coinvolte nella transazione<sup>72</sup>

il secondo metodo affrontato dalle Linee Guida è quello del *resale price method* cioè il metodo del “prezzo di rivendita”. La base di questo metodo è il prezzo per il quale, il bene oggetto della transazione tra le parti correlate, è rivenduto ad una impresa indipendente. Il prezzo poi viene ridotto di una quantità che rappresenta il “margine del prezzo di rivendita”, si tratta della quota con la quale l'imprenditore copre i suoi costi e le sue spese<sup>73</sup> per poter ottenere un utile. Il prezzo della rivendita ridotto di questa quota rappresenta quindi il prezzo al quale sarebbe dovuta avvenire la transazione se le parti fossero state prive di un rapporto di controllo. Il Rapporto del 1979 in effetti prediligeva il confronto interno per ottenere il prezzo di riferimento, considerando troppo rischioso operare confronti fra transazioni relative ad altre imprese, considerava perciò come migliore soluzione quella di operare l'accostamento, con riguardo ad altre transazioni delle medesime imprese con altre imprese però indipendenti<sup>74</sup>. Infatti l'operazione di confronto riguardante il prezzo di rivendita va fatta proprio con riguardo alla cessione nei confronti di imprese con le quali non sussiste alcun collegamento. Chiaramente devono essere eliminate tutte quelle differenze che ostano alla comparazione delle transazioni.

---

<sup>71</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 65.

<sup>72</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 2529 ss.

<sup>73</sup> Spese che possono comprendere tutte le varie spese di gestione come: costi di trasporto, *marketing*, spese amministrative o di trasporto, e le operazioni di *packaging*. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 90.

<sup>74</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 65.

Questo metodo è utilizzabile però solo nel caso in cui il rivenditore non influisca sul processo di lavorazione del bene, e si limiti perciò solamente a commercializzarlo non aggiungendovi valore, inoltre il tempo intercorso tra l'acquisto con parti correlate e la rivendita deve essere breve, in maniera tale da neutralizzare fattori come il tasso di cambio o le fluttuazioni del valore di mercato del bene, o i costi di stoccaggio<sup>75</sup>. Specularmente non si potrà utilizzare nel caso di modifiche da effettuare al bene oppure anche nel caso in cui il rivenditore abbia dovuto usare dei beni ad elevato contenuto tecnologico<sup>76</sup>.

Andrà valutata ovviamente la reale funzione dell'impresa nei confronti del bene, è chiaro che se l'impresa si limitasse semplicemente a rivenderlo il margine dell'imprenditore non può che essere basso<sup>77</sup>, invece nel caso in cui l'imprenditore, pur senza apportare un contributo nel processo di lavorazione del bene poiché in questo caso questo metodo sarebbe difficilmente applicabile, abbia particolari competenze di vendita o di *marketing* potrebbe anche risultare un margine di guadagno superiore<sup>78</sup>.

Ovviamente nel caso in cui sia necessario, dopo aver effettuato l'indagine sulle reali condizioni dell'attività del rivenditore e la complessità delle sue funzioni, il margine dedotto dal prezzo di rivendita può essere "aggiustato" con degli interventi mirati. Le Linee Guida OCSE del 2017 a riguardo infatti concentrano l'analisi sulle differenze<sup>79</sup> da sterilizzare in caso di applicazione di questo metodo<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

<sup>76</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

<sup>77</sup> A meno che la transazione alla base, vale a dire quella sospettata di non essere avvenuta a condizioni di libera concorrenza, non sia stata talmente fuori mercato da far risultare un grosso margine anche all'imprenditore che non compia alcuna vera attività.

<sup>78</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 2604 ss.

<sup>79</sup> Queste differenze si sostanziano nella possibilità che le varie imprese abbiano diversi modelli di *business* e perciò occorre che questa differenza non influisca sul prezzo di rivendita, occorre anche che non intervengano fluttuazioni di mercato o di valuta e inoltre va considerata la possibilità che il rivenditore abbia la licenza esclusiva per la vendita del prodotto, cosa che ovviamente gli consentirebbe di avere un arbitraggio sul prezzo di gran lunga maggiore. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

<sup>80</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

Questo metodo presenta, come ogni cosa, vantaggi e svantaggi. Come pregio ha quello di essere impermeabile alle differenze qualitative dei prodotti oggetto di transazione, però esso è inapplicabile nel caso in cui i prodotti subiscano lavorazioni o trasformazioni, non tiene conto della diversità di funzioni che vi può essere nei riguardi del rivenditore, e probabilmente risulta meno rigoroso del *comparable uncontrolled price*<sup>81</sup>.

Il terzo metodo delle *Guidelines* è quello del “costo maggiorato” anche detto *cost plus method*. Questo metodo fa riferimento al ricarico che si potrebbe realizzare in transazioni con parti indipendenti<sup>82</sup>. Esso si basa sui costi sostenuti dal fornitore dei beni o dei servizi in una transazione tra le parti correlate ai quali si deve appunto aggiungere una percentuale che rappresenti il ricarico al fine di ottenere un possibile utile che dovrebbe corrispondere a quello in condizioni di libera concorrenza e di indipendenza<sup>83</sup>.

Per ottenere il valore che interessa occorrerà però stabilire la quantità di margine di utile lordo da applicare. Per farlo bisognerà confrontare il margine della transazione in esame con altre operazioni della medesima impresa effettuate con dei terzi indipendenti come controparte, nelle stesse condizioni di mercato e per beni simili. Qualora questo non sia possibile sarà necessario ricorrere a operazioni effettuate tra terzi indipendenti che abbiano delle condizioni di similarità con le imprese oggetto di interesse<sup>84</sup>.

Si potranno venire a creare due situazioni durante il confronto, la prima è che il bene oggetto di transazione non abbia alcuna qualità specifica tale da distinguerlo dagli altri prodotti della stessa specie. In questo caso bisognerà dare maggior peso agli altri fattori di comparabilità come le circostanze economiche esterne della transazione. Nel secondo caso, cioè quello in cui il bene ha delle differenze sostanziali andranno valutate nel confronto<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 2604 ss.

<sup>82</sup> F. TESAURO *Istituzioni di diritto tributario- parte speciale* Milano 2018, p 150.

<sup>83</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 65.

<sup>84</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

<sup>85</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 2573 ss.

Per calcolare la base di costo su cui applicare il margine di ricarico bisognerà prestare particolare attenzione alle funzioni svolte dall'impresa, dai rischi che si assume e dalle condizioni di mercato. Solo attraverso l'adeguata remunerazione di questi fattori si otterrà la base<sup>86</sup> di a cui aggiungere la percentuale corretta ai fini dell'applicazione del metodo<sup>87</sup>.

L'ambito che le Linee Guida indicano per il metodo del costo maggiorato affinché sia attendibile è quello delle transazioni aventi ad oggetto dei beni semilavorati o comunque non finiti, e la fornitura a tempo di servizi<sup>88</sup>. Non vi sarà infatti un confronto diretto di prezzi delle transazioni bensì il confronto riguarderà i margini che caratterizzano il guadagno e il ricarico<sup>89</sup>.

Infine sono previsti altri due metodi, recessivi<sup>90</sup> rispetto ai tre appena menzionati, che sono: il metodo del margine netto della transazione, e il metodo transazionale di ripartizione degli utili.

Il primo è basato sul confronto tra, il rapporto tra margine netto ed una base di commisurazione appropriata, che può essere rappresentata, a seconda delle circostanze, da costi, ricavi o attività, realizzato da un'impresa in una operazione controllata e il rapporto tra il margine netto e la medesima base realizzato in operazioni non controllate comparabili.

Il secondo invece è basato sull'attribuzione, a ciascuna impresa associata che partecipa all'operazione, della quota di utile, o di perdita, derivante da tale

---

<sup>86</sup> L'Amministrazione finanziaria Italiana nel 1980 emana la Circolare numero 32 che si occupava della determinazione della base di costo. In particolare l'agenzia individuava 3 metodi di individuazione che possono essere: affidarsi al sistema di contabilizzazione dell'impresa, modificarne il contenuto oppure utilizzare un sistema diverso che prescindere dalla contabilizzazione dell'impresa. L'Amministrazione inoltre in linea con il Rapporto OCSE considera come metodo migliore di contabilizzazione dei costi il cosiddetto "costo di produzione pieno" cioè che tenga conto sia degli oneri diretti come materie prime e manodopera, ma anche degli oneri indiretti come spese commerciali o di ricerca. Questo metodo secondo l'Agenzia garantisce stabilità anche se non è sempre agevole ripartire i costi cosiddetti "comuni". P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

<sup>87</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

<sup>88</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 65.

<sup>89</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 89 ss.

<sup>90</sup> Si spiegherà il perché nel paragrafo successivo.

operazione. Essa è determinata in base alla ripartizione che sarebbe stata concordata in operazioni tra soggetti non correlati, tenendo conto del contributo rispettivamente offerto alla realizzazione dell'operazione in questione, dalle imprese associate ovvero attribuendo a ciascuna di esse quota parte dell'utile, o della perdita, che residua dopo che alcune delle funzioni svolte in relazione all'operazione controllata sono state valorizzate sulla base di uno degli altri metodi di determinazione del prezzo.

Per l'utilizzo dei metodi di determinazione del prezzo è necessario valutare la comparabilità delle transazioni dalle quali si vuole ricavare il prezzo, con quelle oggetto di interesse.

L'OCSE in particolare sostiene che questa comparabilità possa essere presente, qualora le differenze che inevitabilmente vi saranno tra le due operazioni non siano idonee ad influenzare il prezzo, o qualora lo fossero ciò può essere con certezza eliminato da delle opportune correzioni<sup>91</sup>. Queste correzioni possono rendersi necessarie per alcune differenze, le quali sono state puntualmente individuate dalle Linee Guida del 2017 e sono : le condizioni contrattuali<sup>92</sup>, analisi funzionale<sup>93</sup>, le

---

<sup>91</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 80.

<sup>92</sup> Per quanto riguarda le condizioni contrattuali si dovrà andare a verificare: la ripartizione delle responsabilità e dei rischi, eventuali conflitti di interessi che però sembra difficile trovare in imprese che appartengono al medesimo gruppo, l'effettiva condotta delle parti e tutte le altre sfaccettature che l'autonomia contrattuale consente.

<sup>93</sup> Con il termine analisi funzionale le Linee Guida del 2017 intendono privilegiare ai fini dell'analisi sulla comparabilità delle transazioni, quella che è la funzione realmente svolta dalla società controllata riguardo il bene oppure all'interno del gruppo visto che a volte il compenso nelle transazioni tra parti correlate viene poi parametrato alla funzione intragruppo della società e al suo fabbisogno per svolgere quella funzione, oppure in base ai rischi assunti. Solitamente nel libero mercato una società assume un rischio elevato solamente quando il rendimento previsto per l'assunzione di quel rischio sia elevato e tale da spingere la società all'assunzione. Ciò non sempre avviene però nelle parti correlate dato che l'assunzione di quel rischio può essere "imposta" dalla funzione che svolge l'impresa all'interno del gruppo che potrebbe essere anche quella di tenere riparatte dal rischio le altre controllate.

differenze intrinseche dei beni e dei servizi<sup>94</sup>, condizioni economiche<sup>95</sup>, oppure ancora le strategie commerciali<sup>96</sup>.

Questi fattori sono molto importanti al fine di valutare quale sia il cosiddetto *best method*, cioè il metodo migliore per individuare il prezzo di riferimento, soprattutto nel caso di applicazione del principio di libera concorrenza<sup>97</sup>. Bisognerà quindi fare applicazione di questi fattori per valutare la comparabilità delle transazioni.

#### **4.9 Il quadro normativo nazionale di riferimento sul *transfer pricing*, nel solco della disciplina dell'OCSE.**

---

<sup>94</sup> Andranno perciò individuate le caratteristiche fisiche del bene, quanto questo bene sia o meno reperibile sul mercato, la sua qualità o meno, il volume della fornitura, durata di vita del bene, tipologia, categoria merceologica, scopo della transazione e molti altri fattori esplicitati dalle Linee Guida del 2017.

<sup>95</sup> Per condizioni economiche si intende la tipologia di mercato nel quale le imprese operano che spesso può essere diversa, individuare il mercato di riferimento è molto importante ai fini della comparabilità e le Linee Guida del 2017 utilizzano come criteri per stabilire la similarità del mercato : l'ubicazione geografica, l'ampiezza, il grado di concorrenza, i livelli di domanda e offerta, i rapporti con le autorità amministrative, i costi di intermediazione in generale, i costi di trasporto oppure la durata e la data delle transazioni.

<sup>96</sup> Anche le strategie commerciali di una impresa possono influenzare una transazione commerciale, l'esempio che immediatamente viene in mente è quello del lancio promozionale di un nuovo prodotto, e anche di questo trattano le Linee Guida del 2017 quando fanno riferimento alla comparabilità delle condizioni economiche. Perciò in sede di aggiustamento del prezzo andrebbe valutata anche la possibilità di una strategia commerciale che coinvolga l'intero gruppo, cosa probabile nel caso si tratti ad esempio dell'ingresso su un nuovo mercato molto importante. Altre strategie commerciali prese in considerazione dall'OCSE sono: l'avversione al rischio come politica aziendale, oppure la valutazione di cambiamenti politici e sociali.

<sup>97</sup> L'articolo 9 del Modello OCSE infatti prevede che qualora esistano delle condizioni convenute tra imprese associate che siano diverse da quelle che sarebbero state convenute da imprese indipendenti, gli utili che sarebbero emersi dall'applicazione delle condizioni di mercato possono essere oggetto di tassazione ed essere quindi inclusi negli utili di queste imprese.

L'articolo 110 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi rappresenta la norma cardine riguardo la disciplina del contrasto al *transfer pricing*.

Uno strumento molto importante di interpretazione e chiarimento della normativa di questo settore, è rappresentato dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate numero 32 del 1980.

L'ambito soggettivo di applicazione della norma riguarda tutte le transazioni che avvengono tra società residenti in Italia e società non residenti. Queste per subire il possibile aggiustamento devono essere in una situazione di controllo diretto o indiretto tra di loro.

L'Amministrazione Finanziaria ha chiarito nella circolare che ai fini della presente disciplina debba considerarsi coinvolta qualunque impresa<sup>98</sup> nell'accezione più ampia possibile vale a dire quella dell'articolo 2082 del Codice Civile, che prevede che eserciti attività di impresa chiunque eserciti in maniera professionale un'attività economica organizzata per lo scambio di beni o la prestazione di servizi<sup>99</sup>.

La medesima circolare si occupa anche di definire i criteri per l'applicazione, nel caso di imprese non residenti nel nostro paese. L'articolo 110 del TUIR utilizza, a differenza del caso delle imprese residenti, il termine società. Lo fa probabilmente poiché vuole estendere il campo di applicazione della norma che quindi comprenderà qualunque stabile organizzazione non sita in Italia a prescindere dal tipo di società e dalla sua autonomia<sup>100</sup>.

La circolare passa poi ad occuparsi del concetto di controllo anch'esso fondamentale per l'applicazione dell'articolo 110 TUIR. Innanzitutto si esclude che ci si possa

---

<sup>98</sup> Impresa è proprio il termine utilizzato dalla norma.

<sup>99</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 434.

<sup>100</sup> In particolare qui l'Amministrazione nella circolare stabilisce che nel caso di una stabile organizzazione che sia sprovvista di autonomia giuridica distinta dalla casa madre, le sue operazioni saranno riconducibili proprio a quest'ultima, si ottiene così l'applicabilità generalizzata della norma nei confronti delle imprese estere in quanto qualunque operazione che riguardi una stabile organizzazione non residente sarà soggetta al possibile aggiustamento dell'Agenzia, sia essa dotata di autonomia oppure per mezzo dell'autonomia giuridica della sua casa madre. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 105.

limitare al concetto del Codice Civile al suo articolo 2359<sup>101</sup>. Questa norma stabilisce che sono considerate società controllate: le società in cui un'altra dispone della maggioranza di voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, oppure abbia una quantità di voti sufficienti ad esercitare una influenza dominante all'interno dell'assemblea, o ancora che abbia una influenza dominante sulla società in virtù di vincoli contrattuali che le legano.

Per l'Agenzia delle entrate, oltre a queste situazioni tipizzate dal Codice Civile, il controllo può rinvenirsi anche in mere situazioni di fatto<sup>102</sup>. Cioè ci si riferisce a quell'attività di direzione e coordinamento che consentirebbe alla controllante, di poter influire sulla determinazione del prezzo di trasferimento, integrando la condotta tipica del *transfer pricing*. Anche la Corte di Cassazione ha sposato la visione dell'Agenzia delle Entrate sostenendo che il controllo non si può limitare al mero controllo contrattuale<sup>103</sup>. Ciò si spiega con la diversità delle esigenze rispetto al legislatore societario. Infatti una disciplina funzionale al fine prefissato, non può fare a meno di essere concepita come elastica; e circoscrivere il concetto di controllo a quello esclusivamente civilistico avrebbe frustrato questo fine<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 436.

<sup>102</sup> La circolare 32 del 1980 elenca alcune cause sintomatiche di controllo di fatto: 1. vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall'altra impresa; 2. impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva delle joint ventures); 3. diritto di nomina dei membri del Cda o degli organi direttivi della società; 4. membri comuni del Cda; 5. relazioni di famiglia tra le parti; 6. concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria; 7. partecipazione da parte delle imprese a centrali di approvvigionamento o vendita; 8. partecipazione delle imprese a cartelli o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi; 9. controllo di approvvigionamento o di sbocchi; 10. serie di contratti che modellino una situazione monopolistica; 11. in generale tutte le ipotesi in cui venga esercitata (potenzialmente o attualmente) un'influenza sulle decisioni imprenditoriali.

<sup>103</sup> Si tratta della sentenza n. 8130 del 22 Aprile 2016 in cui la Suprema Corte si trovò ad affrontare un caso in cui vi era tra due società un rapporto commerciale talmente stringente da potersi considerare in stato di controllo. In questa sede la Corte ha quindi stabilito che la mancata definizione del concetto di controllo nella norma in questione sia indice della volontà del legislatore di abbracciare una definizione molto ampia del concetto in questione. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 436. Ss.

<sup>104</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 436. Ss.

Nell'articolo 110 del TUIR troviamo espresso un concetto molto importante anche nell'ambito sovranazionale e in particolare nel Modello OCSE. Si tratta del principio di libera concorrenza, che anche dall'articolo 9 del Modello OCSE è posto alla base della disciplina del *transfer pricing*.

Ai sensi dell' *arms length principle* le transazioni devono avvenire al prezzo che si sarebbe verificato qualora l'operazione fosse avvenuta tra parti indipendenti nel libero mercato<sup>105</sup>.

Come già detto, a seguito della riforma del 2017 adesso l'articolo 110 TUIR contiene in sé la definizione del prezzo da prendere come riferimento, eliminando il precedente richiamo all'articolo 9 del TUIR.

In chiusura l'articolo 110 TUIR prevede che il Ministero delle Finanze possa, con un proprio decreto, dettare le linee guida per l'applicazione della disciplina, ciò sulla base delle migliori pratiche internazionali<sup>106</sup>. Questo Decreto si occupa di chiarire alcuni aspetti della disciplina di cui al comma 7 dell'articolo 110.

Innanzitutto il Decreto si premura di prendere una posizione sui metodi di determinazione del prezzo. Infatti l'articolo 4 del Decreto, oltre a spiegare i criteri che si dovranno usare per scegliere il cosiddetto *best method*<sup>107</sup>, spiega che nel caso di possibile applicazione di tutti i metodi sarà da preferire<sup>108</sup> l'applicazione del metodo del confronto del prezzo, del metodo del prezzo di rivendita, e del metodo

---

<sup>105</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 440.

<sup>106</sup> Il decreto è stato pubblicato il 14 maggio 2018 ed è rubricato “ Linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 110 comma 7 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi approvato con dpr 22 Dicembre 1986 n. 917 in materia di prezzi di trasferimento”.

<sup>107</sup> L'articolo 4 del Decreto al suo primo comma spiega che i metodi che si elencheranno nel comma successivo e che sono i medesimi previsti dalle Linee Guida OCSE, dovranno essere scelti in base ai seguenti criteri: a) i punti di forza e di debolezza di ciascun metodo a seconda delle circostanze del caso; b) l'adeguatezza del metodo in considerazione delle caratteristiche economicamente rilevanti dell'operazione controllata; c) la disponibilità di informazioni affidabili, in particolare, in relazione a operazioni non controllate comparabili; d) il grado di comparabilità tra l'operazione controllata e l'operazione non controllata, considerando anche l'affidabilità di eventuali rettifiche di comparabilità necessarie per eliminare gli effetti delle differenze tra le predette operazioni.

<sup>108</sup> Il decreto utilizza un termine perentorio quale è “deve essere effettuata” a differenza delle Linee Guida OCSE che contengono una forma meno *tranchant* vale a dire “ è preferibile”. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 454.

del costo maggiorato. Saranno invece recessivi gli altri due cioè, il metodo del margine netto della transazione, e il metodo transnazionale di ripartizione degli utili<sup>109</sup>.

Il contribuente può applicare un metodo non previsto dal Decreto solo nel caso in cui sia in grado di dimostrare che nessuno dei metodi elencati sia in grado di dare un risultato affidabile per la valutazione in base al principio di libera concorrenza, che assume quindi un ruolo preminente, e a patto che il metodo scelto assicuri risultati coerenti con questo principio. Invece qualora l'impresa utilizzi uno dei metodi tipizzati dal Decreto e dall'OCSE, la verifica dell'Amministrazione Finanziaria sulla coerenza del risultato con il principio di libera concorrenza andrà effettuata solo su quel metodo.

L'articolo 5 del Decreto stabilisce invece una inedita possibilità, vale a dire quella, da parte dell'Amministrazione Finanziaria, di poter aggregare due o più operazioni, ai fini della comparabilità, che risultino tra loro strettamente collegate o che formino un complesso unitario, e per via di questo non possano essere valutate separatamente in maniera affidabile. Si tratta però di una previsione comunque eccezionale visto che l'articolo 5 nella sua apertura prescrive comunque che, il principio di libera concorrenza è applicato operazione per operazione salvi appunto i casi appena menzionati.

#### **4.10 Le principali pronunce della Giurisprudenza nazionale in tema di *transfer pricing*.**

Nelle controversie relative alla disciplina sul *transfer pricing* la Giurisprudenza è stata spesso chiamata a dirimere molte questioni. Come ad esempio sui rapporti tra le

---

<sup>109</sup> Superando la gerarchia dei metodi che emergeva dalla circolare 32 del 1980 che invece prevedeva che dovessero essere preferiti nell'applicazione gli altri due metodi. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p. 454.

Linee Guida internazionali e la disciplina fiscale interna, oppure le questioni sull'onere della prova, o ancora la scelta dei metodi utilizzati per la determinazione del prezzo di riferimento<sup>110</sup>.

Uno dei casi più celebri e significativi è quello “Ford Italia”<sup>111</sup>. In questo contenzioso la società Ford Italia s.p.a., appartenente al noto gruppo americano Ford, opera una attività di distribuzione di veicoli che acquista dalle sue consociate europee sempre appartenenti al medesimo gruppo.

L’Agenzia delle Entrate emanò però un avviso di accertamento a causa di alcune presunte sovrapprezze di veicoli acquistati da società “sorelle”, e prestazioni di servizi infragruppo che si ritenevano non inerenti, così come alcune spese di rappresentanza<sup>112</sup>.

L’Amministrazione ipotizza infatti ai sensi dell’articolo 76 del TUIR<sup>113</sup>, allora vigente, un costo maggiore del valore normale dei beni oggetto dell’operazione poiché la società italiana si è presa carico dei costi di manutenzione e riparazione, che sarebbero dovuti toccare per disposizione di legge alla società costruttrice, senza riceverne in cambio alcun compenso o utilità. A seguito di questi eventi si era però realizzata una diminuzione dell’imponibile della società a favore delle sue consociate residenti all’estero<sup>114</sup>.

Inoltre oggetto di interesse dell’Agenzia delle Entrate è stato anche l’accordo con la casa madre Ford, il quale prevedeva che alcuni servizi generali per il gruppo venissero svolti dalla società Ford Europe s.p.a. che poi li avrebbe rifatturati in proporzione per tutto il gruppo tra cui anche Ford Italia. Alcuni di questi servizi però, in ragione dell’accordo di cui si è appena parlato, venivano anche fatturati da alcune delle società europee arrivando quindi ad una illegittima duplicazione di costi in capo a Ford Italia<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 621 ss.

<sup>111</sup> Si tratta della sentenza della Cassazione numero 1126 del 27 Marzo del 2007. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 803 ss.

<sup>112</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 807 ss.

<sup>113</sup> Non era infatti intervenuta la riforma del 2007 che ha trasfuso il contenuto dell’articolo 76 nell’articolo 110 del medesimo Testo Unico.

<sup>114</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 807 ss.

<sup>115</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 807 ss.

In merito a questi fatti i primi due gradi di giudizio non ravvisano alcuna irregolarità fiscale e grazie al ricorso dell'Amministrazione Finanziaria si arriva fino alla Suprema Corte.

L'Ufficio sosteneva che l'accollo dei costi di manutenzione da parte di Ford Italia rappresentasse uno stratagemma del gruppo per trasferire e spostare gli utili lontano dall'Italia.

Neanche la Corte di Cassazione ha accolto le prospettazioni dell'Agenzia delle Entrate, principalmente per la mancata produzione di prove sufficienti.

Riguardo l'onere della prova infatti la giurisprudenza, dopo aver chiarito che nel caso di componenti negativi di reddito la prova spetti al contribuente, ha però stabilito che in tema di applicazione del comma 7 dell'articolo 110 del TUIR l'onere della prova debba essere in capo all'Amministrazione. Ciò per la verità si ricava seguendo la regola generale del processo tributario, poiché si discute di componenti positivi di reddito<sup>116</sup>.

Nel caso del *transfer pricing* la sentenza in questione ha considerato il tema dell'onere della prova dal lato della qualificazione elusiva della fattispecie e quindi la prova richiesta all'Agenzia avrebbe dovuto riguardare la vantaggiosità del trasferimento di utili e l'assenza di ragioni economiche valide. Ciò nel caso di cui si sta parlando non è avvenuto<sup>117</sup>.

La questione dell'onere della prova è stato affrontato precedentemente da una sentenza<sup>118</sup> correlata a quella in discussione poiché riferita al medesimo caso ma ad un diverso periodo di imposta.

Proprio in questa precedente sentenza la Suprema Corte qualifica la norma sui prezzi di trasferimento come clausola anti elusiva. E proprio per questo la Corte fece notare che l'onere della prova riguardo i presupposti dell'elusione non può che gravare sull'Amministrazione Finanziaria, come confermato anche dal Rapporto dell'OCSE del 1995<sup>119</sup>. L'Amministrazione avrebbe perciò dovuto allegare prova della

---

<sup>116</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 811 ss.

<sup>117</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 811 ss.

<sup>118</sup> Sentenza della Cassazione 22036 del 2006. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 811 ss.

<sup>119</sup> Il Rapporto OCSE del 1995 sosteneva espressamente che laddove la disciplina di ciascuna giurisdizione nazionale preveda che sia l'Amministrazione finanziaria ad essere gravata dell'onere di

convenienza fiscale dell'operazione comparando i trattamenti tributari, determinare il valore normale dei beni oggetto di transazione, e poi verificare l'eventuale scostamento da essi del reale prezzo pattuito, considerando anche la sufficienza del margine di utile di ricavato a coprire i costi per queste prestazioni accessorie non dovute. Le medesime considerazioni sono state confermate in altre sentenze dalla Giurisprudenza successiva<sup>120</sup>.

Altro caso molto importante per lo sviluppo della disciplina è stato il caso "Nylstar"<sup>121</sup>.

In questa vicenda l'Amministrazione finanziaria contestava alla società Nylstar s.p.a., residente in Italia, di aver praticato dei prezzi inferiori al valore normale in alcune cessioni a società estere facenti parte del suo gruppo di appartenenza. In particolare emergevano diversi "sconti" nelle transazioni infragruppo. L'Amministrazione finanziaria perciò ha ripreso a tassazione gli utili che si sarebbero prodotti qualora il prezzo fosse stato determinato in base a condizioni di libero mercato<sup>122</sup>.

Inizialmente il primo grado di giudizio aveva dato ragione all'Amministrazione ma il secondo grado ha ribaltato tutto poiché ha considerato gli sconti effettuati dalla Nylstar come "sconti d'uso"<sup>123</sup> anche in mancanza di una previsione contrattuale. Previsione, invece necessaria per gli scambi con società terze, l'assenza di questi sconti alle società terze si può motivare per l'inferiore valore degli scambi. Quindi questi sconti devono essere considerati nel loro insieme macroeconomico, e nel contesto in cui opera l'intero gruppo. In particolare quel settore era stato colpito da una forte crisi, anche con timori riguardanti l'occupazione della manodopera. Perciò

---

provare le proprie pretese, il contribuente non è tenuto a dimostrare la correttezza dei prezzi di trasferimento applicati, se non prima che l'Amministrazione fiscale abbia essa stessa provato, quantomeno, il non rispetto del principio del valore normale. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 811 ss.

<sup>120</sup> Come ad esempio la sentenza della Cassazione n. 1709 del 2007 P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 811 ss.

<sup>121</sup> Sentenza Cass. 7343 del 2011.

<sup>122</sup> P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 824 ss.

<sup>123</sup> Ciò anche perché l'importo degli sconti sembrava seguire un sistema in quanto si ripeteva sempre in un certo modo.

le perdite di bilancio secondo i giudici di secondo grado non erano dovute ad un comportamento elusivo ma alla crisi appena menzionata<sup>124</sup>.

L'Amministrazione finanziaria invece sosteneva che questi sconti non si potessero considerare d'uso per via dell'incompatibilità con l'articolo 9 del TUIR che all'epoca era espressamente richiamato per stabilire il valore normale nelle operazioni di aggiustamento dei prezzi di trasferimento. In particolare non si rinveniva in questi sconti una base normativa o di uso generalizzato, tale da poterli figurare come delle valide consuetudini<sup>125</sup>.

Da questo punto di vista le conclusioni dell'Agenzia delle Entrate sono state accettate dalla Corte di Cassazione poiché ha stabilito che, se non effettuati nei confronti di tutte le imprese, gli sconti non si sarebbero potuti considerare come pratica d'uso comune.

La Corte precisa anche che la finalità della norma del 110 TUIR è quella, non di instaurare una presunzione assoluta o relativa di percezione di un diverso compenso di quello formalmente pattuito tra le parti<sup>126</sup>, bensì l'interesse perseguito è quello di riportare a tassazione un utile che si sarebbe prodotto qualora le parti non fossero state correlate.

#### **4.11 Natura delle pratiche di *transfer pricing* e rilevanza penale: l'importanza della qualificazione della condotta per verificarne la punibilità.**

---

<sup>124</sup> Si deve far notare però che grazie alla disciplina del riporto delle perdite, anch'esse hanno una importanza ai fini fiscali, e vi può essere un interesse illecito alla maggiorazione di perdite anche effettivamente esistenti.

<sup>125</sup> Ciò poiché questi sconti non erano applicati in maniera generalizzata ma sono alle imprese che facevano parte del medesimo gruppo di appartenenza di Nylstar. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 824 ss.

<sup>126</sup> Le parti sono infatti libere di praticare i prezzi che preferiscono nel rispetto delle normative a tutela della concorrenza.

Nonostante la Giurisprudenza non abbia mostrato il minimo dubbio, come già visto, la natura elusiva delle pratiche di *transfer pricing* non è completamente accettata e la sua rilevanza penale è molto discussa.

Da come si è descritta la cessione alla base della condotta in questione, sembrerebbe però configurarsi la natura elusiva. Il fatto di pattuire ed incassare un prezzo più basso ed inferiore al loro valore per dei beni impedisce la nascita del presupposto di imposta<sup>127</sup>.

Questo aspetto appena discusso rappresenta una delle differenze più importanti tra elusione ed evasione. Ciò rappresenta quindi un argomento molto forte per chi ritiene il *transfer pricing* una elusione fiscale.

Non ci si può però arrestare a questo, pur importantissimo, aspetto. Alcuni autori<sup>128</sup> infatti considerano che la presenza di una norma come il 110 TUIR, che espressamente si occupa di evitare il fenomeno dello spostamento all'estero di utili attraverso il *transfer pricing*, possa essere ostativo a considerare la condotta come elusiva, visto che ci sarebbe una espressa violazione di una norma che è un carattere tipico dell'evasione.

Non è la prima volta che viene in rilievo il concetto che, ogni qual volta venga espressamente vietata una condotta che si riteneva elusiva, essa stessa smette di esserlo poiché non vi è più il cosiddetto abuso del diritto. Vale a dire che non si può abusare di un diritto se questo diritto non si ha più visto che la norma lo ha espressamente escluso.

Già nel capitolo II si era accennato a questa idea, ma lo si era fatto più che altro in chiave dubitativa. La conseguenza volutamente paradossale di questa idea, che non è sicuramente sbagliata visto che è pacifico che nell'elusione la norma sia aggirata e non violata, è quella di arrivare quasi a negare il concetto stesso di elusione. Ciò perché anche la stessa clausola anti elusiva<sup>129</sup>, tipizzando il concetto ed i presupposti delle condotte di elusione fiscale, assurge regola di condotta suscettibile quindi di

---

<sup>127</sup> A differenza dell'evasione che, come si è visto nel capitolo II, invece occulta l'esistenza di un presupposto già accaduto.

<sup>128</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 279 ss.

<sup>129</sup> L'articolo 10 *bis* dello Statuto del Contribuente.

essere violata. Progredendo perciò sulla falsariga di questo concetto di fatto non esisterebbe più l'elusione.

Non va dimenticato che sicuramente è vero che un carattere intrinseco dell'elusione è proprio l'aggiramento e non la diretta violazione di una norma, questo è il fattore che lo collega all'insieme più grande che è l'abuso del diritto, quella categoria trasversale e risalente di cui si è già parlato.

La soluzione a questo stallo si può trovare caso per caso nella verifica della natura della norma e lasciar decidere ad essa di cosa si tratta. Qualora la normativa abbia la chiara finalità di semplificare il contrasto all'elusione fiscale, la sua stessa esistenza non per forza deve avere il risultato di modificare la natura.

Data l'ampiezza dell'articolo 10 *bis* dello Statuto del Contribuente, probabilmente non sarebbero necessarie le varie singole disposizioni anti elusive<sup>130</sup>, ma è innegabile la semplicità maggiore data da questo sistema che le affianca alla clausola generale.

Indagata e accertata la natura di norma anti elusiva allora si potrà pacificamente qualificare la condotta da combattere come elusiva. Sarebbe un chiaro controsenso qualificare altrimenti la condotta vietata da una norma anti elusiva. Essa non può che essere elusiva.

Problemi molto simili si pongono per la questione della eventuale responsabilità penale derivante da operazioni di *transfer pricing*.

La questione non può dirsi risolta neanche accettando la natura elusiva dell'operazione. L'articolo 10 *bis* ha risolto l'annosa questione<sup>131</sup> della rilevanza penale dei comportamenti elusivi al suo comma 13 prescrivendo l'impossibilità per le condotte abusive di avere conseguenze penali. Ma ciò non impedisce che si possano configurare delle singole fattispecie che puniscano penalmente condotte che si potrebbero ritenere elusive, ciò poiché è dubbia la natura dello "scudo protettivo" dell'articolo 10 *bis*. Vi è chi ritiene che esso sia una norma di mero principio, in quanto non si rinviene nelle Statuto del Contribuente una fonte che abbia una possibile sovraordinazione tale da impedire la formazione di nuove norme penali che puniscano penalmente condotte elusive secondo la normale successione di leggi nel

---

<sup>130</sup> Poiché con l'applicazione dei presupposti generali ogni condotta che integri quelle condotte sarà suscettibile di essere disconosciuta.

<sup>131</sup> Si veda il Capitolo II paragrafo 2.7.

tempo; e inoltre sembra eccessivo assegnargli un potere di abrogazione implicito, di tutte le norme precedenti che puniscano penalmente una condotta elusiva.

Coloro che sostengono la rilevanza penale delle condotte di *transfer pricing* individuano come norma che potrebbe essere utilizzata per punire coloro che pongono in atto operazioni del genere l'articolo 4 del d.lgs. 74 del 2000, poiché non si è in presenza di condotte fraudolente<sup>132</sup>. Secondo questo articolo è punito chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a queste imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti<sup>133</sup>.

Ma per molti motivi non convince l'ipotesi di far applicare in questi casi l'articolo 4, anche prescindendo dal discorso riguardante la natura elusiva o evasiva del *transfer pricing*<sup>134</sup>.

Innanzitutto bisogna distinguere i due casi di *transfer pricing* che si possono presentare, vale a dire quello che riguarda la ripresa a tassazione di elementi passivi e quello che riguarda la ripresa a tassazione di elementi attivi.

Per quanto riguarda il primo caso l'applicazione dell'articolo 4 potrebbe risultare impedita dal nuovo comma 1 *bis* che espressamente prevede che nella dichiarazione infedele non rilevi la non deducibilità di elementi passivi reali<sup>135</sup>, risulta perciò impossibile configurare la dichiarazione infedele dell'articolo 4 quando, come nel nostro caso, vi siano dei costi realmente sostenuti, ma indeducibili quantomeno nella

---

<sup>132</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 279 ss.

<sup>133</sup> il reato si configura però quando oltre a questa fattispecie vi sia una evasione superiore a Euro cinquantamila, e quando l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi inesistenti, è superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, oppure è comunque superiore a euro tre milioni.

<sup>134</sup> Nonostante però l'articolo 4 preveda espressamente il termine evadere nella sua costruzione della fattispecie e ciò probabilmente osterebbe a qualunque condotta elusiva.

<sup>135</sup> Le altre situazioni che non fanno scattare l'applicazione dell'articolo 4 sono: la non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio o in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, di elementi passivi reali.

parte superiore al valore normale<sup>136</sup>. Inoltre nella nuova formulazione dell'articolo 4 del d.lgs. 74 del 2000, il termine “fittizi” è stato sostituito da quello “inesistenti”, quindi la posizione presa dal legislatore risulta rafforzata nel voler considerare come ambito di applicazione solo le situazioni in cui vi sia una inesistenza reale del costo da considerare.

Nel caso opposto cioè quello di una cessione di beni ad una società estera inferiore al valore normale, ci si troverà davanti ad una ripresa a tassazione degli elementi attivi, in questo caso il trattamento degli elementi passivi non può più soccorrere l'interprete e occorrerà spostare l'indagine su altri fronti.

In particolare trattandosi chiaramente, nel caso di una cessione a valori non normali, di una attività valutativa, ha rilievo il comma 1 *ter* dell'articolo 4 che prevede che non diano luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al dieci per cento da quelle corrette, si introduce perciò una soglia di scostamento fondamentale per la punibilità penale<sup>137</sup>.

Inoltre sempre nel comma 1 *bis*, di cui si è già parlato prima, si prevede che non si tenga conto della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali. Questa previsione andrà integrata con il comma 2 *ter* dell'articolo 1 del d.lgs. 471 del 1997<sup>138</sup>. Questo comma da la massima importanza in sede di verifica alla tenuta di una

---

<sup>136</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 279 ss.

<sup>137</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 279 ss.

<sup>138</sup> In particolare il procedimento descritto dal comma 2 *ter* dell'articolo 1 del d.lgs. 471 del 1997 è il seguente: In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, da cui derivi una maggiore imposta, la sanzione non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegnato all'Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente, deve darne apposita comunicazione all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati. In assenza di questa comunicazione si rende applicabile il sistema sanzionatorio.

documentazione di accompagnamento all'operazione riguardante la sospetta condotta di *transfer pricing*<sup>139</sup>.

Volendo perciò tirare le somme la rilevanza penale delle condotte di *transfer pricing* è sanzionabile caso in cui la condotta riguardi gli elementi attivi e la loro ripresa a tassazione.

Ciò però può avvenire in casi molto limitati poiché occorre, innanzitutto che non sia stata tenuta di alcuna documentazione fiscalmente ammissibile che spieghi la conformità al valore normale del prezzo di trasferimento. Occorre anche che la differenza del prezzo di trasferimento con il valore normale superi la franchigia prevista dall'articolo 4<sup>140</sup>, e comporti il superamento delle soglie evasive indicate al medesimo comma<sup>141</sup> e vi sia uno scostamento di almeno il dieci per cento come prescrive il comma 1 *ter*<sup>142</sup>.

Come già anticipato invece per le operazioni in che abbiano ad oggetto elementi passivi e la loro ripresa a tassazione, non vi può essere alcuna sanzione penale attraverso l'articolo 4 del d.lgs. 74 del 2000.

Questo perché trattandosi di un acquisto a costi più elevati rispetto al reale valore del bene si avranno in contabilità dei costi indeducibili ma realmente sostenuti, che è proprio la fattispecie che il comma 1 *bis* prescrive come non sanzionabile penalmente.

---

<sup>139</sup>A differenza della precedente formulazione che prevedeva la presenza di queste informazioni esclusivamente nel bilancio, attualmente è consentito che questi dati siano messi a disposizione dell'Amministrazione finanziaria in una qualunque documentazione rilevante ai fini fiscali come ad esempio il *Masterfile* che raccoglie le informazioni sul gruppo e la Documentazione Nazionale che contiene le informazioni riguardanti l'impresa residente. Esse si possono certamente considerare delle documentazioni fiscalmente rilevanti. A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 279 ss.

<sup>140</sup> Il quale al comma 1 lettera a) prevede che l'imposta evasa debba essere superiore a centocinquantamila Euro.

<sup>141</sup> Il comma 1 alla lettera b) prescrive che per avere la punibilità, l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi inesistenti, debba essere superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque superiore a Euro tre milioni.

<sup>142</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 279 ss.

La disparità di trattamento penale tra due condotte che sostanzialmente hanno la stessa offensività<sup>143</sup> è difficilmente giustificabile e forse ingiustificata, ma accentuando la discutibile premessa che il *transfer pricing* sia una condotta evasiva e non elusiva, non vi è alcuna possibilità interpretativa di porre rimedio a questa disparità<sup>144</sup>.

Bisogna però adesso tornare sulla natura elusiva o meno di questo tipo di condotte poiché fondamentale è la rilevanza penale della distinzione.

Infatti in caso di qualificazione elusiva, come ha fatto la Giurisprudenza<sup>145</sup>, non vi sarebbe la minima possibilità di applicare l'articolo 4 del d.lgs. 74 del 2000 che fa esplicito riferimento all'imposta evasa. Ciò anche prescindendo da quello che possa essere la reale portata del comma 13 dell'articolo 10 *bis* dello Statuto del Contribuente.

Permangono però i dubbi in ordine alla qualificazione, poiché coloro che sostengono la natura evasiva credono che la violazione dell'articolo 110 TUIR possa occultare un presupposto già esistente in quanto esso sia nato con la transazione, la quale è perfettamente consentita alle cifre pattuite. Il punto dove nasce il presunto occultamento del presupposto impositivo sarebbe quello della valutazione contabile dell'operazione, che deve essere quella stabilito al comma 7 dell'articolo 110, vale a dire una valutazione dell'operazione come se essa fosse avvenuta a valori normali e in libera concorrenza.

#### **4.12 Conclusioni in tema di utilizzo delle società di comodo nel *dividend washing* e nel *transfer pricing*.**

---

<sup>143</sup> Si tratta infatti di due condotte molto simili nella realizzazione e nel risultato poiché entrambe conducono ad una riduzione di base imponibile, semplicemente una lo farà attraverso una cessione sottocosto e l'altra con un acquisto a prezzo gonfiato.

<sup>144</sup> A.LANZI – P.ALDROVANDI *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 279 ss.

<sup>145</sup> Con le già richiamate sentenze: Cass. n.22023 del 2006, e Cass. 11226/2007. P. VALENTE *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018 p 1621 ss.

Dopo aver trattato a fondo due delle condotte che consentono l'utilizzo di società di comodo nelle operazioni a sfondo transnazionale occorrerà verificare dove concretamente può esserci questo utilizzo.

Nel caso del *dividend washing* appare chiaro come si possa configurare la presenza di una società di comodo nel ruolo del secondo partecipante, vale a dire colui che per primo acquista e poi rivende allo stesso cedente originario le partecipazioni, il motivo risulta evidente poiché solitamente l'originario cedente è una società in tutto e per tutto operativa, che possiede la partecipazione<sup>146</sup> e continuerà a possederla dopo la conclusione dell'intera operazione.

Al contrario il primo acquirente, che poi retrocederà la partecipazione dopo aver incassato il dividendo e realizzato una minusvalenza deducibile, è possibile che esaurisca la sua ragione di esistenza e che quindi sia stato utilizzato solamente per la realizzazione del vantaggio fiscale illustrato.

Per quanto riguarda le operazioni di *transfer pricing* risulterebbe ancora più chiaro un eventuale utilizzo della società di comodo che potrebbe essere sia cedente che acquirente a seconda di dove penda la sproporzione.

Solitamente la società di comodo sarà la parte sfavorita dall'operazione e quindi riguarderà il nostro ordinamento soltanto quando essa sia residente in Italia. Le società che sono sfavorite economicamente dall'operazione, sono sempre quelle su cui si concentrano le attenzioni delle Autorità fiscali, poiché la ripresa a tassazione riguarda quegli utili<sup>147</sup> che si sarebbero prodotti nel caso in cui l'operazione fosse avvenuta tra parti non correlate e a prezzi di mercato.

Tralasciando infine il caso in cui la società sfavorita dall'operazione non sia formalmente correlata all'altra parte contrattuale ma sia una società di comodo che non si vuole far ricondurre ai reali proprietari e dirigenti. In questo caso si potrà certamente in sede tributaria provare il controllo di fatto e quindi la correlazione, ma rischiano di venire in rilievo altri possibili reati, tributari e non solo.

---

<sup>146</sup> Partecipazione che deve essere ovviamente immobilizzata per beneficiare della *participation exemption*, altro indice dell'operatività del cedente.

<sup>147</sup> Con utili da riprendere a tassazione si intende, o maggiori ricavi o minori costi, che sono i due modi in cui può avvenire il danno per il Fisco in queste operazioni.

È evidente perciò l'utilizzo, in questo caso elusivo seppur coi dubbi già accennati riguardo al *transfer pricing*<sup>148</sup>, delle società di comodo in queste due fattispecie. Esse consentono infatti una maggior impermeabilità ai controlli e un potere di disposizione pressoché totale nei loro confronti.

---

<sup>148</sup> Si veda il paragrafo precedente.



## CONCLUSIONI

Giunti alla fine del lavoro è necessario trarre le somme degli argomenti trattati.

Si è cercato di dare una panoramica sul fenomeno della società di comodo e sui suoi possibili utilizzi in frodi o elusioni fiscali.

Abbiamo visto che la disciplina sulle società di comodo, delineata dall'articolo 30 della L. 724 del 1994, risulta essere molto restrittiva nel comminare la maggiorazione fiscale<sup>638</sup>, tanto da accettare il rischio di colpire anche società che non siano realmente di comodo o di mero godimento. Questo fa capire il profondo disvalore che il legislatore ha per questo tipo di società. Anche l'equiparazione di un fenomeno molto diverso come le società in perdita sistematica, si spiega con la finalità dissuasiva che sceglie di colpire la società dal punto di vista fiscale essendo molto difficile il suo scioglimento utilizzando le norme del Codice Civile.

Si sceglie di colpire così quello che viene individuato come il fine per la costituzione delle società di comodo, vale a dire il risparmio fiscale<sup>639</sup>. Colpendo quello il legislatore ritiene di potere arrivare di fatto a rendere inutile una società di comodo e scoraggiarne la creazione.

Appurato che le società di comodo siano malviste nel nostro sistema, occorre indagarne i concreti utilizzi. Si tratta di utilizzi pressoché sempre mirate a operazioni non consentite dall'ordinamento.

In particolare possono essere di tipo elusivo come nel caso delle bare fiscali utili solamente per il riporto abusivo delle perdite oppure delle vere e proprie frodi in cui le società di comodo<sup>640</sup> svolgono un ruolo essenziale come nel caso delle frodi carousel in cui la società non operativa è elemento imprescindibile per la commissione della frode in quanto è necessario un soggetto all'interno della catena che possa incassare l'Imposta sul Valore Aggiunto e scomparire senza versarla poi

---

<sup>638</sup> Fatta creando un reddito presupposto per ogni società che non superi il test di operatività dell'articolo 30.

<sup>639</sup> Quando non si tratti addirittura di uno scopo fraudolento, quindi utile per la commissione di reati.

<sup>640</sup> In questo specifico caso denominate società "cartiere".

all'erario nel rispetto del principio di rivalsa IVA. È evidente come per questo compito sia fondamentale avere un soggetto che non svolga alcuna attività realmente operativa e che possa quindi agevolmente far perdere le proprie tracce a chi dovrebbe incassare l'imposta. Inoltre se maggiore sarà il numero di questo tipo di soggetti che si useranno all'interno del carousel allora minore sarà la possibilità per le autorità competenti di arrivare a svelare l'intero meccanismo in quanto queste società di comodo possono rappresentare anche un valido filtro per coloro i quali traggano effettivo vantaggio dalla frode.

Si è cercato anche di offrire una panoramica sul concetto di abuso del diritto e di elusione fiscale.

Si tratta di due concetti che hanno una genesi molto diversa, considerando che il primo è un istituto molto risalente che nasce nel diritto privato, e che ha impegnato gli studi di molti giuristi per quasi un secolo. Dopo la sua nascita si è esteso a quasi tutte le discipline giuridiche, diventando un concetto trasversale e comune.

L'elusione fiscale invece riguarda il diritto tributario ed è stato oggetto di molti interventi normativi per cercare di delinearne i contorni.

Ciò che caratterizza l'elusione fiscale è il fatto di non violare direttamente una norma fiscale ma solamente di aggirarla, compiendo azioni che pur non violandola non sono in linea con la *ratio* normativa e ne minano i principi. Inoltre dal punto di vista strettamente tributario, la condotta elusiva è quella che impedisce la nascita di un presupposto di imposta che non è ancora avvenuta, a differenza dell'evasione fiscale che occulta un presupposto già perfettamente sorto.

Dopo essere stata a lungo un principio giurisprudenziale e avere avuto molte modifiche normative oggi l'elusione fiscale è disciplinata dall'articolo 10 *bis* dello Statuto del Contribuente che ne detta i presupposti, le conseguenze e le modalità di applicazione della disciplina. In particolare l'articolo dà risalto all'assenza di valide ragioni economiche dell'operazione sospettata di elusione<sup>641</sup>, e la conseguenza è che l'amministrazione ha la possibilità di disconoscerne i vantaggi tributari derivanti

---

<sup>641</sup> Ovviamente nelle ragioni economiche non rileva la volontà di ottenere un risparmio fiscale, qualora fosse solo questa la motivazione si avrebbe ai fini dell'articolo 10 *bis*, una operazione priva di valide ragioni economiche.

dall'operazione, che così rimane perfettamente valida dal punto di vista dell'autonomia privata, ma senza effetti per il Fisco.

Inoltre a differenza del legittimo risparmio di imposta, quello che si produce con l'elusione fiscale è un risparmio ingiusto in quanto non dovuto, lo stesso articolo 10 *bis* lo definisce "indebito".

Per quanto riguarda il rapporto tra elusione e abuso del diritto si è discusso se fossero due concetti coincidenti, la norma nomina indifferentemente entrambi i concetti senza alcuna reale distinzione.

Si tratta probabilmente di una imprecisione visto che il concetto di abuso del diritto è, come detto, una categoria trasversale e interdisciplinare. Si può certamente dire quindi che vi sia tra abuso del diritto ed elusione un rapporto di *genus a species*, poiché l'elusione fiscale è una specificazione del concetto di abuso del diritto<sup>642</sup>, in ambito fiscale e tributario. Sarebbe perciò più appropriato nominare l'elusione fiscale e non l'abuso del diritto quando ci si riferisca a condotte inerenti all'ambito tributario.

Dal punto di vista della rilevanza penale il tema era stato luogo di accesi dibattiti, anche grazie a famosi casi giurisprudenziali, uno fra tutti il caso degli stilisti Dolce e Gabbana.

La Giurisprudenza ha inizialmente considerato le condotte elusive come possibili di essere punite penalmente. Dopo le proteste della dottrina l'articolo 10 *bis*<sup>643</sup>, ha preso una posizione molto precisa prevedendo con il comma 13 che le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie.

Si discute però della reale portata di questa clausola, in assenza di essa le condotte che fossero risultate in contrasto con la clausola generale anti elusiva dell'articolo 10 *bis*, non sarebbero state di per sé punibili poiché non si tratta di una norma penale che rispetta i principi di tassatività e determinatezza e non prevede neanche una sanzione definita al suo interno. Sembra quindi doversi cercare una efficacia esterna

---

<sup>642</sup> Vale a dire quando a fronte di un diritto concesso ad un soggetto egli ne fa un utilizzo lecito ma in contrasto con la *ratio* sottesa alla concessione di quel diritto. L'esempio più emblematico riguarda il diritto privato e i cosiddetti "atti emulativi" cioè quegli atti leciti ma che sono compiuti con l'esclusivo scopo di danneggiare un altro soggetto.

<sup>643</sup> Il quale si ricorda è stato introdotto nel 2015.

del comma 13, in effetti la lettera della norma stabilisce che non sono punibili “le operazioni abusive” lasciando intendere una applicabilità generalizzata.

È ovvio però che lo Statuto del Contribuente non ha alcuna superiorità gerarchica rispetto alle leggi ordinarie e quindi nulla vieta che una norma successiva punisca una condotta ritenuta di elusione fiscale.

Questo si intreccia con il discorso affrontato nel corso del lavoro, del ruolo che vada ad assumere una norma che regoli e vieti una condotta considerabile abusiva, sono le cosiddette “norme antielusive”.

Con una previsione legislativa che vieta una condotta, viene meno uno dei presupposti individuati dalla dottrina per poter parlare di abuso del diritto, vale a dire quello di aggirare una norma soprattutto per quanto riguarda la *ratio*, ma senza violarla esplicitamente, come è tipico dell’evasione fiscale.

L’estremizzazione di questa concezione porterebbe a negare l’esistenza stessa dell’elusione considerando che una condotta di questo tipo viola necessariamente anche l’articolo 10 *bis* quindi di fatto non ci sarebbe spazio per il concetto di elusione ma rientrerebbe tutto nell’evasione fiscale<sup>644</sup>.

Una soluzione già prospettata è quella di considerare la reale natura delle norme che vietano quelle condotte e nel caso abbiano una finalità antielusiva continuare a considerare come elusiva la condotta.

La clausola di salvezza penale del comma 13 rischia, perciò, di essere relegata a mera previsione di principio, che non impegna in alcun modo il legislatore per il futuro e, probabilmente, non ha neanche la forza di abrogare eventuali norme penali precedenti al 2015 che puniscano delle condotte elusive.

Altrimenti si dovrà accogliere l’idea che quando vi sia una norma di divieto la condotta eventualmente elusiva cessa di esserlo rientrando nell’ambito dell’evasione fiscale.

---

<sup>644</sup> Ovviamente non si vuole negare che il fatto di non violare esplicitamente una norma sia un carattere molto importante del concetto di elusione, ma non si può tacere sul fatto che le conseguenze di una estremizzazione del concetto sarebbero quelle appena accennate. Inoltre è chiaro che la previsione delle singole norme anti elusive potrebbe anche essere superflua dal punto di vista tributario, essendo ampiamente sufficiente l’ampiezza dell’articolo 10 *bis*. Esse sono previste perciò per semplificare l’applicazione delle norme a contrasto dell’elusione, ma anche per prevedere sanzioni penali che non sono appunto previste nella clausola generale.

Il destino della clausola di salvezza penale del comma 13 sarebbe però comunque il medesimo, vale a dire una mera norma di principio che non vincola, né per il futuro né tantomeno per il passato, il legislatore.



## BIBLIOGRAFIA

ALAGNA,R. *I reati tributari e il regime di responsabilità degli enti*, in *Rivista Trimestrale di diritto Penale dell'economia* 2012.

ALDROVANDI,P. *Elusione fiscale e diritto penale* in *Diritto penale dell'economia* di A. Cadoppi, S.Canestrani, A. Manna, M. Papa, Milano, 2017.

AMATO,C. *Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto* in *Europa e diritto privato* fasc.I/2017.

ANTOLISEI,F. *Manuale di diritto penale parte generale*, Torino, 2003.

ANTONACCHIO,F. *"Frodi carosello" IVA: le recenti evoluzioni e i nuovi indirizzi della giurisprudenza* in *Il Fisco* 2013.

BASILAVECCHIA,M. *Funzione impositiva e forme di tutela, lezioni sul processo tributario* Torino, 2013.

BASILE,E. *Brevi note sulla nuova direttiva PIF- Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale* in *Diritto penale contemporaneo*, 2018.

BATISTONI FERRARA, F. *imposizione sulle società di comodo: riflessioni agre*, in *rass. trib.* 1994.

BEGHIN,M. *La “non opponibilità” al fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate, , in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016.

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

BERSANI,G. *Le condotte elusive e la loro rilevanza nel diritto penale tributario secondo la giurisprudenza della corte di cassazione; ne il fisco* fascicolo 27/2012.

BOCCHINI, E. *Diritto della contabilità delle imprese- Volume II il bilancio d’esercizio*, Roma, 2016.

BONANZINGA,R. *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.Comparazione&dirittocivile.it](http://www.Comparazione&dirittocivile.it), 2010.

BRACCINI,R. *le società di comodo nella recente legislazione tributaria* in *riv.dir.fin.*, 1986.

CAMPOBASSO,G. *Manuale di diritto commerciale vol. 2, Diritto delle società*, Milano, 2017.

CARACCIOLI,I. *La responsabilità penale dei cd. “buffers” (o filtri) nelle “frodi carosello” in materia di IVA: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto tributario* Fascicolo I 2014.

CARLEO,R. e MARTUCELLI,S. e RUPERTO,S. *Istituzioni di diritto privato* Roma 2014.

CASTALDI,L. *Il “dividend washing” integra “ex se” abuso del diritto-  
la Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva  
condizione di incertezza del dato normativo* in *Rivista di  
Giurisprudenza Tributaria* 7/2016.

CHECCACCI,G. *I reati con condotta di omesso adempimento  
all’obbligo tributario*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di  
A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A.  
Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano 2016.

CHECCACCI,G. *Le circostanze attenuanti* in *Trattato di diritto  
sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e  
processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri,  
Milano, 2016.

CONTRINO,A. *I confini dell’abuso* in *Abuso del diritto ed elusione  
fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016.

CORSO,P. *Secondo la Corte di Cassazione l’elusione non indica un  
fatto penalmente rilevante*, in *Corriere Tributario* 2006.

CROSTAROSA GUICCIARDI,G. *le società di comodo tra diritto  
commerciale e diritto tributario il fisco*, 1995.

CUCINELLA,G. *Brevi riflessioni sulle differenze tra comunione a scopo  
di godimento e società*, in, *Giureta, riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2010.

CUPELLI,C. *la Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre ad un diritto penale europeo certo* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

DE MARCO,S. *la disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e articolo 53 cost.* in *Diritto e pratica tributaria* n. 3 del 2018.

DE NICOLA, C. *Precedente e prospective overruling. il punto di equilibrio tra interpretazione creativa e affidamento della parte*, in *La Nuova Procedura Civile* n. 2 del 2019.

DEOTTO,D. *i limiti alla verifica di operatività* in *Sole 24 ore* del 6 Maggio 2007.

DI GIOVINE,O. *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti- guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, di G. Lattanzi, Milano, 2010.

DI VETTA,G. *Abuso del diritto nella prospettiva penale* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano, 2016.

DI VETTA,G. *I reati di dichiarazione fraudolenta* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano, 2016.

DI FIORINO,E. E PROCOPIO,F. *Responsabilità amministrativa degli enti e reati tributari: tra soluzioni interne e pressioni eurounitarie* in *www.dirittobancario.it*, 2018.

FALSITTA,G. *Manuale di diritto tributario parte speciale* Padova 2016.

FALSITTA,G. *l'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario- orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, nella collana *Quaderni della rivista di diritto Tributario* numero 4 di G.Maisto, Milano, 2009.

FERRANTI,G. *Cause di disapplicazione della disciplina sulle società di comodo* in *corriere tributario*, n.17/2007.

FIANDACA,G. e MUSCO,E. *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2014.

FLICK,G.M. *Abuso del diritto ed elusione fiscale quale rilevanza penale* in *Giurisprudenza commerciale* 2011.

FRANSONI,G. *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016.

FRANSONI,G. *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite* in *Riv. Dir. Trib.* 2008.

GALGANO,F. *comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare*, in, *contr. impr.*, 1988.

GENTILINI,A. *L'abuso del diritto come argomento*, in *Atti del convegno "l'abuso del diritto, storia e ambiti disciplinari"*, Milano 2010.

GIOVANNINI,A, *Proventi e costi di reato in generale nel diritto tributario* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano, 2016.

GIOVANNINI,A. *Abuso del diritto e sanzioni amministrative* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano, 2016.

IELO,P. *Commissione Greco: dall'usura alla frode verso una più ampia responsabilità degli enti*, in *Guida al Diritto*, 2010.

INGRAO,G. *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2016.

INGRAO,G. e LUPI,R. *Il doppio regime di circolazione delle partecipazioni ai fini "pex": regola ed eccezioni* in *Dialoghi Tributari* 2/2012.

LA ROSA,S. *Elusione ed antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, in

LANZI,A. e ALDROVANDI,P. *Diritto penale tributario*, Milano, 2017.

LUPI R., *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. Trib.*, 1995.

MARCHESELLI,A *Frodi carosello e diritto penale tributario, tra equivoci giurisprudenziali e prospettive future* in *Giurisprudenza Italiana* 2011.

MARONGIU,G. *Statuto del contribuente* in *Enc. Giuridica Diritto online* 2016.

MASTELLONE,P. *Aspetti procedurali e processuali della indeducibilità dei costi di reato* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, *Tomo I- Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano, 2016.

MAZZACUVA,N. e AMATI,E. *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018.

MELIS,G. *Ne bis in idem con il nodo della connessione* in *Sole 24 ore*, 15 Ottobre 2017.

MELIS,G. *Lezioni di diritto tributario*, Roma, 2016.

MELIS,G. *Trasferimento della residenza all'estero ed elusione fiscale* in *Elusione ed abuso del diritto tributario* di G.Maisto, Milano 2009.

- MELIS,G. *Disciplina sulle società di comodo e presunzione di evasione: non sarà forse l'ora di eliminarla?* in *Dialoghi di dir. trib.* 2006.
- MICELI,R. *Società di comodo e statuto fiscale dell'impresa*, Roma, 2017.
- MIGNARRI,E. *La disciplina di contrasto al dividend washing: problematiche aperte e questioni emerse Il Fisco* n. 28 del 2008.
- MUCCIARELLI,F. *Elusione ed abuso del diritto tributario* , nella collana *Quaderni della rivista di diritto Tributario* numero 4 di G.Maisto, Milano, 2009.
- MUSCO, E. e ARDITO,F. *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013.
- MUSCO, E., *Profili costituzionali del nuovo diritto penale tributario*, in *Il Fisco*, 2001.
- PERINI,A. Voce *Reati tributari* in *Digesto discipline penalistiche*, Torino 2016.
- PEVERINI,L. *Società di comodo e imposta patrimoniale: il contrasto tributario all'utilizzo distorto della forma societaria* in *Giur. Comm.*, 2013.
- PIERGALLINI,C. *Responsabilità degli enti per i reati commessi* in *Reati e responsabilità degli enti- guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, di G. Lattanzi, Milano, 2010.

PISTOLESI,F. *l'interpello "anti abuso"* in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016.

PROCOPIO M, *Elusione fiscale (o abuso del diritto): la Corte di Cassazione si allinea all'ordinamento comunitario*, in *Riv. Prat. Trib.*, 2008

RUSSO,P. *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi* in *Diritto e pratica tributaria* n.1 2016.

RUSSO,V. *Il riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Bilancio e reddito di impresa* n. 5 del 2017.

SABELLA,P.M. *I reati tributari nella prospettiva della responsabilità individuale e degli enti collettivi*. su [www.eprints.luiss.it](http://www.eprints.luiss.it), Roma 2017.

SABELLA,P.M. *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2013.

SALCUNI,G. *Abuso del diritto ed elusione fiscale tra offensività e determinatezza*, in *Rivista trimestrale di diritto penale*, 2013.

SAMMARTINO,S. *Il diritto di interpello in Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016.

SANTINI,G. *tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *riv.dir.civ.*, 1973.

- SANTORIELLO,C. *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, 2017.
- SMALDINI,G. *le società di comodo, Accertamento e difesa del contribuente*; Rimini; 2008.
- SOANA,G. *I reati tributari*, Milano, 2018.
- STEVANATO,D. *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015.
- STEVANATO,D. “società di comodo” un capro espiatorio buono per ogni occasione in *Corr. Trib.* 2011.
- TERRACINA,D. *l'incoerenza delle sanzioni nel sistema penale tributario*, in *Dialoghi Tributari*, 2010.
- TESAURO F. *Istituzioni di diritto tributario, parte speciale*, Milano, 2018.
- TESAURO F., *In tema di frode carosello e sanzioni*, in *Giur. it.*, 2013, pag. 2166 e ss.
- TESAURO,F. *Appunti sulle frodi carosello* in *Giurisprudenza Italiana* 2011.
- TRIPODI,F. *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

TRIPODI,F. *Ne bis in idem e reati tributari in Diritto penale dell'economia* di A. Cadoppi, S.Canestrani, A. Manna, M. Papa, Milano, 2017.

TROMBELLA,L. *La responsabilità del consulente*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano, 2016.

VALENTE,P. *Manuale del transfer pricing*, Milano 2018.

VALLINI,A. *L'errore* in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* di A. Giovannini, Tomo I- *Diritto penale e processuale* a cura di A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, Milano, 2016.

VENEZIANI, P., *Elusione fiscale, «esterovestizione» e dichiarazione infedele*, in *Riv. it. Dir. pen. e proc.*, 2012, pag. 863 e ss.

VENTIMIGLIA,F. *La direttiva PIF e i suoi risvolti in materia 231* in [www.sole24ore.it](http://www.sole24ore.it) 17 Aprile 2018.

VISENTINI,G. e PALAZZOLO,A. *Manuale di diritto commerciale* in *Collana professionale del diritto commerciale* Diretta da G. Visentini, Roma 2017.

ZIZZO,G. *La nozione di abuso nell'articolo 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale* di E. Della Valle, V. Ficari, G. Marini, Torino 2016.

ZIZZO,G., *La nozione di abuso nel nuovo art. 10-bis dello statuto dei*

*diritti del contribuente, in Corr. Giur., 2015, pag. 1337 e ss.*

*ZIZZO,G. Profili di incostituzionalità del regime di utilizzo delle perdite nelle imposte sul reddito in Corr. Trib. 2007.*