



Dipartimento di impresa e management

Corso di laurea in Amministrazione, Finanza e Controllo

Cattedra di Diritto processuale tributario

# **Le operazioni di *leveraged cash out* e le criticità connesse alle tematiche fiscali**

RELATORE

Chiar. Prof. Giuseppe Napoli

CANDIDATA

Carlotta Castaldo  
Matr. 733791

CORRELATORE

Chiar. Prof. Luigi Magistro

Anno accademico 2021/2022

<b>INTRODUZIONE:</b> .....	<b>2</b>
<b>CAPITOLO I: CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE CIRCA LA FISCALITÀ DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE.</b> .....	<b>5</b>
1.1 Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario.....	5
1.2 Il perimetro della categoria nell'ordinamento tributario.....	13
1.3 Il quadro normativo contabile nazionale in tema di operazioni straordinarie.	16
<b>CAPITOLO II: ELUSIONE E ABUSO DEL DIRITTO AI FINI DELL'IMPOSIZIONE TRIBUTARIA.</b> .....	<b>19</b>
2.1 L'interpretazione antielusiva della norma tributaria direttamente ricavabile dai principi costituzionali.....	19
2.2 Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale.....	28
2.3 L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto.....	36
<b>CAPITOLO III: L' ABUSO RELATIVAMENTE AL REDDITO DI IMPRESA</b>	<b>45</b>
3.1 l'abuso del diritto come generale principio ermeneutico delle operazioni a rilevanza fiscale.....	45
3.2 Profili elusivi del riporto delle perdite nel consolidato fiscale e nella trasparenza....	52
3.3 Il regime della cessione del credito, tra elusione fiscale e " <i>abuso del diritto</i> ".	59
<b>CAPITOLO IV: L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO TRIBUTARIO NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE</b> .....	<b>67</b>
4.1 Il leveraged cash out e l'abuso del diritto.....	67
4.2 L'abuso del diritto nelle operazioni di scissione.....	89
4.3 Neutralità fiscale e disavanzo di fusione.....	95
<b>CONCLUSIONI:</b> .....	<b>104</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>106</b>
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	<b>112</b>

## INTRODUZIONE:

L'art. 7 del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, ha introdotto nel nostro ordinamento tributario l'art. 37-bis quale integrazione al d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Con esso si è avuta la sostituzione dell'art. 10 della l. 29 dicembre 1990 e delle successive modifiche apportate dalla l. 23 dicembre 1994, n. 734.

Antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 7, la previsione normativa era tale per cui: *“Era consentito all'Amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi tributari, derivanti da operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari posti in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente risparmio d'imposta”*. L'art. 37-bis ha essenzialmente accresciuto la sfera in vigore della disciplina antielusiva, facendo sì che rientrassero in tale ambito non solo fenomeni dolosi di rilevanza penale, ma, in generale, un insieme di fenomeni aventi quale comune denominatore le seguenti peculiarità:

il trattarsi di atti, fatti o negozi, anche collegati tra di loro, privi di valide ragioni economiche; il porre in essere gli stessi al fine di aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario; l'essere volti all'ottenimento di riduzioni d'imposte o di rimborsi non dovuti.

Il realizzo delle tre fattispecie anche in via non simultanea consente l'applicazione della normativa antielusiva. L'art. 37-bis, comma 3, considera elusive le seguenti operazioni: trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzione ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;

conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;

cessione di crediti;

cessioni di eccedenze d'imposta;

operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società;

operazioni da chiunque effettuate, incluse le valutazioni aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'art. 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle

imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 17 del testo unico delle imposte sui redditi; pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea;

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

Sussiste dunque, per l'Amministrazione finanziaria, l'onere della prova volto alla dimostrazione dell'inesistenza di valide ragioni economiche accompagnate dal raggio di obblighi e divieti e conseguimento di illeciti rimborsi o risparmi d'imposta. In attinenza a questo, si infila nel recente interagire uno dei soggetti più delicati in ambito tributario, che interessa da vicino sia contribuenti sia addetti ai lavori e che consiste nella pianificazione del rapporto meramente economico tra risorse disponibili ed uso alternativo delle stesse per il raggiungimento di una soluzione economicamente ottimale, come lo screening di una piattaforma impositiva atta a produrre un legittimo risparmio d'imposta senza sconfinare nella fenomenologia dell'elusione fiscale, negativa e deleteria a livello generale. Compito del professionista è avvalersi a tal uopo dei concetti economici al fine della ricerca delle regole sulle condizioni di equilibrio delle imprese, nell'accezione di espressioni preventive di un andamento variabile, o, data la dinamica economica, la ricerca di quelle situazioni volte a migliorare, mantenere, ripristinare condizioni ottimali.

L'elusione fiscale può essere definita in senso ampio come *“l'uso illecito da parte di soggetti economici di strumenti normativi per il compimento di atti, fatti e negozi, che abbiano in via più o meno esclusiva l'obiettivo di ridurre il peso del gravame tributario in loro favore”*. A differenza di quanto avviene con l'evasione, nell'elusione ci si avvale di mezzi leciti. Lo scopo delle argomentazioni che andiamo a prendere in esame è, pertanto, centrato sulla verifica dell'esistenza o meno, in senso stretto, delle valide ragioni economiche evocate dalla norma, fatto questo che consente al contribuente accorto di

porre in essere quelle operazioni additate dalla stessa, senza la possibilità di essere ripreso a tassazione, proprio in pregio dell'esatta considerazione di quelle riflessioni che costituiscono l'essenza, o meglio le fondamenta, ai fini dell'inapplicabilità della normativa antielusiva.

## **CAPITOLO I: CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE CIRCA LA FISCALITÀ DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE.**

### **1.1 Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario.**

L'analisi dell'aspetto fiscale delle operazioni straordinarie sarà oggetto di attenzione nel presente capitolo dell'elaborato. Il problema della fiscalità delle operazioni straordinarie si pone in relazione alla liquidazione volontaria e alle procedure concorsuali, operazioni che determinano l'impossibilità della prosecuzione dell'attività.<sup>1</sup> La complessità della fiscalità delle operazioni straordinarie, riguarda il fatto che coinvolge soggetti di diversa natura, enti societari e non, persone fisiche, soggetti che fiscalmente risiedono in Italia e soggetti che fiscalmente risiedono all'estero, nonché con standard contabili differenti, con conseguente sua possibile variabilità; si pensi ad esempio alla fiscalità legata al bilancio di esercizio o al bilancio separato.

Volendo trovare, comunque, un minimo comune denominatore all'interno della categoria tributaria delle operazioni straordinarie, si può affermare che gli istituti che la compongono hanno tutti una tendenziale rilevanza sull'economia delle imprese coinvolte, ivi comprese le operazioni che hanno ad oggetto partecipazioni rilevanti (operazioni che, come si è visto, vanno collocate nell'ordinamento tributario tra quelle straordinarie); anche il mutamento della compagine sociale, quando si traduca in un'influenza sulla gestione dell'ente, impatta infatti sull'economia dell'impresa.

La complessità della materia è insita nel fatto che talune discipline tributarie che vengono in considerazione in riferimento a fenomeni impositivi sono mera attuazione di normative comunitarie: si pensi, ad esempio, alla disciplina relativa all'IVA delle operazioni straordinarie DPR n 633 del 1972, attuativa di una direttiva CEE (numero 112 del 2006). Sul piano civilistico, le operazioni straordinarie *latu sensu*, vengono suddivise tra quelle che riguardano i soggetti, da un lato, e quelle che riguardano i beni, dall'altro. Il primo comparto concerne le operazioni che si risolvono in una modifica del contratto societario originario, e che vengono, perciò, considerate come operazioni di natura successoria, nel senso che la società risultante da tali modificazioni, non solo riceve una quota di patrimonio prima facente capo ad altro soggetto, ma subentra altresì al dante causa nella

---

<sup>1</sup> ROMANO M. – M. TALIENTO, *Il trattamento contabile delle scissioni 'inverse': criticità alla luce degli standard di riferimento*, Rivista dei Dottori Commercialisti n. 2, Aprile – Giugno 2016.

relativa posizione giuridica. In questo ambito sono ricomprese, tipicamente, le operazioni di fusione e di scissione. Il secondo comparto, ossia quello delle operazioni sui beni, riguarda gli atti che vengono considerati di natura realizzativa e che non determinano alcun subentro nella posizione giuridica del dante causa. In questo ambito si collocano, tra gli altri, i conferimenti e le cessioni di azienda e di partecipazioni di controllo. Sul piano contabile, in base ai principi contabili nazionali, questa *summa divisio* è accompagnata da una conforme rappresentazione di bilancio<sup>2</sup>.

Le operazioni inquadrare come modificazioni di natura soggettiva sono caratterizzate da una confluenza di patrimoni che, normalmente, non determina - nel momento in cui interviene - componenti di natura reddituale da rilevare a conto economico e genera, piuttosto, differenziali (avanzi/disavanzi) che sono eventualmente oggetto di riclassificazione a livello patrimoniale. Il riferimento diretto è ai componenti reddituali che possono eventualmente manifestarsi al momento della confluenza dei patrimoni. Questa eventualità si può verificare quando i differenziali in parola (avanzi/disavanzi) non esprimono plusvalori o minusvalori dell'azienda ricevuta dal beneficiario dell'operazione. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'acquisto della partecipazione in una società, poi incorporata, sia stato effettuato per un corrispettivo eccessivo a causa di una errata valutazione. In questa ipotesi, la fusione potrà fare emergere una perdita per l'incorporante, anche se, a ben vedere - a conferma di quanto osservato nel testo - si tratta della stessa perdita che sarebbe potuta emergere in sede di valutazione della partecipazione anche prima, a prescindere dalla fusione. Naturalmente, le attività o passività iscritte a seguito della riclassificazione delle poste di avanzo/disavanzo possono ben dar luogo a componenti di costo o di ricavo negli esercizi successivi.

Viceversa, le operazioni sui beni si caratterizzano per l'emersione anche in bilancio di componenti reddituali da realizzo, e per una netta discontinuità tra i valori esposti nel bilancio del venditore e quelli indicati dall'acquirente all'esito dell'operazione. La logica dei principi contabili internazionali è tutta diversa. Nel contesto dei principi contabili internazionali IAS/ IFRS<sup>3</sup>, infatti, ciò che rileva, non è tanto la distinzione tra operazioni

---

<sup>2</sup> ROMANO M. – M. TALIENTO, *Il trattamento contabile delle scissioni 'inverse': criticità alla luce degli standard di riferimento*, op.cit. p. 16 e ss.

<sup>3</sup> Con l'entrata in vigore del regolamento C.E. n. 1606/2002, la U.E. ha reso obbligatoria l'adozione dei principi internazionali nei bilanci consolidati delle società quotate e delle banche e assicurazioni a partire dal bilancio 2005.

che coinvolgono i soggetti e quelle che hanno per oggetto i loro cespiti. Il discrimine fondamentale, secondo gli IAS, è quello tra operazioni che consentono ad un'impresa di acquisire il controllo di una azienda<sup>4</sup> posseduta da un diverso soggetto economico (c.d. *business acquisitions*), e quelle che invece si risolvono in atti di riorganizzazione di aziende all'interno del gruppo di appartenenza (c.d. operazioni *under common control*). Questo diverso approccio, in ossequio al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, prescinde dal contenuto giuridico degli atti e delle operazioni, e ne prende, invece, in considerazione gli effetti economici. Conseguentemente, tra le *business acquisitions* rientrano tutte le operazioni comunque denominate che consentono di pervenire al risultato dell'acquisizione e, cioè, non solo gli atti tradizionalmente considerati di scambio (cessioni e conferimenti di azienda o di partecipazioni), ma anche quelli che, sempre secondo lo schema tradizionale, non lo sono, come le fusioni e le scissioni. Viceversa, il comparto delle operazioni *under common control* riguarda tutte le operazioni comunque denominate, che intervengano tra entità già facenti capo al medesimo soggetto economico, anche se, sul piano giuridico formale, si tratta di atti di scambio. In questo ambito, perciò, sono ricomprese anche le operazioni tipicamente considerate come realizzative, come le cessioni e i conferimenti di azienda e di partecipazioni.

Al fine di analizzare idoneamente il regime fiscale delle operazioni straordinarie è essenziale fare riferimento alla distinzione tra operazioni *business acquisitions* e operazioni *under common control*.

A seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 244/2007 all'art. 83 Tuir, i criteri di determinazione del reddito di impresa dei soggetti IAS *adopter* sono mutati radicalmente rispetto al passato<sup>5</sup>. Mentre l'originario approccio, quello risalente al d.lgs. n. 38/2005, si

---

<sup>4</sup> L'IFRS 3, più precisamente, identifica come *business* o attività aziendale "un insieme integrato di attività e beni che sono gestite e condotte con l'obiettivo di fornire un ritorno in termini di dividendi, minori costi o altri benefici economici agli investitori o altri possessori di azioni, membri o partecipanti".

<sup>5</sup> Dal 2006 i soggetti obbligati all'utilizzo dei principi contabili internazionali IAS/IFRS per la redazione del bilancio d'esercizio e consolidato sono i seguenti:

- Le società quotate;
- Le banche e gli intermediari finanziari soggetti a vigilanza;
- Tutte le società emittenti strumenti finanziari diffusi;
- Le società assicurative non quotate con riferimento al solo bilancio consolidato;
- Le società assicurative quotate.

basava sul principio di neutralità impositiva tra imprese IAS e imprese che adottano i principi contabili nazionali - neutralità che implicava la necessità di disconoscere la rilevanza della rappresentazione del bilancio IAS, ove non coincidente con quella fondata sul contenuto giuridico-formale degli atti di gestione - il legislatore, a partire dal 2008, ha inteso recuperare una maggiore aderenza tra l'imponibile fiscale dei soggetti IAS e le relative risultanze di bilancio. A tal fine, è stato introdotto il c.d. principio di derivazione rafforzata dal bilancio IAS, ossia la regola, contenuta nell'art. 83 Tuir, secondo cui ai fini della determinazione del reddito di impresa i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione previsti dagli IAS *"valgono anche in deroga ai successivi articoli della presente sezione"* (la sez. I, Capo I, Titolo II, del Tuir). Il legislatore ha poi affidato ad un apposito decreto attuativo il coordinamento tra questa regola generale di recepimento fiscale delle qualificazioni IAS e le altre regole in tema di determinazione dell'imponibile IRES. In tal sede ha inoltre demandato al decreto di individuare, tra l'altro, *"i criteri di coordinamento dei principi internazionali in materia di operazioni straordinarie, anche ai fini del trattamento dei costi di aggregazione"*<sup>6</sup>. La disciplina attuativa è stata varata con il decreto n. 48 del 2009, che ha meglio precisato la portata del principio di derivazione rafforzata dagli IAS esplicitando, tra l'altro (cfr. l'art. 2), che: 1) esso presuppone l'attribuzione di una valenza fiscale alle rappresentazioni IAS, conformi al principio di prevalenza della sostanza sulla forma; 2) le disposizioni di natura strettamente fiscale che derogano all'impostazione di bilancio per le imprese ITA GAAP, valgono anche per le imprese IAS *adopter*. Continuano, perciò, a trovare applicazione, ad esempio, le regole che limitano o escludono la deducibilità di taluni componenti negativi di reddito (es. l'inerenza, i limiti fiscali al riconoscimento di ammortamenti, accantonamenti e rettifiche di valore, ecc.), quelle che prevedono la ripartizione di componenti positivi in più periodi di imposta, la tassazione di componenti per cassa, ecc. Per quanto qui interessa, la materia delle operazioni di aggregazione è contenuta nell'art. 4 del decreto n. 48 del 2009.

Dalla relazione illustrativa al decreto si coglie che in questo ambito l'impostazione del decreto è stata quella di *"confermare il regime di neutralità delle operazioni di fusione, scissione e conferimento"* di azienda poste in essere da imprese IAS *adopter*. Il

---

<sup>6</sup> MACELLARI I. M.NESSI, *Operazioni straordinarie*, Ipsos, Milano, 2018.

legislatore, pertanto, non ha ritenuto di affidare il regime fiscale delle operazioni in questione alla fondamentale distinzione che guida la rappresentazione contabile IAS, ossia al fatto che si tratti di operazioni di riorganizzazione, poste in essere all'interno del gruppo di appartenenza, o di acquisizioni al di fuori del gruppo stesso. Piuttosto, ha inteso inquadrare le varie operazioni come atti di natura realizzativa o fiscalmente neutrali, in funzione della loro natura giuridica. In questo senso la fiscalità delle operazioni straordinarie per i soggetti IAS viene a dipendere, salvo eccezioni, dalla tipologia degli atti posti in essere (e cioè dalla loro natura giuridica di atti di cessione/conferimento o di fusione o scissione) e non anche dalla loro funzione (e cioè dalla loro attitudine o meno alla acquisizione di nuovi compendi aziendali). Ne consegue che il principio di derivazione rafforzata dagli IAS, in questo particolare ambito, subisce una deroga importante, perché il regime fiscale toma ad essere ancorato al contenuto giuridico formale degli atti di gestione<sup>7</sup>. Riemerge, quindi, per le operazioni straordinarie in parola, una tendenziale logica di invarianza tra regime fiscale delle imprese IAS *adopter* e quello delle imprese non IAS. Un esempio emblematico di questo approccio è costituito dall'art. 4, comma 1 del decreto n. 48 del 2009 che, proprio con l'obiettivo di assicurare alle imprese IAS il medesimo trattamento delle imprese non IAS, ha delineato una disciplina specifica applicabile ai costi accessori delle aggregazioni (spese notarili, perizie, consulenze, *due diligence*, ecc.).

Come già evidenziato, l'IFRS 3 prevedeva, originariamente, che i costi accessori in questione dovessero essere considerati quali componenti del costo di acquisizione e, dunque, essere allocati sui vari cespiti dell'azienda acquisita. Per le operazioni fiscalmente neutrali (fusioni, scissioni e conferimenti di azienda), questa imputazione obbligatoria determinava l'impossibilità di dedurre i costi in questione, perché tali costi si sarebbero tradotti nell'iscrizione di maggiori valori, destinati a rimanere privi di riconoscimento fiscale, a causa del subentro dell'acquirente nei valori fiscalmente riconosciuti del dante causa. In quest'ottica, il decreto ha previsto la facoltà per le imprese IAS *adopter* di dedurre comunque i costi accessori, anche se non imputati a conto economico. Questa previsione è oggi sostanzialmente superata, in considerazione delle modifiche nel frattempo intervenute nell'IFRS 3, dal momento che, come detto, i costi accessori delle aggregazioni (salvo quanto detto per quelli a servizio di aumenti di capitale

---

<sup>7</sup> FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario, parte speciale, il sistema delle imposte in Italia, dodicesima edizione*, CEDAM, Milano, 2018.

o dell'assunzione di passività) non sono più computati ad incremento del costo di acquisizione, ma vengono rilevati a conto economico.

Ad ogni modo, il principio generale sottostante al regime IRES, così come disciplinato dal decreto n. 48 del 2009 è il seguente: le operazioni che si configurano come realizzative per le imprese non IAS, sono realizzative anche per le imprese IAS *adopter* (cessioni di azienda e cessioni e conferimento di partecipazioni); quelle che sono considerate fiscalmente neutrali (conferimenti di azienda, fusioni e scissioni) per le imprese non IAS sono altrettanto neutrali per le imprese IAS *adopter*. L'attuazione di questo principio ha richiesto, comunque, qualche intervento di coordinamento, per tener conto delle peculiarità che caratterizzano la rappresentazione contabile IAS. Alcune di queste peculiarità sono state prese in considerazione dal decreto n. 48 del 2009, mentre altre sono rimaste affidate a soluzioni interpretative.

Questo quadro generale va integrato, per tener conto delle norme introdotte col d.m. 8 giugno 2011, che è ulteriormente intervenuto per coordinare il principi: di derivazione rafforzata dagli IAS, con le modifiche al sistema contabile IAS IFRS apportate dai regolamenti CE, entrati in vigore nel corso degli anni 2009- 2010<sup>8</sup>. La fattispecie è stata introdotta per evitare i possibili arbitraggi che potevano verificarsi in caso di riclassificazione di titoli partecipativi. Per le imprese IAS *adopter*, come è noto, i titoli in questione, se inclusi nel portafoglio di *trading* (FTPL), sono soggetti a tassazione integrale dei dividendi e dei componenti valutativi derivanti dalle oscillazioni di *fair value*, mentre invece, se collocati in altri portafogli, sono soggetti ad un diverso regime (PEX ed esclusione dei dividendi). Ora, poiché in base all'art. 87 del Tuir, ciò che rileva è la prima iscrizione in bilancio delle partecipazioni, ad esempio, nel caso di passaggio dal *trading* all'immobilizzato, con successiva distribuzione dei dividendi, si poteva verificare che il dividendo era detassato, e la successiva minusvalenza risultava deducibile, perché legata ad un titolo che, in base alla sua prima iscrizione, era ancora di *trading*. Questa problematica era stata evidenziata da Assonime nella *Guida IAS*, documento n. I<sup>9</sup>. È chiaro che, equiparando la riclassificazione al realizzo, l'arbitraggio

---

<sup>8</sup> Il decreto in questione è stato emanato in attuazione delle previsioni dell'art. 2, comma 28 de d.lg. n. 225/2010 (c.d. decreto mille proroghe), convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 10/2011, che ha demandato al Ministro delle finanze di definire norme di coordinamento di carattere fiscale per tener conto delle modifiche intervenute negli IAS/IFRS nel biennio 2009-2010.

<sup>9</sup> *Guida Assonime*, cit., p. 126.

in parola non è più possibile, in quanto il titolo viene considerato come se fosse acquisito *ex novo* e, dunque, il regime dei flussi reddituali non è più influenzato dalla sua prima iscrizione in bilancio. È il caso di ricordare che la facoltà di riclassificazione degli strumenti finanziari già posseduti dall'impresa, prima tendenzialmente esclusa, è stata ammessa, sia pure e certe condizioni, dall'emendamento allo IAS 39, omologato con regolamento CE n. 1004 del 2008.

A seguito dell'entrata in vigore dell'IFRS 9, che ha sostituito lo IAS 39 a partire dal 1° gennaio 2018, la riclassificazione è ammessa quando si registri un cambiamento del *business model*. In sede di *business acquisitions*, invece, l'iscrizione in un nuovo portafoglio è sempre consentita, senza particolari limiti o condizioni, trattandosi di una iscrizione *ex novo* compiuta dall'acquirente. In tale sede, il legislatore è in qualche modo ritornato sulla sua scelta originaria, per tener conto di peculiarità che riguardano non tanto gli aspetti contabili quanto la disciplina fiscale delle imprese IAS *adopter*, rispetto a quella applicabile alle imprese non IAS. In particolare, l'art. 4 del decreto 8 giugno 2011 si è occupato del caso in cui, a seguito di una *business acquisition*, l'acquirente dell'azienda operi una riclassificazione degli strumenti finanziari ricevuti dal dante causa, dal portafoglio valutativo originario ad un altro, e tale riclassificazione sia accompagnata dal passaggio ad un diverso regime fiscale. In questa ipotesi, il decreto ha stabilito che la riclassificazione viene assimilata ad un realizzo, anche se la *business acquisition* viene attuata tramite operazioni che sarebbero fiscalmente neutrali, come i conferimenti di azienda, le fusioni e le scissioni. Per effetto di questa innovazione, la fiscalità non è più allineata con il regime fiscale applicabile alle imprese non IAS; regime che, come è noto, esclude *in toto* il realizzo di plusvalenze o di minusvalenze.

Si consideri, in ultimo, che le operazioni straordinarie sono interessate dalla fiscalità, non solo in quanto tali, ossia come operazioni, ma anche in quanto contemplate in atti negoziali che ne prevedono e ne disciplinano l'esecuzione; abbiamo dunque una fiscalità dell'operazione in sé considerata, variabile in funzione del soggetto e/o del tributo considerato (p.e. società e socio) ed una fiscalità dell'atto che contempla l'operazione straordinaria. Le operazioni straordinarie rappresentano eventi importanti per la vita delle imprese, poiché ne influenzano significativamente il futuro.

Indipendentemente dalle finalità per le quali si procede con le operazioni straordinarie gli effetti giuridici, contabili, fiscali e gestionali impattano e, in certi casi, possono addirittura stravolgere l'operatività quotidiana delle imprese. Il legislatore ha pertanto normato tali operazioni, e numerosi sono gli interventi della giurisprudenza e dell'Agenzia delle

Entrate che approfondiscono differenti peculiarità operative. L'introduzione dei principi contabili internazionali, ed il decreto legislativo numero 38 del 2005, hanno articolato la normativa di bilancio con impatti significativi anche sulle problematiche tecnico contabili delle operazioni straordinarie dal 2005. Le società quotate, le banche, le assicurazioni e le controllate dalle precedenti, devono redigere il proprio bilancio di esercizio e/o il consolidato applicando gli IAS/IFRS quali principi contabili internazionali. Le società di gruppi aziendali non quotati, hanno inoltre la facoltà di applicare tale normativa in sostituzione di quella del codice civile. A partire dal 2005, pertanto, le società tenute a redigere e pubblicare il bilancio di esercizio e/o il consolidato si suddividono in due gruppi: il primo, composto da tutte le imprese che per obbligo o facoltà applicano i principi contabili internazionali, ed il secondo, caratterizzato da tutte le società che devono seguire le regole del codice civile, integrate dai principi contabili nazionali.

## 1.2 Il perimetro della categoria nell'ordinamento tributario.

Tra le operazioni di gestione svolte dalle imprese, si possono distinguere quelle che hanno per oggetto l'ordinaria attività svolta nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e quelle che riguardano in modo diretto l'esistenza stessa delle imprese, cioè la loro istituzione, aggregazione, scissione, trasformazione o estinzione. Le operazioni di questo secondo tipo, attraverso cui si istituiscono, si trasformano, si negoziano, si concentrano, si smembrano o si dissolvono le imprese, vengono indicate come operazioni di gestione straordinaria, o spesso come operazioni straordinarie. Si tratta di operazioni che ricorrono raramente nella vita dell'impresa, hanno un impatto rilevante sulla sua economia, e presentano una notevole complessità<sup>10</sup>. Ciò che le rende straordinarie, è il fatto che, una volta effettuate, queste operazioni non presentano il carattere della ripetibilità. Tale caratteristica le distingue dalle altre operazioni aziendali, che pur non ricorrono frequentemente, sono di rilevante impatto e complessità, ma sono ripetibili, come ad esempio le operazioni di variazione del capitale sociale.

Il Testo Unico delle Imposte ai capi III e IV del Titolo III rubricati, rispettivamente, “Operazioni straordinarie” ed “Operazioni straordinarie fra soggetti residenti in Stati membri diversi dell’Unione europea”, disciplina sia la materia delle trasformazioni, incluse quelle c.d. eterogenee, della fusione, della scissione, del conferimento di compendi aziendali e di partecipazioni di controllo o collegamento, nonché dello scambio di partecipazioni di controllo mediante permuta o conferimento (v. artt. 170-177 Tuir), sia quella delle fusioni tra società di capitali fiscalmente residenti in diversi Stati membri della UE, delle scissioni tra società di capitali fiscalmente residenti in Stati membri diversi, mediante le quali scissioni circolano compendi aziendali, dei conferimenti di compendi aziendali, delle predette fusioni, scissioni e conferimenti transfrontalieri tra società di capitali fiscalmente non residenti in Italia con stabile organizzazione nel nostro Paese, e dello scambio di partecipazioni di controllo, mediante permuta o conferimento concernente società di capitali fiscalmente residenti in Stati membri diversi (v. art. 178 Tuir). Dubbia è invece la collocazione all’interno della categoria dei trasferimenti gratuiti

---

<sup>10</sup> POTITO L., *Le operazioni straordinarie nell’economia delle imprese*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

di compensi aziendali e/o partecipazioni rilevanti, dell'affitto di compensi aziendali e del trasferimento della residenza fiscale.

Nel perimetro fiscale rientrerebbero quelle operazioni straordinarie intese come un complesso di vicende che determinano una modifica strutturale dell'impresa, segnatamente del tipo sociale utilizzato per il suo esercizio o del suo patrimonio, o di una parte rilevante della compagine sociale, ovvero ancora della residenza fiscale del soggetto passivo. Le diverse operazioni straordinarie (alleanze, acquisizioni, fusioni, conferimenti, scorpori, concentrazioni, scissioni), dunque, costituiscono strumenti con cui assicurare lo sviluppo aziendale, ovvero ricercare ridimensionamenti strategici e flessibilità, ma sempre al fine di migliorare la posizione competitiva e di generare valore. Con esse si realizzano altresì strategie di ritirata, da settori e da mercati, se non di anticipata liquidazione in situazioni di irreversibile difficoltà, al fine di trattenere il valore che si detiene o di salvarne il possibile; ricomprende le operazioni straordinarie (e tra queste la trasformazione, la cessione ed il conferimento d'azienda, la fusione, la scissione, lo scambio di partecipazioni e la liquidazione volontaria) all'interno dei processi di rideterminazione della dimensione e della struttura organizzativa delle aziende, processi che rappresentano una risposta del sistema aziendale alla evoluzione dell'ambiente esterno e volti "a riformularne le strategie e a modificarne le combinazioni economiche in atto, nella continua ricerca di condizioni di equilibrio economico a valere nel tempo, con ciò perseguendo anche un obiettivo di massimizzazione del valore del capitale investito"<sup>11</sup>.

Le operazioni straordinarie rappresentano una naturale risposta ai bisogni di crescita, patrimonializzazione, internazionalizzazione generazionale di cui le aziende del nostro paese sono sistematicamente portatrici. In particolare, operazioni quali la cessione diretta o indiretta dell'azienda o di suoi rami, il conferimento di beni o complessi aziendali, la fusione e la scissione rappresentano modalità alternative per il raggiungimento degli obiettivi strategici prefissati dalla governance, interessata a sfruttare al meglio le potenzialità che ciascuna operazione consente di concretizzare.

Sul versante civilistico, dopo la riforma del diritto societario entrato in vigore il primo gennaio 2004, si sono susseguiti ulteriori interventi legislativi, soprattutto in materia di fusione, scissione e trasformazione volti perlopiù a semplificare l'iter procedurale delle

---

<sup>11</sup> POTITO L., *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, op. cit. p. 23 e ss.

diverse operazioni. Sotto il profilo fiscale, merita un cenno l'approvazione della normativa in tema di abuso del diritto ed elusione fiscale, contenuta nell'articolo 10 della legge n. 212 del 2000 nota come “*Statuto dei diritti del contribuente*”, con la quale il legislatore riconosce la libertà del contribuente di scegliere tra i diversi regimi e, quindi, tra le diverse operazioni, seppur comportanti un diverso carico fiscale. Inoltre, sempre in ambito tributario, sono stati emanati importanti documenti da parte dell'Agenzia delle Entrate, alcuni dei quali hanno consentito di chiarire delle fattispecie che in passato avevano destato parecchi dubbi e perplessità sul fronte operativo: si pensi, ad esempio, alla problematica della ripartizione del costo fiscale delle operazioni detenute dai soci in caso di scissione, ovvero al trattamento riservato dall'amministrazione finanziaria allo scambio o conferimento di partecipazioni attuato ai sensi dell'articolo 177 del T.U.I.R. Infine, sotto il profilo della rappresentazione contabile delle operazioni straordinarie, per quanto concerne il conferimento d'azienda, occorre far riferimento alle modifiche apportate alla struttura del conto economico civilistico dal decreto legislativo n.139 del 2015, con l'abrogazione dell'area straordinaria<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> ALBANO G., *Operazioni. Straordinarie. La linea interpretativa del fisco sui profili anti-abuso delle scissioni*, Il fisco 4/2019.

### **1.3 Il quadro normativo contabile nazionale in tema di operazioni straordinarie.**

Le operazioni straordinarie costituiscono rilevanti fasi di discontinuità, che possono essere ricondotte alle seguenti categorie operazioni: di istituzione dell'impresa, che comportano la determinazione delle sue finalità istituzionali, la definizione del suo assetto proprietario e quindi del soggetto cui spettano le prerogative di governo economico, la scelta della sua forma giuridica e l'attuazione di numerosi adempimenti legali; operazioni di trasferimento del complesso aziendale finalizzate alla ristrutturazione e riorganizzazione di un gruppo imprese e/o al cambiamento del soggetto, cui spettano le prerogative di governo economico delle imprese o di un gruppo di imprese: si tratta di operazioni che possono essere attuate secondo numerosi istituti previsti dall'ordinamento giuridico o sia 2 punti la fusione, il conferimento di partecipazioni, il conferimento di azienda, la cessione di partecipazione, la cessione di azienda, l'affitto di azienda e la scissione;<sup>13</sup>

operazioni di trasformazione, volte ad assegnare all'impresa una nuova veste giuridica più consona alle dimensioni e ai rischi connessi con il business in cui opera, nonché agli assetti di governo che si rendono necessari per la sua gestione; operazioni di liquidazione, finalizzate alla cessazione dell'attività di impresa, con l'obiettivo di avviare e terminare la vendita di tutte le attività di impresa al fine di garantire il pagamento delle obbligazioni sociali e di procedere alla restituzione dell'eccedenza in favore dei soci che hanno apportato il capitale di rischio. In generale ogni operazione straordinaria è interessata da norme che disciplinano tre aspetti differenti.

Il primo riguarda la procedura che ogni impresa deve implementare per dar luogo ad una specifica operazione straordinaria. Il legislatore ha infatti introdotto nel codice civile disposizioni che regolamentano la procedura di ogni operazione straordinaria incidendo, in certi casi, anche sulle problematiche tecnico contabili. Il secondo riguarda invece l'impatto fiscale dell'operazione implementata. Il legislatore tributario ha introdotto regole in parte differenti che caratterizzano ogni tipologia di operazione straordinaria in funzione delle specifiche caratteristiche<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BUSANI A.– F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la fusione*, in *Le Società*, 2018, p. 358.

<sup>14</sup> BUSANI A.– F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la fusione*, op. cit. p. 360.

Il terzo ed ultimo aspetto normato, riguarda le problematiche etiche tecnico contabili: queste sono trattate in modo in parte differente, a seconda della applicazione o meno degli IAS/IFRS, da parte delle società interessate da tali operazioni. Il processo di armonizzazione contabile, che ha comportato l'introduzione dei principi contabili internazionali, è proseguito anche attraverso la modifica delle regole di bilancio del codice civile, al fine di avvicinarle ai principi internazionali succitati IAS/IFRS.

Il particolare, dal 2004 ad oggi, l'Unione Europea ha emanato numerose direttive modificative della quarta e della settima direttiva. Fondamentale è la Direttiva n.34 del 2013, recepita in Italia dal decreto legislativo n. 139 del 2015, che ha introdotto l'obbligo del rendiconto finanziario per i bilanci ordinari, del costo ammortizzato per i crediti e i debiti finanziari, e la valutazione e classificazione in bilancio dei contratti derivati speculativi e di copertura. Tale avvicinamento interessa anche la normativa tecnico contabile delle operazioni straordinarie, poiché, in molti casi, occorre presentare situazioni economico patrimoniali applicando la normativa di bilancio. Con la legge 11 marzo 2014 n. 23, legge delega fiscale, il legislatore ha conferito delega al governo per la realizzazione di un sistema fiscale più equo, trasparente, ed orientato alla crescita. Con specifico riferimento all'abuso del diritto, la legge ha inteso di garantire maggiore certezza in tema di elusione e di abuso, superando i dubbi interpretativi e le carenze normative che erano contenute nella precedente normativa antielusiva disciplinata dall'articolo 37 bis del DPR 29 settembre 1973 n. 600. In particolare, attraverso la previsione contenuta nell'articolo 5, rubricato *disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale*, la legge si poneva l'obiettivo di definire una clausola antiabuso generale, valida anche per ogni tributo non armonizzato, e svincolata dall'elenco delle operazioni contemplate nell'articolo 37 bis; escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione, o la serie di operazioni, fosse giustificata da ragioni extra fiscali non marginali; stabilire che costituiscono ragioni extra fiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione, ma rispondono all'esigenza di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente; disciplinare espressamente l'abuso del diritto, escludendone la configurabilità qualora l'operazione fosse giustificata da ragioni extra fiscali non marginali, lettera A e B; ribadire che la presenza di ragioni extra fiscali non marginali

esclude il manifestarsi di uno schema elusivo<sup>15</sup>; avvalorare che la condotta abusiva è contraria al principio della buona fede e al dovere di reciproca lealtà tra amministrazione finanziaria e contribuente; fornire al legislatore delegato i criteri e principi direttivi volti creare norme procedurali più precise in sede di accertamento, nel rispetto del principio del contraddittorio preventivo. In attuazione della predetta delega e sulla base delle indicazioni contenute nella raccomandazione della commissione europea in relazione alla pianificazione fiscale aggressiva del 6 dicembre 2012 numero 772 del 2012, in data 5 agosto 2015 il governo ha approvato definitivamente il decreto legislativo numero 128 del 2015, recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente<sup>16</sup>.

Questo decreto ha inserito la disciplina dell' elusione dell'abuso del diritto in un'apposita disposizione, ovvero l'articolo 10 bis della legge 27 luglio numero 212 del 2000, cosiddetto *statuto dei diritti del contribuente*, avente un ambito applicativo di portata generale e, in quanto tale, applicabile nei confronti della generalità dei tributi, con la sola eccezione dei tributi doganali e, differentemente da quanto previsto nel previgente articolo 37 bis del DPR n 600 del 1973, senza alcuna limitazione facente riferimento alle operazioni interessate.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> SCUFFI M., *La codificazione dell'abuso del diritto secondo il D.Lgs. n. 128/2015*, in *Rivista di Diritto Tributario* 3/2015.

<sup>16</sup> LEO M., *L'abuso del diritto: elementi costitutivi e confini applicativi*, *Il Fisco*, n. 10, 2015.

<sup>17</sup> MIELE L., *I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto*, *Corriere Tributario*, n. 38, 2016.

## **CAPITOLO II: ELUSIONE E ABUSO DEL DIRITTO AI FINI DELL'IMPOSIZIONE TRIBUTARIA.**

### **2.1 L'interpretazione antielusiva della norma tributaria direttamente ricavabile dai principi costituzionali.**

Partendo da una completa valutazione del concetto di abuso del diritto fiscale come problema normativo, occorre dire che il comportamento elusivo non consiste in una violazione delle norme impositive, bensì in un aggiramento del precetto fiscale, che permette di conseguire un risultato conforme alla lettera, ma non alla *ratio* delle norme tributarie. L'abuso del diritto può configurarsi come contrasto tra il dettato letterale della norma e l'interpretazione della stessa che, tendendo a rifiutare l'ammissibilità di un principio non espressamente disciplinato ed apparentemente contraddittorio nella forma, darebbe un potere al giudice di sindacare l'esercizio di un diritto. Il riconoscimento di un diritto in capo ad un soggetto, infatti, è espressione della scelta dell'ordinamento giuridico di accordare tutela all'interesse ad esso sotteso, in quanto ritenuto meritevole di tutela. Ne consegue che il contenuto del diritto soggettivo è determinato dall'interesse concreto del titolare, nel senso che il soggetto può porre in essere tutti gli atti ed i comportamenti strumentali alla realizzazione dell'interesse da lui perseguito.

Tuttavia, anche se detto diritto sia assoluto, il suo esercizio non può mai essere illimitato, in quanto si possono verificare delle ipotesi in cui l'esercizio del diritto si estrinseca in un comportamento che contrasta con i principi dello stesso ordinamento giuridico, incappando così nell'istituto dell'abuso del diritto<sup>18</sup>. La fattispecie si configura quando un soggetto, pur operando secondo un diritto espressamente riconosciuto da una norma di legge (e dunque conformandosi alla legalità formale), non persegue un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, tentando di conseguire un obiettivo ad esso contrario (in contrasto, quindi, con la legalità sostanziale). Secondo una dottrina «...dovunque al singolo è riconosciuto direttamente un potere per la realizzazione di un suo interesse, la legge ravvisa un diritto soggettivo. Accolta questa vasta nozione, è chiaro, d'altra parte, come la diversità di contenuto del diritto soggettivo e della correlativa posizione passiva, determini una varietà di struttura anche di quei rapporti

---

<sup>18</sup> ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, p. 116; RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 206.

giuridici in cui la posizione attiva è costituita da un diritto soggettivo». Tale contenuto è determinato dall'interesse concreto del titolare dello stesso, nel senso che il potere è attribuito a questo per la tutela non di un certo tipo d'interesse, ma fin dove con l'interesse astratto coincide l'interesse concreto. Inoltre, il contenuto del diritto soggettivo è anche plasmato dal principio di solidarietà fra i due soggetti del rapporto, i quali partecipano alla stessa collettività e sono soggetti alle medesime regole di comportamento in essa vigenti.<sup>19</sup>

Nell'inquadramento del settore civile dell'abuso del diritto, la giurisprudenza dominante definisce l'istituto come l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore, o dagli atti di pianificazione e di attuazione sottostanti alla pretesa azionata.<sup>20</sup> Si ha abuso del diritto, quindi, quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito di sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, o condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo e dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso.<sup>21</sup>

Ne consegue che ogni diritto deve essere esercitato tenendo conto delle esigenze che derivano dalla sua appartenenza ad un determinato contesto sociale e deve realizzare la soddisfazione di un interesse reale, concreto e attuale: tutte le volte in cui un determinato comportamento è solo formalmente conforme all'esercizio di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio, ma concretamente si pone in contrasto con l'interesse alla cui soddisfazione tale vantaggio è preordinato, deve ritenersi abusivo e perciò immeritevole

---

<sup>19</sup> SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1989, p. 70 e ss

<sup>20</sup> GIORGIANI M., BIGLIAZZI GERI *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Dir. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 187 e ss.

<sup>21</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 17 maggio 2010, n. 3129.

di tutela o, a seconda dei casi, addirittura illecito<sup>22</sup>. In termini più semplicistici, il comportamento elusivo sfrutta le contraddizioni e le difformità del sistema tributario per ottenere un indebito vantaggio, ovvero un vantaggio non spettante in base alla *ratio* delle disposizioni legislative.

Nella definizione del fenomeno elusivo si ravvisano due scuole di pensiero. Alcuni in dottrina ritengono che l'essenza dell'elusione vada ricercata nel percorso negoziale adottato dal contribuente: sulla base di tale prima interpretazione *«l'elusione fiscale è caratterizzata dalla anormalità della concatenazione di atti escogitata per raggiungere un dato risultato economico rispetto a quelle solitamente adottate dagli operatori che versano nelle medesime esigenze»*.<sup>23</sup> Per altra parte della dottrina, invece, al fine di qualificare un vantaggio fiscale come elusivo non si deve guardare ai mezzi utilizzati per raggiungerlo, bensì alla sua sistematicità ovvero alla rispondenza di quel risultato alla *ratio* delle previsioni legislative. In tale senso, l'atipicità del percorso negoziale prescelto rappresenta uno degli elementi che tradizionalmente connota le condotte elusive, poiché è proprio l'anomalia nella condotta che permette di aggirare la norma impositiva, ma non costituisce requisito essenziale dell'elusività né, tanto meno, l'elemento qualificante, che può essere ravvisato solamente nel conseguimento di risultati economici disapprovati dal sistema. Nel nostro ordinamento non esiste una norma che sanzioni in via generale l'abuso del diritto; quest'ultimo, infatti, a differenza dell'elusione, per la quale esistono delle disposizioni di legge che ne disciplinano l'esistenza, è una creazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e della Corte di Cassazione: questo ha dato origine a non poche incertezze. L'efficacia diretta delle sentenze interpretative rese dalla Corte di Giustizia UE rappresenta un principio pacifico. La sua affermazione comporta la necessaria disapplicazione delle norme interne incompatibili con il contenuto di tali pronunce, nonché l'illegittimità di decisioni giurisprudenziali e provvedimenti amministrativi che si pongano in contrasto con i principi al loro interno affermati. Un simile vincolo sussiste esclusivamente con riferimento alle fattispecie cui sia applicabile una norma europea. Negli altri casi il richiamo ai principi sanciti dai Giudici del Lussemburgo può rappresentare una sorta di “argomento di autorità”, volto a supportare

---

<sup>22</sup> Cass. Civ. sent. 439/2015.

<sup>23</sup> OCCHETTA L. LA CANDIA I., *Abuso del diritto . Le novità del decreto sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuenti*, Rivista il Sole 24 Ore, sett. 2015.

la validità di talune soluzioni normative e giurisprudenziali, previo contemperamento degli stessi principi con le norme nazionali. La distinzione non appare sempre netta nella giurisprudenza tributaria di legittimità, ciò che comporta, talvolta, conseguenze non del tutto opportune.

La Corte di Giustizia è chiamata ad interpretare le norme di diritto europeo primario e derivato, indicando alle giurisdizioni nazionali e, più in generale, agli operatori del diritto, la loro corretta lettura. Nell'esercizio di tale fondamentale funzione, che potremmo definire, per alcuni versi, nomofilattica, inevitabilmente le sue pronunce finiscono per interferire con differenti ambiti dell'ordinamento interno. Esse possono determinare, in particolare, la disapplicazione, integrale o parziale, di disposizioni nazionali, la cui operatività contrasti con le norme di diritto europeo correttamente interpretate o, comunque, ne pregiudichi in qualche misura la piena efficacia. Tale fenomeno si verifica anche in relazione al settore tributario; ciò a prescindere dal fatto che le norme interne disapplicate siano dettate con riguardo ad imposte o a fattispecie oggetto di armonizzazione, ovvero incidano su ambiti ancora disciplinati esclusivamente a livello nazionale. Il relativo principio trova oggi una piena conferma nel disposto dell'art. 117, comma 1, Cost., ma era pacifico già in precedenza, e si spiega in ragione della inopportunità di applicazioni "parcellizzate" del diritto europeo.<sup>24</sup>

Con l'espressione abuso del diritto si individua un limite all'esercizio, potenzialmente pieno e assoluto, di un diritto soggettivo (*facultas agendi*), qualora l'esercizio di quel diritto si ponga in contrasto con gli scopi etico-sociali riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico. Inoltre, la fattispecie dell'abuso *del diritto* si configura quando un individuo, pur operando secondo un diritto espressamente riconosciuto da una norma di legge, non persegue in realtà un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, ma tenta di conseguire un obiettivo ad esso contrario; pertanto, quel diritto, che in via astratta e generale è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento, nel caso concreto finisce con il trasgredire le finalità che lo giustificano o con il determinare una situazione che l'ordinamento non dovrebbe tollerare. Il ricorso da parte dei giudici di legittimità all'istituto dell'abuso del diritto in funzione antielusiva (tributaria) è un fatto nuovo nell'esperienza giuridica italiana, che fa proprie altre esperienze giuridiche quali,

---

<sup>24</sup> SERGES G., *Art. 117, 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, p. 2219.

in primo luogo, quella tedesca e più di recente quella comunitaria nella quale i principi dettati dalla Corte di Giustizia, almeno dall'interpretazione fatta dalla Corte di Cassazione, costituiscono il nuovo modello da seguire, al fine di fronteggiare il problema dell'elusione fiscale sia sul piano comunitario, che sul piano interno.<sup>25</sup> Un'operazione deve ritenersi rientrante nella fattispecie legale di abuso del diritto quando si dota di tutti i presupposti costitutivi previsti dalla legge, sicché il difetto anche di uno solo di essi determina un giudizio di assenza di abusività. I Giudici della Corte di Giustizia legittimamente enunciano principi generali – spesso, come meglio si dirà, recependoli dai singoli ordinamenti nazionali – e ne affermano l'applicabilità nel contesto dell'ordinamento europeo. E' anche vero che tali principi ben possono essere trasposti sul piano interno, a livello legislativo, giurisprudenziale o di prassi amministrativa; ma qualora non sia imposta dall'avvenuta unificazione o armonizzazione delle norme incidenti su quel determinato ambito, o dal rilievo comunitario della fattispecie disciplinata, tale trasposizione configura un processo volontario, riconducibile, per certi aspetti, al fenomeno descritto dai comparatisti come imitazione per *prestigio*.

Questa distinzione emerge con chiarezza dal *case-law* della Corte di Giustizia: in più di un'occasione, sollecitata dai giudici nazionali, quest'ultima ha escluso la necessità di un simile adeguamento. Si pensi, per citare uno degli esempi più recenti, alla sentenza con la quale i Giudici del Lussemburgo hanno negato la propria competenza a pronunciarsi in ordine all'abuso di norme di diritto interno<sup>26</sup>; ancor prima, alle pronunce che hanno escluso dall'ambito di applicazione del Trattato le situazioni cosiddette puramente interne, ossia le fattispecie non connotate da alcun profilo di sovranazionalità<sup>27</sup>. Simili prese di posizione non sono sintomatiche di un approccio intenzionalmente *self restraint* della Corte di Giustizia; le conclusioni cui essa perviene si conformano semplicemente alle previsioni del Trattato che ne disciplinano la funzione e, soprattutto,

---

<sup>25</sup> OCCHETTA L. LA CANDIA I., *Abuso del diritto . Le novità del decreto sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuenti*, Rivista il Sole 24 Ore, sett. 2015.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia, 29 marzo 2012, causa C-417/10, *3mitalia*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, III, p. 91, con nota di VILLANI, *L'abuso del diritto: incomprendione o incertezza delle scelte di fondo?*

<sup>27</sup> Corte di Giustizia, 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Flemish*, in particolare par. 39, e la giurisprudenza ivi citata, nonché, da ultimo, Corte di Giustizia, 7 novembre 2013, causa C-313/12, *Romeo*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

alle regole che presiedono alla ripartizione di poteri e competenze tra l'Unione ed i suoi Stati membri. Sul piano operativo, le modalità con cui si procede all'accertamento dell'abuso del diritto di un'operazione sono nell'ordine: la verifica di un indebito vantaggio fiscale ottenuto dal contribuente, la mancanza di una sostanza economica nell'operazione compiuta, e l'essenzialità del vantaggio indebito ottenuto. In caso di esito positivo della presenza dei presupposti di legge, occorre procedere con la verifica dell'esistenza, della fondatezza e della non marginalità delle eventuali ragioni extra fiscali sottostanti all'operazione compiuta. Ai fini della configurazione dell'abuso del diritto, infine, occorre considerare che non può configurarsi fattispecie legale, laddove il comportamento tenuto dal contribuente risulti riconducibile sia nel novero dell'evasione fiscale, perché, in tal caso, vi sarebbe l'obbligo di applicazione di quest'ultimo istituto, in luogo di quello dell'abuso del diritto, sia al legittimo esercizio della facoltà di scelta tra più regimi, comportanti diversi carichi fiscali. Prima di approfondire gli elementi costitutivi della fattispecie legale dell'abuso, deve premettersi quanto rilevato dalla dottrina, in ordine alla oggettiva difficoltà di individuare il contenuto della formula legislativa. La disposizione di legge sull'abuso del diritto, infatti, rinvia a concetti elastici, indeterminati, vaghi nella loro identificazione. Si pensi, ad esempio, agli enunciati di legge quali: "vantaggi fiscali indebiti", "valide ragioni economiche", "ragioni non marginali" e quant'altro, senza ulteriori specificazioni. A tale proposito, la dottrina tributaria ha rivolto al legislatore una forte critica riguardo alla cattiva formulazione degli enunciati contenuti dell'art 10-bis, laddove avrebbe potuto più opportunamente operare con soluzioni lessicali meno ambigue.<sup>28</sup> Alla definizione del concetto di abuso del diritto, cui per espressa previsione di legge è equiparato quello di elusione fiscale, ed ai suoi elementi costitutivi sono dedicati i primi due commi dell'art. 10 *bis*, secondo cui:

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. (...).

2. Ai fini del comma 1 si considerano operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non

---

<sup>28</sup> SANTACROCE B., SBANDI E., La nuova disciplina antiabuso e il diritto di interpello: riferibilità dell'istituto ai tributi doganali, in *Il Fisco*, 2015,44,4207 ss.

coerenza della qualificazione delle singole operazioni con l'andamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato; vantaggi fiscali indebiti, anche non immediati, realizzati; contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario". Come osserva la dottrina, in via generale può affermarsi che, in disparte il problema del difetto di una precisazione concettuale degli elementi costitutivi della fattispecie, il fatto positivo della indicata ricostruzione della fattispecie legale dell'abuso del diritto è che con queste nuove, più specifiche disposizioni, il principio antiabuso viene non più a coincidere con ciò che la dottrina civilistica chiama "l'incontrollabile soggettivismo della decisione del giudice", ma sulla oggettività di norme, seppur non sempre facilmente calcolabili nella loro astrattezza, da valutare ragionevolmente nel rispetto del principio dell'equo riparto di cui agli artt. 53 e 3 della Costituzione.

Il dibattito relativo alla questione dell'interpretazione antielusiva, ha trovato un'apparente risoluzione nelle pronunce della Cassazione, che ha sempre aderito alla tesi che attribuisce sostanza prescrittiva e forza vincolante ai principi di eguaglianza tributaria e di capacità contributiva. Tuttavia, il dibattito relativo alle ripercussioni di tali principi rispetto alla questione della interpretazione antielusiva è risultato insoddisfacente, perché ha trascurato di mettere in adeguato risalto che essi sono ora ospitati in una Costituzione rigida, e che tale innesto ha comportato il venir meno del principio della onnipotenza legislativa. I principi di universalità, uguaglianza, capacità contributiva, da semplici principi generali dell'ordinamento, sono divenuti disposizioni di principio stabilite da una Costituzione rigida<sup>29</sup>. Che la potestà normativa, riservata alla fonte legislativa, debba esplicarsi nel rispetto dei principi costituzionali dagli artt. 3 e 53 è un dato sicuro, pena, altrimenti, la vanificazione dei principi stessi, ed il ritorno al superato dogma dell'onnipotenza legislativa", ritrattato dalla Costituzione vigente. Nelle sentenze della Cassazione, corretto è il riferimento all'art. 53 primo comma della Costituzione, come base di supporto dell'interpretazione antielusiva delle leggi d'imposta ma, il riferimento stesso, avulso dal necessario raccordo con altri parametri costituzionali (racchiusi negli artt. 2 e 3 Cost.) finisce per risultare incompleto e criptico, perché non permette di capire quale legame di consecuzione logica venga ad instaurarsi tra i testé citati parametri costituzionali e l'esigenza di ritenere immanente al sistema delle leggi d'imposta il criterio

---

<sup>29</sup> MENGONI L., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 6 della voce.

della interpretazione antielusiva.<sup>30</sup> Il percorso logico da seguire muove, innanzi tutto, dai principi di doverosità, universalità ed uguaglianza di trattamento, a fronte di uguaglianza di indici di contribuzione. Il legislatore è tenuto ad "assicurare ad ognuno uguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive e oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione"; trasferito in campo tributario, il principio di eguaglianza ha inglobato — nella giurisprudenza della Consulta — la capacità contributiva, nel senso che le condizioni oggettive e soggettive da considerare per stabilire se vi sia o faccia difetto la parità di trattamento, sono gli indici di capacità contributiva. Perciò la capacità contributiva funge, in campo tributario, da elemento di completamento dell'eguaglianza (metro e specificazione). L'interpretazione antielusiva o, se si preferisce, antiabuso, è una clausola generale di giustizia nella ripartizione del carico tributario tra i consociati.<sup>31</sup> Tende a dare concretezza dell'equità tributaria, e dunque al principio costituzionale di eguaglianza. L'art. 37-*bis* è norma etichettabile nella categoria delle disposizioni che regolano l'attività di interpretazione della norma tributaria ed è, perciò, della stessa natura di quelle racchiuse sotto gli artt. 12, 13 e 14 delle preleggi al codice civile. In definitiva l'interpretazione antielusiva nasce dalla esigenza di impedire lo svuotamento di efficacia delle norme tributarie di imposizione e di agevolazione, al fine esclusivo di dare piena attuazione al fondamentale obbligo di concorso alle spese pubbliche che deve gravare su tutti "*indistintamente*". L'art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973 statuisce che "in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona". Tutte queste disposizioni danno un incontestabile fondamento alla doppia tesi per cui: 1) il fisco deve essere equiparato a un "terzo"; 2) il fisco può far valere la simulazione, in ogni forma, davanti al giudice tributario, senza necessità di previo e autonomo accertamento davanti al giudice civile. È da osservare che l'Avvocatura dello Stato aveva correttamente incardinato sui saldi binari della simulazione relativa la difesa erariale. Consolidata dottrina ritiene che la lite tributaria si poteva concludere vittoriosamente per la pretesa

---

<sup>30</sup> LUPI R., *Usufrutto di azioni: una norma antielusione non si può inventare*, in *Rass. trib.*, 1995, 1936.

<sup>31</sup> BERLIRI A., *L'obbligo di contribuire in proporzione della capacità contributiva, ecc.*, in *Studi in memoria di Giuffrè*, Milano. 1967. 492 e nota 1, a GIANNINI A. D..

fiscale, sacrosanta, senza chiedere ausilio all'ormai troppo ingombrante e quasi invadente concetto di elusione. Se si fosse seguita questa via così lineare, sarebbe risultato non necessario inserire nella motivazione, a supporto dell'accoglimento della pretesa erariale, alcune affermazioni di principi che destano forti perplessità. Una di esse è la seguente. Nella sentenza n. 30057/08: "In aggiunta alle considerazioni svolte, giova ricordare che per costante giurisprudenza di questa Corte, *sono rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'Amministrazione in una materia, come è quella tributaria da essa non disponibile*". Il concetto di *indisponibilità* del rapporto di imposta così evocato non sembra accettabile.<sup>32</sup> Nello Stato democratico l'imposizione tributaria si sviluppa con una tendenziale parificazione di posizione tra soggetto pubblico e soggetto privato. Il privato ha un dovere inderogabile, ma ha, altresì, un diritto inviolabile: il diritto, si può dire, al rispetto di tutte le limitazioni che la Costituzione ha eretto nei confronti del legislatore ordinario a salvaguardia della "*giusta imposta*", per proteggerlo da abusi e tirannie. L'art. 2 della Costituzione richiama istintivamente la similitudine della medaglia. Al pari della medaglia, anche l'art. 2 ha il suo retto e il suo verso. Inizia riconoscendo i diritti inviolabili dell'uomo e conclude proclamando i doveri inderogabili. Da qui discende l'inaccettabilità di tutte le posizioni dottrinali che, in nome di un discutibile "*interesse fiscale*", che sarebbe presente nel tessuto dei valori costituzionali in posizione di preminenza (taluno ha parlato di plusvalenza), teorizzano il diritto dello Stato a creare una legislazione lesiva dei principi di giustizia nella ripartizione delle spese pubbliche a mezzo dell'imposta (una sorta di diritto dello Stato all'ingiustizia) oppure ipotizzano una tutela privilegiata, in sede processuale, dell'interesse dell'Erario, in violazione di quella parità delle armi garantita dal testo novellato dell'art. 111, secondo comma, della Costituzione.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> COLLI VIGNARELLI A., *Elusione, abuso del diritto e applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Boll. Trib.*, 2009, 679. Sulle differenze tra abuso ed elusione (codificata) cfr., invece, G.TABET, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, ivi, 2009, 85.

<sup>33</sup> POGGIOLI M., *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'IVA e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, 122 ss.

## **2.2 Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale.**

Le sentenze della Suprema Corte pronunciate a Sezioni Unite del 2008 n. numeri 30055, 30056 e 30057, e la sentenza, emessa dalla Sezione tributaria e contraddistinta dal n. 1465/2009, impongono qualche considerazione sistematica intorno al tema dell'elusione fiscale o, se si vuole, dell'abuso del diritto. Gli arresti giurisprudenziali testé menzionati consentono di individuare i fenomeni di abuso nel seguente modo: l'elusione non viene osteggiata attraverso lo scardinamento delle strutture civilistiche. E' stato, pertanto, completamente abbandonato lo schema della nullità negoziale per difetto di causa o per frode alla legge (causa illecita) che, non senza sorprese, aveva caratterizzato le pronunce del 2005<sup>34</sup>. Nel comparto dei tributi non armonizzati, l'elusione può essere combattuta, stando alle Sezioni Unite, attraverso la diretta applicazione di un principio generale antiabuso desumibile dall'art. 53 Cost.. Stando alla sentenza n. 30057, in particolare, «non può non ritenersi insito nell'ordinamento come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale». Quale conseguenza della "immediata" precipitazione di codesto principio nel comparto delle operazioni rilevanti sul fronte dell'imposizione reddituale, la Corte ha affermato l'inopponibilità all'erario di un contratto di usufrutto, negando all'usufruttuario il credito d'imposta sui dividendi, precludendogli, altresì, il diritto alla deduzione delle quote di ammortamento stanziato sul costo del diritto *de quo*.

Nel settore dei tributi non armonizzati, l'elusione può essere combattuta *anche* attraverso l'impiego di un canone ermeneutico incentrato sul principio del divieto di abuso del diritto. Stando ad autorevolissima dottrina<sup>35</sup>, la Cassazione avrebbe potuto accertare, in

---

<sup>34</sup> Cass., Sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Corr. trib* n 46/2005. 3653; Cass., Sez. trib., 26 ottobre 2005, n. 20816, in Banca Dati BIG. IPSOA; Cass., Sez. trib., 14 novembre n. 3/2006, 212.

<sup>35</sup> FALSITTA G., *Usufrutto di azioni e contratto in maschera*, in ID., *Per un Fisco civile*, Milano, 12996, 183; ID., *Illusione fiscale illegittima, contratto travestito e società "contagocce"*, ivi, 191 ss.

particolar modo con riferimento ai contratti di usufrutto, la simulazione del contratto medesimo, disponendo, per conseguenza, il prodursi degli effetti realmente voluti dalle parti, non già di quelli apparenti. Nell'abbracciare questa linea argomentativa, peraltro, la pronuncia avrebbe prestato il fianco ad una critica difficilmente sormontabile, se solo si considera che le parti "volevano", a seconda dello schema negoziale prescelto, l'usufrutto o la vendita delle azioni: esse "bramavano" quelle forme negoziali, perché a *quell'usufrutto* ed a *quella* vendita poteva agganciarsi l'effetto fiscale stabilito *ex lege* in punto di riconoscimento del credito d'imposta sui dividendi<sup>36</sup>. La declaratoria di nullità, peraltro, rappresentava (e rappresenterebbe anche oggi), un effetto abnorme rispetto alle finalità della nostra materia, la cui funzione non è quella di demolire i contratti o di limitarne, in qualche misura, gli effetti, bensì di intercettare la ricchezza che essi hanno prodotto e, conseguentemente, di tassarla.<sup>37</sup> Come già anticipato in precedenza, la distinzione tra necessario adeguamento alle sentenze interpretative della Corte di Giustizia Europea, e generalizzato recepimento dei principi dalla stessa fatti propri, ha una diversa funzione. Essa è infatti volta ad evitare che al richiamato test di compatibilità si faccia ricorso – in maniera più o meno dichiarata, ma il più delle volte implicitamente, per non dire nascostamente – al fine di evitare di adeguarsi all'interpretazione del diritto UE fatta propria dalla Corte, laddove non dovrebbe sussistere alcun margine di scelta o discrezionalità. L'ultima manifestazione, in ordine di tempo, del descritto fenomeno di spontanea trasposizione di principi europei in ambito interno, verificatasi su impulso della giurisprudenza di legittimità, concerne il diritto al contraddittorio preventivo; per dirla con i termini impiegati dalla Corte di Giustizia, nella ormai celebre sentenza *Sopropé*, "*the right to a hearing*".<sup>38</sup> Come è noto, le Sezioni Unite della Cassazione, con una decisione resa nel luglio scorso, sono intervenute a sanare la divergenza di orientamenti sorta in

---

<sup>36</sup> ZIZZO G., *Nullità negoziali ed elusione tributaria*, commento a Cass., sez. trib., ord. 13 aprile 2006 - 24 maggio 2006, n. 12301.

<sup>37</sup> FALSITTA G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in corso di pubblicazione nella rivista *Corr. giur.*, 2009, 17.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*, in *Rass. trib.*, 2009, I, p. 580, con nota di RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*.

seno alla Sezione Quinta, in ordine alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto della previsione di cui all'art. 12, comma 7, dello Statuto del contribuente. Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere, sostanzialmente, se l'emissione di un avviso di accertamento avvenuta prima dello spirare dello *spatium deliberandi* individuato da tale disposizione, fuori dai casi di "*particolare e motivata urgenza*", si rifletta sulla legittimità del provvedimento, inficiandola; in tale contesto, hanno affermato il principio di diritto secondo cui l'inosservanza del suddetto termine dilatorio determina di per sé, salvo che ricorrano specifiche ragioni di urgenza, l'illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus* <sup>39</sup>.

Nel motivare la propria decisione, i Supremi Giudici hanno evidenziato come il principio del contraddittorio preventivo abbia assunto, nel tempo, sempre maggiore rilievo, quale garanzia non solo del diritto di difesa, ma altresì del corretto esercizio della potestà impositiva. Al fine di dimostrare tale crescente importanza anche in ambito giurisprudenziale, le Sezioni Unite hanno in primo luogo richiamato la citata sentenza *Sopropé*: essi hanno affermato, in particolare, che con tale decisione, resa «sia pure in materia di tributi doganali, ma con evidenti riflessi di ordine generale», è stato espressamente valorizzato il principio della partecipazione del contribuente «a procedimenti in base ai quali l'amministrazione si proponga di adottare nei suoi confronti un atto di natura lesiva». Ora, tale rimando non era oggettivamente indispensabile, al fine di "giustificare" la decisione della Corte. Nel pronunciarsi, in un recente passato, proprio in ordine allo stesso art. 12, comma 7, L. n. 212/2000, la Consulta ha dimostrato con molta chiarezza come ad una simile – condivisibile – soluzione potesse pervenirsi anche permanendo nei confini nazionali: è a tal fine sufficiente un'interpretazione di tale disposizione rispettosa del contesto normativo in cui essa si inserisce, e, in particolare, delle previsioni che impongono la motivazione del provvedimento amministrativo in genere, e dell'avviso di accertamento in particolare. A ben vedere, il richiamo alla giurisprudenza europea da parte delle Sezioni Unite poteva presentare, addirittura, profili di debolezza: nell'ambito della Pronuncia di cui si discorre, la Corte di Giustizia è stata infatti piuttosto chiara nel circoscrivere il predetto "*right to a hearing*" ai procedimenti di accertamento dei tributi *comunitari*. La decisione delle Sezioni Unite, di riferirsi comunque espressamente al modello europeo, pare dipendere, più o meno

---

<sup>39</sup> Cass., sez. un., 29 luglio 2013, n. 18184, in questa *Rivista*, n. 4, 2013, p. 989, con nota di MULEO, *Avviso di accertamento ante tempus e vizi dell'atto*, e in *Rass. trib.*, 2013, p. 1130 ss., con nota di TESAURO.

consapevolmente, da due differenti ordini di considerazioni. In primo luogo, la Cassazione lascia in qualche modo trapelare un particolare riguardo verso l'ordinamento europeo. Al suo interno, tradizionalmente, confluiscono i principi elaborati dalle varie esperienze degli Stati membri, e si tratta, verosimilmente, di quelli caratterizzati da maggiori forza e validità, tali da consentirne la trasmigrazione oltre i confini nazionali: il diritto UE pare allora divenire sede di consacrazione dei principi, per così dire, *più* fondamentali, destinati ad imporsi grazie esclusivamente alla loro autorevolezza, e, dunque, a prescindere dal vincolo di cui all'art. 117 Cost., menzionando «i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» non può che riferirsi alla necessaria applicazione delle norme di diritto UE, primario o derivato, direttamente applicabili nell'ordinamento interno, o cui il legislatore interno sia comunque tenuto a dare attuazione, nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia *ex art. 267 TFUE*. .

Tali principi possono ispirare il legislatore interno, ma soprattutto, ed in via più immediata, si prestano a fungere da strumenti ermeneutici per le giurisdizioni interne; ciò non tanto ai fini di una interpretazione adeguatrice formalmente non praticabile, in considerazione dell'insussistenza del citato vincolo, quanto, piuttosto, come – efficace – argomento di autorità. Proprio il richiamo alla funzione ermeneutica attribuita alle pronunce della Corte si rivela utile, ai fini del nostro discorso. Essa consente di esplicitare l'ulteriore considerazione che, più o meno consapevolmente, pare sottesa alla decisione adottata dalle Sezioni Unite, di rifarsi alle conclusioni cui è giunta la Corte di Giustizia in materia di contraddittorio preventivo, quale argomento a supporto dell'interpretazione maggiormente garantista dell'art. 12, comma 7, dello Statuto. Il principio sancito dalla sentenza *Sopropé* potrebbe essere richiamato unicamente con riguardo a quegli ambiti in cui l'adeguamento al suo disposto si rende necessario, alla luce della regola con cui si sono aperte le presenti considerazioni, ossia, essenzialmente, in relazione al settore dei tributi doganali e dell'IVA. Si potrebbe affermare, dunque, che il diritto al contraddittorio preventivo è garantito, nel nostro ordinamento, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel caso in cui l'accertamento concerna tributi armonizzati, mentre, nelle ipotesi in cui quest'ultimo sia posto in essere con riguardo ad imposte e tasse non oggetto di unificazione o armonizzazione, il medesimo diritto deve trovare una differente copertura normativa, eventualmente rinvenibile nell'art. 12, comma 7, della L. n. 212/2000. Con un simile distinguo si finirebbe per aprire la strada a possibili – e forse addirittura probabili – difformità di disciplina tra situazioni sostanzialmente equiparabili e, per tale via, ad altrettante violazioni del principio di eguaglianza. La norma interna si

caratterizza infatti per talune peculiarità – la possibilità di deroga al suo disposto per ragioni di “*particolare e motivata urgenza*” *in primis* – che non si rinvengono nel contraddittorio preventivo delineato dai Giudici del Lussemburgo; quest’ultimo, a sua volta, è connotato da elementi che non trovano omologhi nell’ultimo comma dell’art. 12 più volte richiamato – quali, pare emergere dalle parole della Corte, una possibile minore estensione del termine dilatorio concesso al privato potenziale destinatario dell’accertamento, ed una maggior fluidità nell’apprezzamento della valutazione operata dall’ente impositore circa le ragioni di difesa addotte. Afferma in particolare la Corte di Giustizia nella più volte richiamata sentenza *Sopropé* (enfasi aggiunta): «*Spetta al giudice nazionale adito stabilire se, alla luce delle circostanze particolari della causa, il termine concretamente concesso*» al contribuente potenziale destinatario del provvedimento amministrativo «*gli abbia consentito di essere utilmente ascoltato dalle autorità doganali*», e «*Il giudice nazionale deve inoltre verificare se, in considerazione del periodo intercorso tra il momento in cui l’amministrazione interessata ha ricevuto le osservazioni dell’importatore e la data in cui ha adottato la sua decisione, sia possibile o meno ritenere che essa abbia tenuto adeguatamente conto delle osservazioni che le sono state trasmesse*». <sup>40</sup> Il percorso seguito dalla Corte è impegnativo, e si fonda sull’idea della diretta applicabilità del divieto di abuso del diritto, siccome desumibile dall’ordinamento comunitario nel comparto domestico, in quanto dotato di forza tale da trascinare gli sbarramenti segnati dal contenuto motivazionale dell’avviso di accertamento e suscettibile di entrare per la prima volta, come orientamento vincolante nel giudizio di cassazione. Le sentenze della Corte, in linea di massima, sono, al riguardo chiare: non importa se le fattispecie sottoposte all’esame del giudice siano rimaste al di fuori dello spettro di applicazione dell’art. 10 della legge 29 dicembre 1990, n. 408<sup>41</sup>; non importa se la linea accusatoria abbracciata dal Fisco abbia fatto leva sull’interposizione fittizia; nemmeno importa stabilire se, nell’ambito del primo o del secondo grado di giudizio, si sia discusso di “abuso” del diritto. Infatti, il principio di matrice “comunitaria” si presterebbe, così si evince dal testo delle pronunce in rassegna, ad una immediata

---

<sup>40</sup> Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*, in *Rass. trib.*, 2009, I, p. 580, con nota di RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*.

<sup>41</sup> Corte di Cassazione sentenza n. n. 8772/2008.

precipitazione, in qualsiasi momento, nel rapporto instauratosi tra l'amministrazione fiscale ed il soggetto passivo.

Le conclusioni alle quali è pervenuta la Suprema Corte attraverso gli arresti testé richiamati, sono condensate nelle ultime righe delle due sentenze del 2008, attraverso l'impiego di espressioni identiche. Nel formulare il principio di diritto al quale avrebbero dovuto attenersi i giudici di rinvio, la Corte segnala che "non hanno efficacia nei confronti della amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano "abuso di diritto", cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale; (...) incombe sul contribuente fornire la prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico". In materia di abuso del diritto si ha un esempio di trasposizione giurisprudenziale dall'ordinamento europeo all'interno del *case-law* della Cassazione. Per la configurazione del concetto di "abuso", la Suprema Corte ha fatto leva sia sulla propria giurisprudenza, sia sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, incentrata in particolar modo sulla sentenza "Halifax"<sup>42</sup>, che la medesima Corte equipara ad un vero e proprio *leading case*. Si tratta, dunque, di arresti motivati *per relationem*, quello dell'immediata applicabilità del principio di divieto di abuso del diritto nel comparto nazionale, con particolare riferimento ai tributi non armonizzati. L'abuso, pertanto, viene proiettato in una dimensione sovranazionale, ma che non trova, nell'ambito di quest'ultima, una precisa collocazione. Rimane indeterminata, infatti, la sua appartenenza al novero delle clausole generali antielusive o la sua rilevanza quale criterio-guida da impiegare in occasione della interpretazione del diritto. La sentenza n. 21221 del 2006 ha stabilito, attraverso un ulteriore richiamo alla giurisprudenza comunitaria, che "i principi di effettività e non discriminazione comportano l'obbligo per le autorità nazionali di applicare, anche d'ufficio, le norme di diritto comunitario, se necessario attraverso la disapplicazione del diritto nazionale che sia in contrasto con tali norme (...)". La stessa sentenza conclude, poi, nel senso che il principio del divieto di abuso del diritto rappresenta un "canone interpretativo" dell'ordinamento.

---

<sup>42</sup> In Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, in *Corr. trib.*, 2006, 4466, con commento di BASILAVECCHIA M., *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili*, e in *Riv. dir. trib.*, 2007, IV, 3 ss.

Se questo è l'esatto percorso motivazionale della sentenza, non si può non riaffermare quanto dichiarato sopra: il principio del divieto di abuso del diritto, sul quale sono state edificate le sentenze in rassegna, deve rimanere circoscritto al contesto che lo ha prodotto: si tratta di un contesto in cui — lo ribadiamo — la sottrazione al pagamento di un tributo o l'acquisirne di agevolazioni dipende da un impiego "contro natura" del diritto comunitario, da un suo sviamento, non già dalla strumentalizzazione di una disposizione domestica. La sentenza "Halifax" si riferisce, non a caso, all'applicazione dell'IVA, la cui disciplina è prevista nella VI direttiva. In una successiva pronuncia la Suprema Corte, chiamata a decidere in ordine al recupero di una minusvalenza dedotta ai fini IRPEG e ILOR, lo legittimò alla luce della quasi coeva decisione *Halifax*, resa dalla Corte del Lussemburgo in materia di IVA. In tale sede i Giudici comunitari affermarono il principio della inopponibilità all'amministrazione finanziaria del comportamento abusivo, ossia essenzialmente teso al conseguimento di un vantaggio fiscale «la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni», e conseguentemente avallarono la negazione del diritto alla detrazione IVA che da quel comportamento sarebbe derivato. La stessa Sezione tributaria aveva avvertito l'esigenza di giustificare in qualche modo il passaggio – *rectius*: il salto – logico: da un lato, la necessità di disconoscere, ai fini fiscali, l'utilizzo distorto della disciplina IVA dettata a livello europeo, sostenuta dai Giudici europei; dall'altro, l'affermazione della generalizzata applicabilità all'ordinamento tributario, a scopo antielusivo, del divieto di abuso affermato dalla Corte del Lussemburgo. A tal fine, i Giudici di legittimità avevano evocato il consolidato principio secondo cui «benché la materia delle imposte dirette non rientri, in quanto tale, nella competenza della Comunità, l'esercizio da parte degli Stati membri di questa competenza loro attribuita non può prescindere dal rispetto del diritto comunitario»<sup>43</sup>. Da subito si era rilevata l'insostenibilità di una simile trasposizione, *a fortiori* posta in essere in forza di tale motivazione. La Corte di Cassazione, in effetti, si è ben presto risolta a cercare altrove il fondamento di una generale clausola antielusiva applicabile in ambito interno. A tale scopo avrebbe potuto essere richiamato, forse, il principio in base al quale ogni ordinamento ha intrinseco in sé, quale strumento di

---

<sup>43</sup> Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, p. 3, con nota di MUGURUZA-ROCCATAGLIATA, *La Corte di giustizia Cee ci ripensa: la "coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non residenti*.

autotutela, un generale divieto a che si abusi delle sue norme; i Giudici di legittimità hanno invece ritenuto di rinvenire il suddetto fondamento nella Costituzione, e, precisamente, nel suo art. 53<sup>44</sup>, con le perplessità che ne sono derivate in ordine alla potenziale incompatibilità di tale conclusione, sia con la riserva di legge, sia con l'inidoneità del principio di capacità contributiva ad un'applicazione diretta, non mediata dall'intervento del legislatore. Si prescinde qui da ulteriori considerazioni circa l'opportunità di una simile presa di posizione, ed alle conseguenze, forse anche imprevedibili, che ne sono derivate. Quel che più rileva nel presente contesto è che, come la stessa Suprema Corte pare avere in alcune occasioni espressamente riconosciuto<sup>45</sup>, nel nostro ordinamento si registra oggi una singolare compresenza: *a latere* della clausola antielusiva espressa di cui all'art. 37 *bis*, D.P.R. n. 600/1973, trovano applicazione un divieto di abuso del diritto di matrice europea, riferibile ai tributi armonizzati, ed uno desunto direttamente dalla Costituzione, valevole per tutti gli altri prelievi tributari. Mentre la prima è limitata, dal punto di vista dell'ambito applicativo, dal suo comma 3, e, sotto il profilo dei presupposti procedurali, dai suoi commi 4 e 5, i principi di origine pretoria sono applicabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, e privi di limiti quanto alla propria sfera di efficacia. La linea argomentativa qui impiegata dalla Cassazione, perciò, non è affatto in sintonia con le conclusioni raggiunte nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, laddove ritiene applicabile il suddetto principio (di divieto di abuso del diritto) anche a situazioni prive di qualsiasi punto di contatto con la disciplina comunitaria.

Nelle sentenze in rassegna, il richiamo al citato principio di abuso è soltanto *l'escamotage* del quale il giudice nazionale si serve per costruire, anche a livello domestico, un criterio interpretativo di carattere generale. In effetti, le osservazioni che si riferiscono alla giurisprudenza comunitaria dovrebbero ragionevolmente adattarsi anche al diritto interno, perché non è accettabile — si potrebbe rilevare, ritornando, di nuovo, al corpo delle pronunce — che, sul piano domestico, il contribuente possa trincerarsi dietro a forme negoziali armoniche rispetto alle previsioni di legge con l'obiettivo di carpire vantaggi contrari allo spirito del sistema.

---

<sup>44</sup> Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Giust. civ.*, n. 9, 2009, p. 1873.

<sup>45</sup> Cass., sez. trib., 15 novembre 2013, n. 25671, in *Banca dati fisconline*.

### **2.3 L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto.**

In un primo momento, alla trasposizione interna del divieto di abuso si è dato corso, affermando la necessità di adeguare il nostro ordinamento a quello europeo, in forza del primato delle sue disposizioni.

A differenza di quanto si è verificato in relazione al diritto al contraddittorio preventivo, parimenti affermato dalla Corte di Giustizia in relazione all'accertamento di tributi europei, mancava in questo caso una norma di rango ordinario che, opportunamente interpretata alla luce delle indicazioni provenienti dall'ordinamento UE, potesse essere letta alla stregua di un generale divieto di abuso del diritto nel settore delle imposte, in particolare, reddituali; la Suprema Corte si è quindi risolta a riferirsi direttamente al contesto costituzionale, abbandonando integralmente, con riguardo a tali tributi, il richiamo al modello europeo<sup>46</sup>. Sull'opportunità che gli Stati membri si dotino di «una norma generale antiabuso adattata alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all'Unione ed alle situazioni che coinvolgono Paesi terzi» si è invece espresso l'esecutivo europeo<sup>47</sup>. In tal modo la Cassazione ha potuto sottrarsi alla necessità del test di compatibilità che si è in precedenza richiamato, e che sempre si impone, laddove non si verta in tema di necessario adeguamento dell'ordinamento interno alle norme di quello sovranazionale, ma di spontanea adesione ad un modello differente.

Una simile verifica, tuttavia, avrebbe forse dato esito negativo, non tanto, si ritiene, per problemi di coordinamento con la riserva di legge, quanto per la compresenza, nell'ordinamento interno, del già citato art. 37 *bis*. E ciò, deve precisarsi, non per la limitazione dell'ambito di efficacia di tale disposizione alle operazioni descritte dal

---

<sup>46</sup> Cass., sez. trib., 3 novembre 2010, n. 22309, in *Banca dati fisconline*, che ha dato origine alla già richiamata sentenza Corte di Giustizia, 29 marzo 2012, nonché Cass., sez. trib., 8 febbraio 2008, n. 3030, in *Rass. trib.*, 2008, p. 1704, con nota di PEPE, *Fiscalità cooperativa e "aiuti di Stato": questioni metodologiche e principi generali*, e Id., 8 febbraio 2008, n. 3033, in *Dir. prat. trib.*, 2008, II, p. 1093, con nota di QUATTROCCHI, *Le norme in materia di aiuti di Stato in ambito comunitario e il regime tributario delle società cooperative*, dalle quali è scaturita Corte di Giustizia, 8 settembre 2011, cause riunite da 78/08 a 80/08, *Paint Graphos e a.*, in *Riv. dir. fin.*, 2011, II, p. 75 ss., con nota di GIANONCELLI, *Sulla compatibilità con il divieto di aiuti di Stato del regime fiscale agevolato delle società cooperative di produzione e lavoro*.

<sup>47</sup> *Racc.* 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, C(2012)8806, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

comma 3, che non pare irrinunciabile, e merita forse, anzi, di essere superata; quanto, piuttosto, per le garanzie procedurali previste dai commi successivi, queste si caratterizzano l'istituto nella prospettiva del legislatore interno, e dunque, come tali, in via di principio non rinunciabili e non negoziabili.

A tale proposito occorre precisare che non si ritiene che l'obbligata – questa sì – applicazione del divieto di abuso del diritto affermato dai Giudici del Lussemburgo in ambito IVA, comporti necessariamente il venir meno, con riferimento all'accertamento delle condotte abusive poste in essere con riguardo al tributo armonizzato, delle garanzie previste dall'art. 37 *bis*. È infatti principio consolidato quello secondo cui, anche e soprattutto in applicazione del principio di sussidiarietà, la disciplina procedimentale di situazioni giuridiche soggettive individuate dall'ordinamento UE è in via di principio demandata agli Stati membri – si pensi, ad esempio, alla regolamentazione del diritto al rimborso dell'indebito tributario derivante dall'incompatibilità dell'imposta con il diritto europeo – con il solo limite derivante dal rispetto dei principi di equivalenza e di effettività (Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, causa C-362/12, *Test Claimants*, in *Banca dati fisconline*).<sup>48</sup> Tali principi impongono esclusivamente l'uniformità di disciplina tra situazioni che trovano fondamento nel diritto interno e quelle che, invece, traggano il proprio dall'ordinamento UE, e la garanzia della “non impossibilità o eccessiva difficoltà” di attuazione delle seconde; non pare che, sotto tale duplice profilo, le previsioni di cui agli attuali commi 4 e 5 dell'art. 37 *bis* possano dare luogo a criticità. L'abbandono – sia pure “settoriale” – del riferimento al modello europeo, d'altra parte, ha permesso alla Cassazione di emanciparsi dalle indicazioni fornite dalla sentenza *Halifax*, in particolare per quanto attiene al profilo sanzionatorio. I Giudici del Lussemburgo erano stati molto chiari, già in quella sede, nell'escludere l'applicabilità di sanzioni a condotte abusive<sup>49</sup>; la Suprema Corte, invece, dopo un iniziale allineamento

---

<sup>48</sup> Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, causa C-362/12, *Test Claimants*, in *Banca dati fisconline*

<sup>49</sup> Cass., sez. trib., 25 maggio 2009, n. 12042, in *Giust. civ.*, n. 6 2010, p. 1460, in cui il fondamento della disapplicazione delle sanzioni amministrative a fronte di una condotta ritenuta abusiva è individuato nell'art. 8, D.Lgs. n. 546/1992. Nel senso della non sanzionabilità della condotta abusiva – ma unicamente di quella elusiva – v. Cass., sez. trib., 30 novembre 2011, n. 25537, con nota di CONTRINO, *Sull'ondivaga giurisprudenza in tema di applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie nei casi di elusione codificata e abuso/elusione*, in *Riv. dir. trib.*, p. 261 ss.

alla posizione europea – giustificato, tuttavia, con il richiamo di norme interne – ha talvolta fatto proprie soluzioni differenti, e più rigorose, quanto meno con riferimento alle sanzioni amministrative, se non sul piano penale <sup>50</sup>.

Lo studio del panorama normativo e giurisprudenziale offre oggi la possibilità di misurarsi con una pluralità di definizioni dell'elusione, quale fenomeno giuridicamente rilevante. Si pensi, per richiamare le più utilizzate da studiosi dell'Amministrazione finanziaria e giurisprudenza: nella normativa nazionale, a quella desumibile dal comma 1 dell'art. 37-*bis* del D.P.R. 600/1973; nella normativa comunitaria, a quella desumibile dall'art'11 della direttiva CE 90/434 relativa alle riorganizzazioni societarie infracomunitarie; nella giurisprudenza nazionale, a quella desumibile dalle sentenze della Corte di cassazione che applicano in materia tributaria il concetto di abuso del diritto; infine, nella giurisprudenza comunitaria, a quella desumibile dalle sentenze della Corte di Giustizia che ricorrono al medesimo concetto.<sup>51</sup> Ad esempio la definizione della Condotta elusiva fornita dal c. 1 dell'art. 37-*bis* ruota intorno a tre elementi: il risparmio d'imposta altrimenti indebito, quale esito della manovra: l'aggiramento di obblighi o divieti posti dalla normativa tributaria, quale mezzo per conseguirlo; l'assenza di valide ragioni economiche, quale carattere del mezzo adottato. È solo la compresenza di questi elementi a rendere inadeguato il regime ordinariamente abbinato alla condotta realizzata, imponendo la rimozione, mediante l'applicazione dell'obbligo o divieto aggirato, del risparmio d'imposta ottenuto. Il concetto di aggiramento postula l'utilizzo di un modulo giuridico caratterizzato dalla presenza di uno o più passaggi incongrui rispetto al risultato medesimo (ancorché idonei a concorrere al suo conseguimento), perché articolato in guisa da evitare il ricorso allo strumento più immediato e diretto disponibile a tal fine, ruotando intorno alla situazione assunta dalla legge tributaria a presupposto di un certo obbligo o divieto. Non sussiste, perciò, aggiramento se il percorso seguito non è sovradimensionato, in quanto permette di raggiungere l'assetto voluto in via immediata e diretta, pur quando il medesimo assetto sia ottenibile, in via altrettanto immediata e diretta, avvalendosi di altri mezzi. Se non si ravvisano ragioni economiche apprezzabili dietro la realizzazione

---

<sup>50</sup> Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859, in *Banca dati de jure*

<sup>51</sup> PIANTAVIGNA P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo* Torino 2011.

di una manovra che comporta l'aggiramento di un obbligo o divieto stabilito dall'ordinamento tributario, la sua forma è destinata a cedere all'esigenza di applicare l'obbligo o divieto oggetto di aggiramento. Se si ravvisano ragioni economiche apprezzabili, l'applicazione del predetto obbligo o divieto deve, di contro, essere esclusa, indipendentemente dalla misura dei vantaggi tributari conseguiti tramite la manovra stessa. Il riferimento alle ragioni, ossia ad un contesto di giustificazione del comportamento, anziché ai motivi o agli scopi, ossia ad un contesto di decisione, colloca l'indagine a tal fine richiesta su un piano oggettivo. È da escludere che le ragioni economiche debbano essere le uniche prospettabili nella spiegazione della condotta osservata, perché risulterebbe pressoché impossibile negare in radice, ad una condotta che produce un risparmio d'imposta, un nesso con considerazioni di indole fiscale. Diversa dalla definizione fornita dalla succitata normativa è quella desumibile dall'analisi dell'art. 11 della direttiva CE 90/434 sulle riorganizzazioni societarie infracomunitarie. Per questa disposizione, uno Stato può sottrarre un'operazione all'applicazione del regime di neutralità stabilito dalla direttiva quando risulta che la stessa "ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale. Il fatto che un'operazione non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno "degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale".<sup>52</sup> La situazione individuata dall'art. 11 sembra connotata da un unico profilo, che si sviluppa essenzialmente sul piano soggettivo. Conta che l'obiettivo principale o uno degli obiettivi principali dell'operazione sia la frode o l'evasione fiscale (*rectius* l'elusione o l'evasione). Al riguardo la Corte di Giustizia CE (nella sentenza 17 luglio 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*) ha precisato che, "per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia un tale obiettivo, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell'operazione". La ricerca delle valide ragioni economiche risulta meramente funzionale all'indagine sul predetto profilo: l'eventuale esito negativo opera infatti quale circostanza idonea a dare origine ad una presunzione che l'operazione abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'elusione fiscale. L'assenza di valide ragioni economiche

---

<sup>52</sup> FRAU F., *Aspetti peculiari dell'elusione fiscale*, Santarcangelo di Romagna 2014.

consente dunque agli Stati membri di presumere l'appartenenza della condotta all'area dell'elusione (o dell'evasione), ma non permette di qualificare puramente e semplicemente la condotta come elusiva (o evasiva).

In particolare, per la Corte di Giustizia (nella sentenza sopra menzionata), "in mancanza di disposizioni comunitarie più precise relative all'attuazione della presunzione... spetta agli Stati membri determinare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le modalità necessarie ai fini dell'applicazione di quella disposizione. Il richiamo al principio di proporzionalità implica che la presunzione, se in concreto configurata dagli Stati membri in sede di (eventuale, stante che questo articolo fissa soltanto una facoltà) attuazione dell'art. 11 della direttiva, tuttavia non possa essere dotata del carattere dell'assolutezza, ma debba lasciare al contribuente lo spazio per dimostrare che l'operazione realizzata non ha, in concreto, quale obiettivo principale o uno degli obiettivi principali l'elusione (o l'evasione).<sup>53</sup> Se si esclude, come si deve escludere, che l'assenza di valide ragioni economiche possa definire l'elusione secondo l'art. 11; se altresì si esclude, come si deve escludere, che l'obiettivo di eludere o evadere indicato da questa disposizione si identifichi con quello di risparmiare imposte, posto che la stessa Corte di Giustizia chiarisce che il regime tributario comune istituito dalla direttiva si applica "indistintamente a tutte le operazioni... a prescindere dai loro motivi, siano essi finanziari, economici o puramente fiscali", allora si deve convenire che detto articolo non fornisce una definizione del fenomeno considerato: si limita a presupporre una sua definizione. Come precisato dalla Corte di Giustizia (nella sentenza 5 luglio 2007, C-321/05, *Kofoed*), esso "riflette il principio generale di diritto comunitario secondo il quale l'abuso del diritto è vietato. I singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario. L'applicazione di queste ultime non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario". In diverse sentenze la Corte di Giustizia ha applicato anche al campo tributario il principio, già ricordato, secondo cui gli interessati non possono valersi fraudolentemente o abusivamente del diritto comunitario,<sup>54</sup> in

---

<sup>53</sup> MAISTO G., *Elusione ed abuso del diritto tributario : orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria* Milano, 2009.

<sup>54</sup> sentenze 21 febbraio 2006, C-255/02 sentenza *Halifax*, 21 febbraio 2008, C-425/06, *Part Service*.

particolare con riferimento alle norme in materia di imposta sul valore aggiunto. La definizione di pratica abusiva, inopponibile all'Amministrazione finanziaria, che queste sentenze delineano, è costantemente articolata su due livelli: occorre che "il risultato perseguito sia un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria ad uno o a più obiettivi della sesta direttiva", ed occorre che il conseguimento di detto vantaggio "abbia costituito lo scopo essenziale" della soluzione contrattuale prescelta.

Per la Corte lo scopo di ridurre il carico fiscale (mediante l'ottenimento di un risparmio non accettabile sul piano sistematico) non deve necessariamente essere esclusivo, non deve, cioè, essere l'unico motore della manovra, sicché eventuali concorrenti obiettivi economici sarebbero di ostacolo all'accertamento dell'abuso, a meno che non siano "assolutamente marginali o irrilevanti"<sup>55</sup>. È sufficiente che sia quello essenziale: se lo è, si profila l'abuso, "nonostante, l'esistenza eventuale, per altro verso, di obiettivi economici ispirati da considerazioni, ad esempio, di marketing, di organizzazione e di garanzia", nonostante, dunque, la ricorrenza di interessi extrafiscali non "assolutamente marginali o irrilevanti". La verifica richiesta si appunta dunque sull'interesse al risparmio d'imposta, il quale deve risultare determinante nella decisione di attuare la manovra, nel senso che detta decisione non sarebbe stata assunta senza i vantaggi tributari che la accompagnano: la presenza di concorrenti interessi extrafiscali importa solo nella misura in cui consente di individuare un autonomo percorso alla giustificazione dell'operazione, di affermare, cioè, che la stessa sarebbe stata realizzata anche senza i connessi vantaggi tributari. Si sviluppa, almeno in linea di principio, sul piano soggettivo, riguardando la concreta ricorrenza del predetto scopo essenziale, ancorché (inevitabilmente) desunta "da un insieme di elementi obiettivi", tra i quali la Corte annovera il carattere puramente fittizio delle operazioni nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti. Il ricorso della Corte di cassazione alla tecnica dell'abuso del diritto, messa a punto dalla richiamata giurisprudenza comunitaria, per combattere l'elusione, è stato immediato e convinto. Ad avviso della Cassazione<sup>56</sup>, in virtù dell'innesto nell'ordinamento tributario italiano di questo strumento, "l'ottica dei rapporti elusione/norma legislativa si è così ribaltata e le singole norme 'anti-elusive' vengono

---

<sup>55</sup> Cass, sez. trib., nell'ordinanza di rinvio 4 ottobre 2006, n. 21371.

<sup>56</sup> Cass., 20 marzo 2013, n. 6925, e, negli stessi termini, Id., 11 settembre 2013, n. 20771, in *Banca dati fisconline*.

invocate non più come eccezioni ad una regola, ma come sintomo dell'esistenza di una regola.<sup>57</sup> Il principio dell'abuso del diritto costituisce una tecnica elaborata dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione ed applicazione del diritto comunitario, dei suoi principi, nonché delle libertà fondamentali che assicura, allo scopo di impedire un utilizzo improprio (abusivo appunto) dello stesso. Una tecnica che perciò vincola i giudici nazionali nell'interpretazione ed applicazione delle norme in materia di imposta sul valore aggiunto, e comunque delle norme tributarie che hanno matrice comunitaria, ma non nell'interpretazione ed applicazione delle norme in materia di imposte sui redditi, che hanno (in linea di massima) matrice esclusivamente interna.

Benché la Cassazione dichiari di avvalersi del principio comunitario, che assume di "diretta applicazione nel nostro ordinamento", il confronto tra la definizione di pratica abusiva che esprime e quella formulata dalla Corte di Giustizia evidenzia uno scollamento: la prima è infatti priva di uno dei due elementi sui quali è incentrata la seconda. Per la Cassazione, infatti, la condotta abusiva si identifica nella condotta realizzata essenzialmente per ottenere un vantaggio fiscale. Come rilevato sopra, per la Corte di Giustizia questa condizione non è sufficiente, occorre altresì, ed a monte, che, nonostante l'osservanza formale delle pertinenti disposizioni, l'attribuzione del vantaggio risulti in conflitto con l'obiettivo perseguito dalle stesse. Se l'ordinamento non condanna, ma interaggisce, con l'interesse al risparmio d'imposta, se l'impiego di forme contrattuali e/o organizzative che consentono un minore carico fiscale, come tale, non incontra alcun divieto, appare evidente che la figura di abuso individuata dalla Cassazione esprime un grado di specificazione tanto basso da precluderne la generalizzazione<sup>58</sup>. Occorre, in altre parole, collocare la posizione della Cassazione in un contesto connotato dall'aggiramento del presupposto di un determinato obbligo o divieto, ovvero dalla dissonanza tra l'applicazione letterale e quella funzionale di una determinata disposizione. Quando l'operazione considerata ha una struttura circolare, e perciò è inidonea a produrre delle modifiche nella sfera economico giuridica dell'agente diverse da quelle legate al risparmio d'imposta, è plausibile ravvisare una pratica abusiva se lo scopo essenziale dell'operazione è quello di conseguire un risparmio d'imposta. Quando l'operazione ha una struttura lineare, e perciò è idonea a produrre delle modifiche nella sfera economico-

---

<sup>57</sup> Cass., 4 aprile 2008, n. 8772.

<sup>58</sup> Cass., 27 gennaio 2014, n. 1565, in *Banca dati fisconline*.

giuridica dell'agente diverse da quelle legate al risparmio d'imposta, ma mediante un modulo giuridico contrassegnato da uno o più passaggi incongrui rispetto alle modifiche prodotte, è altrettanto plausibile ravvisare una pratica abusiva se lo scopo essenziale di detti passaggi è quello di conseguire un risparmio d'imposta. Se si prescinde da queste condizioni, la valorizzazione dell'interesse al risparmio d'imposta, come enunciata dalla Cassazione, si risolve, di fatto, nella cancellazione di ogni margine di pianificazione fiscale, nella formulazione del divieto di impiegare le forme contrattuali e/o organizzative che consentono un minore carico fiscale (pena la loro inefficacia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria). Se una determinata modifica nella sfera economico giuridica del soggetto è raggiunta nella via più immediata ed efficiente, ma è determinata da ragioni di risparmio d'imposta, oppure se, essendo una determinata modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto raggiungibile in via parimenti immediata e efficiente mediante diversi strumenti giuridici, essa è ottenuta adottando quello fiscalmente meno oneroso (per la ragione che è meno oneroso), ammettere la valorizzazione dell'interesse al risparmio d'imposta implicherebbe l'alterazione delle scelte compiute dal legislatore nella disciplina del prelievo.

In una successiva decisione<sup>59</sup>, la Cassazione sembra compiere un ulteriore passo nella direzione di una più compiuta articolazione del principio generale, laddove chiarisce che l'abuso "costituisce una modalità di 'aggiramento' della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico", e richiede che l'Amministrazione metta "a confronto l'asserito comportamento abusato con il comportamento fisiologico aggirato onde fare emergere quella anomala differenza incompatibile con una normale logica economica se non per pervenire a quel risultato elusivo". Laddove, cioè, configura l'esigenza di condurre la stessa comparazione tra la condotta osservata e una condotta assunta a modello (di cui si postula l'aggiramento) che, come rilevato, configura l'art. 31-bis, comma 1. Per la giurisprudenza comunitaria, la verifica intorno all'esigenza della pratica abusiva si sviluppa sul piano dell'interesse al risparmio d'imposta, il quale, da un insieme di elementi obiettivi, deve risultare essenziale nella decisione di realizzare la manovra. La presenza di concorrenti interessi extrafiscali importa solo nella misura in cui consente di escludere il ruolo determinante dell'interesse al risparmio d'imposta. Altrimenti resta ininfluenza, pur quando detti interessi non sono assolutamente marginali o insignificanti, pur quando, cioè, sono dotati di una certa

---

<sup>59</sup> Cass., sez. trib., 7 novembre 2013, n. 25035, in *Banca dati fisconline*.

consistenza. Per l'art. 31-bis, invece, la verifica intorno all'esistenza della condotta elusiva implica un duplice livello di analisi. Il giudizio sugli interessi extrafiscali, sulle valide ragioni economiche, è infatti chiaramente autonomo, e parallelo, rispetto a quello che riguarda l'interesse al risparmio d'imposta, declinato nell'esigenza che la manovra sia diretta ad ottenere un risparmio d'imposta. Con la conseguenza che, ancorché quest'ultimo si concluda con esito positivo (nel senso, cioè, della sussistenza del prescritto interesse al risparmio d'imposta), l'enucleazione di valide (nel senso chiarito sopra) ragioni economiche impedisce di affermare l'inopponibilità dell'operazione. Su questa linea sembrano peraltro attestarsi anche le sentenze della Cassazione, le quali, pur germogliando dal tronco dell'abuso, sembrano assegnare alle ragioni extrafiscali uno spazio maggiore di quello loro riservato dalla giurisprudenza comunitaria.

## CAPITOLO III: L' ABUSO RELATIVAMENTE AL REDDITO DI IMPRESA

### 3.1 l'abuso del diritto come generale principio ermeneutico delle operazioni a rilevanza fiscale.

L'individuazione dei comportamenti abusivi, nel comparto dell'imposizione diretta, non può investire il mero utilizzo delle forme giuridiche previste dall'ordinamento o riguardare la mera *qualificazione* giuridica del soggetto passivo. Infatti, il concetto di abuso della forma giuridica della forma societaria, *non* coincide con l'abuso del diritto.

Il punto focale delle questioni in tema di abuso del diritto consiste nell'individuazione dei criteri in base ai quali si qualifica "antigiuridico" un comportamento abusivo, negando ad esso tutela, perché considerato immeritevole; "abusivo", dunque, è un comportamento che, pur non ponendosi in aperto contrasto con una "norma", ne forza il contenuto, fino a distorcerne le funzioni e la *ratio*. Ebbene, non tutti i comportamenti dei privati sono suscettibili di venire abusati: tale assunto è verificabile non soltanto con riferimento al contenuto del precetto di cui si abusa, ma anche in relazione alla natura stessa del comportamento. Laddove, infatti, il comportamento in concreto tenuto si conformi a quello astrattamente previsto dal legislatore, giungendo a combaciare perfettamente con il tipo legale, non potrebbe esservi alcuno spazio per abuso<sup>60</sup>. La forma giuridica è genericamente intesa come mezzo attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso, ma quando si parla di abuso della forma giuridica ci si riferisce alla forma come "tipo", ovvero come un'operazione economica ricorrente nella vita di relazione, che si è tradotta in un modello normativo, come tale previsto e disciplinato dalla legge.

La normativizzazione del negozio in contratto tipico presuppone *a priori* l'esistenza di un giudizio di meritevolezza, da parte del legislatore, sugli interessi economici che le parti intendono perseguire tramite lo schema negoziale (interessi qualificanti, appunto, la causa negoziale astratta), dal momento che l'iniziativa privata è sì libera, ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana (art. 41, Cost.).

L'individuazione del tipo negoziale passa, dunque, attraverso l'esame giuridico del suo elemento causale, ovvero della sua funzione economico-sociale; infatti, la causa, nei

---

<sup>60</sup> SERRANÒ M. V., *Brevi considerazioni sulle prospettive di riforma in tema di "abuso del diritto o elusione fiscale"*, in Bollettino Tributario n. 7 del 2015.

negozi tipici, svolge la funzione di selezione degli interessi meritevoli di tutela, selezione che viene effettuata direttamente dal legislatore. In presenza, quindi, di contratti tipici, all'interprete è consentito *qualificare* la fattispecie, ossia verificare la corrispondenza tra fattispecie concreta e tipo astratto, così come gli è consentito verificare se gli interessi concreti perseguiti siano o meno leciti (indagine sulla causa concreta), ma non gli è invece consentito sindacare la "apprezzabilità" delle ragioni economiche delle parti, vale a dire i motivi che restano sullo sfondo dell'operazione, che nel diritto civile sono giuridicamente irrilevanti (salvo che essi non siano illeciti) <sup>61</sup>. Secondo la logica appena illustrata, quindi, la forma legale non sarebbe per definizione suscettibile di abuso, costituendo essa lo schema giuridico astratto previsto dal legislatore per la realizzazione di interessi di per sé meritevoli di tutela. Già da quanto sin qui esposto, è possibile ritenere l'abuso della forma e l'abuso del diritto nozioni giuridiche distinte e non sovrapponibili<sup>62</sup>. La giurisprudenza comunitaria<sup>63</sup> sul tema ha sancito che, se l'abuso si pone come *tertium genus* tra il comportamento fisiologico (applicazione corretta delle norme, secondo la loro *ratio*) e quello patologico (violazione delle norme, come nelle frodi fiscali) dei contribuenti, un uso "anomalo" dello schema negoziale giuridicamente regolato verrebbe nella maggior parte dei casi a configurarsi come violazione aperta di norme e non come un abuso delle stesse.

Se poi si considera che l'ottenimento di un vantaggio fiscale indebito deve essere *essenziale* allo scopo, ancorché *non esclusivo*, il divieto di comportamenti abusivi non opera ove l'utilizzo di una data forma giuridica testimonia la presenza di reali ed effettivi scopi economici del soggetto (se si vuole, l'ente societario) giuridicamente tutelati ed ulteriori rispetto al risparmio fiscale, dovendosi escludere in radice, anche per tale via, l'applicazione del divieto di abuso. L'individuazione del rilievo economico di un'operazione, celato dietro le sue forme giuridiche, è una tecnica interpretativa che riporta alla memoria un datato dibattito sorto in Italia, sulla scia della corrente antielusiva tedesca nel periodo *post* bellico (tra i cui maggiori esponenti si annoverano Becker,

---

<sup>61</sup> SCUFFI M., *La codificazione dell'abuso del diritto secondo il Decreto Legislativo n. 128 del 2015*, in Rivista di Diritto Tributario n. 3 del 2015.

<sup>62</sup> LOVECCHIO L., *Divieto di abuso del diritto: l'incognita applicazione futura della giurisprudenza "invasiva"*, in Il fisco n. 35 del 2015.

<sup>63</sup> Cfr., *ex plurimis*, CGCE, causa C-425/06, sent. 21 febbraio 2008

Riewald e Koch), sul principio della “considerazione economica”, secondo cui uguali accadimenti economici devono sottostare ed eguale imposizione<sup>64</sup>. Non si deve dimenticare, a tale proposito, che l’ordinamento può prevedere, come in realtà prevede, diversi regimi fiscali per negozi giuridici che perseguono finalità economiche analoghe; ebbene, è (e deve restare) nei diritti del contribuente scegliere la via meno onerosa per regolamentare i propri interessi, dovendosi tracciare un limite implicito all’avanzare della disciplina antielusiva proprio nel lecito risparmio di imposta, che fisiologicamente esiste in un ordinamento improntato al principio di legalità. D’altro canto, se così non fosse, la previsione legislativa di regimi fiscali differenziati a seconda dei negozi giuridici prescelti per la regolazione dei privati interessi non avrebbe più alcun senso, potendo essa essere utilizzata soltanto in negativo, ovvero per l’individuazione dell’unico comportamento non censurabile, perché fiscalmente più oneroso rispetto agli altri. Ma il nostro ordinamento, come detto, basato su rigidi principi formalistici e sulla predeterminazione dell’obbligazione tributaria, distingue i regimi impositivi proprio in ragione delle diverse fattispecie legali scelte dai privati, di talché la prospettata restrizione della libertà negoziale in un’ottica antielusiva non potrebbe non comportare l’appiattimento del sistema tributario su canoni totalmente estranei al nostro sistema, con una quasi totale compressione delle tecniche di lecita pianificazione fiscale.<sup>65</sup>

In conclusione, un sistema di diritto che garantisca l’equilibrio tra principi di pari dignità dovrà necessariamente individuare la sottile linea di confine esistente tra il legittimo risparmio di imposta, nel rispetto assoluto delle libertà negoziali dei privati, e le esigenze di gettito. Apprezzabili, secondo questo punto di vista, appaiono dunque le pronunce a Sezioni Unite<sup>66</sup>, che individuano nella capacità contributiva il limite intrinseco agli atti di autonomia negoziale che alterino i criteri di riparto dell’imposizione prestabiliti dal legislatore. Con la dovuta precisazione (se ben si intende il *decisum* delle SS.UU.) che il detto limite può legittimamente operare soltanto in presenza di una idonea dimostrazione, da parte del Fisco, di un’attività negoziale fraudolenta, tortuosa ed antieconomica del contribuente: in altri termini, solo ed esclusivamente laddove lo schema negoziale tipico

---

<sup>64</sup> LEO M., *L’abuso del diritto: elementi costitutivi e confini applicativi*, in *Il fisco* n. 10 del 2015.

<sup>65</sup> FALSITTA G., *Osservazioni sulla nascita e sullo sviluppo scientifico del diritto tributario in Italia*, in *Rass. Trib.*, 2000,356 ss.

<sup>66</sup> SS.UU. civili, sentenze nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008.

venga talmente asservito allo scopo del privato da restare “svuotato” dei suoi elementi tipici.

Nel ribadire la generale applicazione del divieto di abuso a tutti tributi (siano essi armonizzati o meno), la Cassazione compie un rilevante passo in avanti, mutando l’abuso del diritto nell’abuso delle forme giuridiche e, senza mai arrivare a definire quest’ultima fattispecie, enuncia il principio secondo cui “...*le pratiche abusive consistenti nell’impiego di una forma giuridica o di un regolamento contrattuale al principale scopo di realizzare un risparmio d’imposta qualunque sia il tributo in questione, consistono, inevitabilmente, in un abuso di diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento e pertanto assumono rilievo normativo primario in tale ordinamento*”<sup>67</sup>. Ciò significa che quando la scelta di una forma giuridica venga effettuata dal contribuente per realizzare i propri interessi, ancorché mediante il contemporaneo ottenimento di un risparmio fiscale, per ciò stesso essa sarà considerata abusiva, venendo la sua “appetibilità fiscale” a rilevare come ragione principale (essenziale, ancorché non esclusiva) del negozio.

Pur tenendo conto dell’avvenuto «superamento» della questione della diretta applicazione dell’abuso comunitario nel nostro ordinamento, ad opera dell’intervento delle Sezioni Unite della Cassazione — come prima visto — valga l’obiezione che il sistema giuridico comunitario è un sistema autoreferenziale, fondantesi su fonti primarie (quali le norme convenzionali contenute nei Trattati ed i principi generali non scritti) e su fonti secondarie. Non solo, infatti, principi generali della CE costituiscono principi propri del diritto comunitario, a tutti gli effetti ed a titolo originario, non essendo mutuati da altri ordinamenti, ma conati gradualmente dall’interpretazione dei Trattati e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma anche il diritto comunitario derivato (cioè, composto da fonti secondarie) trova la propria ed esclusiva origine nell’ordinamento comunitario, ed è del tutto estraneo ai processi nazionali di formazione delle norme. La pretesa tras migrazione dei principi dal livello comunitario a quello domestico, quindi, lungi dall’essere — laddove possibile — regolamentata, trova il proprio principale limite nella riserva di legge (art. 23 Cost.), posta anche a tutela della certezza dei rapporti tra Fisco e contribuente<sup>68</sup>. La divergenza delle regole comunitarie fiscali con i principi costituzionali nazionali si fa sempre più stringente al progredire del sindacato della Corte di Giustizia, e l’analisi condotta dalla Corte UE sui principi fondamentali comunitari

---

<sup>67</sup> Cass., sent. n. 25374 del 17 ottobre 2008 (*Part Service S.r.l.*).

<sup>68</sup> GALLO F. *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. Trib.*, n. 2/2006.

diviene gradualmente più penetrante nei confronti degli atti e degli ordinamenti dei singoli Stati membri, sino a sindacare non solo l'esecuzione del diritto comunitario, ma anche tutte le attività interne che interferiscano con esso e con il suo ambito applicativo. In tali fattispecie la difficile comparabilità tra i due sistemi lascia ipotizzare una possibile collisione tra principi, soprattutto laddove gli stessi ricevano una tutela "multilivello".

L'arresto qui esaminato costituisce, di fatto, la prova che l'abuso della forma giuridica (laddove si ritenga esistente) non è da solo sufficiente a qualificare come abusiva la fattispecie: a ben vedere, infatti, la Cassazione qualifica come illecita nella specie non la scelta delle forme giuridiche dei singoli contratti utilizzati dal contribuente, ma il mero risultato del collegamento negoziale tra di essi instaurato. E nel fare ciò, i Giudici di legittimità sembrano proprio ispirarsi ad un'interpretazione funzionale, cercando, per il tramite dell'abuso della forma giuridica, una via per emancipare le norme tributarie antielusive dai vincoli civilistici del rispetto delle forme contrattuali.

Ancora una volta, non è sufficiente l'uso "anomalo" del negozio giuridico o della concatenazione di atti, fatti o negozi, in funzione dell'ottenimento di un risparmio di imposta, a concretare un comportamento abusivo; è necessario invero indagare la natura del vantaggio ottenuto, distinguendo appunto quello meritevole, da quello indebito, cioè contrario ai principi del sistema. Tale ragionamento viene omissso dalla Cassazione, che ritiene idonea a sorreggere l'abuso della forma negoziale la sola irrilevanza delle ragioni economiche sottostanti. Ma spostare il baricentro dell'indagine sul carattere "essenziale" dello scopo fiscale, tralasciando del tutto di considerare l'altro elemento (fondante, nella giurisprudenza comunitaria dello sviamento rispetto alla finalità della norma elusa), significa incentrare il disvalore dell'operazione interamente sui *motivi* per cui essa viene realizzata.

Per un giudizio equilibrato, quindi, non sembrano sussistere dubbi che l'indagine sull'essenzialità della ragione fiscale deve essere affiancata da quella sulla *ratio* della norma applicata dal contribuente (e, dunque, presumibilmente abusata): la concorrenza di entrambi gli elementi nell'indagine dell'interprete consentirebbe, invero, di riportare il tema dell'abuso nell'ambito delle garanzie già esistenti nell'attuale formulazione dell'art. 31-bis, laddove i negozi elusivi vengono definiti come "...*diretti ad aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi indebiti*". Il nostro sistema tributario prevede, come noto, una serie di istituti e di operazioni che, pur perseguendo finalità economiche analoghe a quelle di altri istituti ed operazioni sottoposti a tassazione ordinaria, consentono regimi fiscali di favore, per le più svariate

ragioni; tali discipline fiscali, a carattere sistematico e non meramente temporaneo o agevolativo, hanno nel tempo contribuito a caratterizzare gli stessi istituti giuridici cui si applicano, i quali a loro volta si qualificano in virtù dello schema civilistico che l'ordinamento gli attribuisce.

Ora, se l'ordinamento ha inteso distinguere i regimi impositivi proprio in virtù del tipo legale prescelto dal contribuente, non può facilmente condividersi un ragionamento interpretativo di senso opposto, che cioè fondi sulla sostanza economica delle operazioni (le stesse che il legislatore ha inteso differenziare, sotto il profilo fiscale), di volta in volta messe a confronto, la scelta del loro trattamento fiscale<sup>69</sup>.

L'esclusione delle s.p.a. dal regime catastale di determinazione del reddito agrario è fondata, nel giudizio del legislatore, sulla presunzione (sottesa alla forma giuridica di tale tipologia societaria) che detti soggetti siano per definizione di grandi dimensioni. In tale contesto, quindi, la forma giuridica si surroga ad un giudizio dimensionale effettivo dell'impresa. Appare dunque chiaro che se il legislatore decide di disciplinare due concorrenti regimi di determinazione del reddito, uno analitico-contabile e l'altro catastale, subordinandoli rispettivamente all'adozione di diversi tipi societari, il contribuente che, adeguandosi alle diverse possibilità offerte dal sistema, riveste la propria attività economica di una determinata forma societaria, non sta eludendo la norma tributaria, ma si sta adeguando alle possibilità offerte dal sistema stesso.

Anzi, questo precedente consente di fare un'ulteriore riflessione: la lecita pianificazione fiscale va tutelata anche laddove la scelta della forma giuridica negoziale trovi unica causa nel risparmio fiscale, in assenza di altre ragioni economiche rilevanti. La creazione del fatto impositivo, in funzione delle norme di volta in volta applicabili, è di per sé lecita.

In questo contesto, appare evidente che, porre l'accento sull'abuso delle forme giuridiche, consente all'A.F. di spostare l'attenzione sulla mancanza nell'operazione di apprezzabili ragioni extrafiscali. Infatti, in un'ottica *pro fisco*, non v'è dubbio che l'assenza di valide ragioni economiche connoterebbe l'utilizzo di strutture negoziali anomale o inconsuete, il cui unico fine consiste nel risparmio di imposta. Ma, ancora una volta, non si manca di ribadire che i contratti e, più in generale, tutti gli atti di autonomia negoziale (anche inusuali) costituiscono l'antefatto della fattispecie impositiva, poiché l'imposizione è

---

<sup>69</sup> DEOTTO D., *L'abuso del diritto tributario può essere individuato solo per esclusione*, in *Il fisco* n. 21 del 2014.

applicabile soltanto sulle fonti di reddito giuridicamente qualificate e debitamente manifestate tramite, appunto, la libera scelta dei negozi giuridici.<sup>70</sup>

Adeguandosi all'orientamento della Corte di Cassazione, l'A.F. sta pertanto progressivamente cancellando ogni spazio concettuale residuo tra la nozione di elusione e quella di lecita pianificazione fiscale. L'impressione è che, procedendo di questo passo, l'incertezza dei contribuenti e la poca fiducia nel principio di legalità e nei sistemi di tutela garantiti dall'ordinamento provocherà una vera e propria *empasse* del sistema.

---

<sup>70</sup> CONSOLO G., *I profili sanzionatori amministrativi e penali del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario* n. 39 del 2015.

### 3.2 Profili elusivi del riporto delle perdite nel consolidato fiscale e nella trasparenza.

L'istituto del riporto delle perdite costituisce, nell'ambito del regime dei redditi di impresa, un correttivo introdotto fin dal 1956 alla ripartizione convenzionale della vita del contribuente in distinti periodi di imposta, cui corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma. Art. 25, Legge 5 Gennaio 1956 n. 1 (cd. legge Tremelloni). Il problema del riporto delle perdite si è posto per la prima volta nel sistema tributario italiano in seguito all'abbandono del reddito medio ordinario quale base di commisurazione dell'imposta personale<sup>71</sup>.

Le norme in materia di riporto delle perdite sono state successivamente trasposte nell'art. 112 del D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645, nell'art. 17 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 598 ed, infine, recepite nel previgente art. 102 TUIR (ora art. 84). L'istituto del riporto delle perdite è volto quindi a superare la frammentazione temporale in periodi d'imposta così da addivenire, almeno in via tendenziale, alla tassazione di un reddito imponibile che approssimi quello realizzato dal soggetto passivo nell'arco della sua intera vita.

Il riporto delle perdite trova giustificazione alla luce del principio di capacità contributiva, perseguendo la finalità di evitare l'assoggettamento a imposizione di un reddito imponibile non espressivo della vera forza economica del soggetto e riconnettendosi quindi all'esigenza di effettività del prelievo tributario.

In questa prospettiva, il riporto delle perdite non si configura come un beneficio, ma piuttosto come uno strumento perequativo volto a correggere gli effetti derivanti da un'applicazione incondizionata del principio di autonomia dei periodi d'imposta.

L'esigenza di equità deve tuttavia essere temperata con quella di rapidità nella definizione dei rapporti tributari, nonché con la possibilità di controllo dell'operato dei contribuenti. In linea di principio, invero, se il fine ultimo del legislatore fosse stato quello di ancorare il prelievo al concetto di "reddito effettivo" realizzato dal soggetto nell'arco di tutta la sua vita, non sarebbe stata introdotta alcuna limitazione alla possibilità di riporto delle perdite, consentendosi il riporto senza limiti di tempo sia in avanti (cd. *carry-forward*) che all'indietro (cd. *carry-back*). In ragione delle esigenze suddette, il riporto era circoscritto al solo riporto in avanti, e limitato temporalmente al quinto periodo di imposta successivo a quello di realizzo delle perdite, ad eccezione delle perdite realizzate

---

<sup>71</sup> BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, in *Il fisco* n. 23 del 2015.

nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione, le quali erano riportabili illimitatamente, purché riferite ad una nuova attività produttiva. I commi da 23 a 26 dell'articolo 1 della Legge di bilancio 2019 (Legge numero 145/2018) hanno modificato, con decorrenza dal 2018, la previgente disciplina, essendo ora consentito il riporto delle perdite senza limiti di tempo, in misura non superiore all'80% del reddito tassabile per ogni singolo esercizio. Il riporto delle perdite costituisce una posizione soggettiva riferibile al soggetto passivo e legata esclusivamente alla titolarità di redditi di impresa in capo al medesimo, senza che assuma rilievo in linea di principio il cambiamento della compagine sociale o la modifica dell'attività svolta.<sup>72</sup>

L'introduzione di una norma antielusiva specifica nell'art. 84, comma 3, TUIR, che vieta il riporto delle perdite pur in costanza di soggetto passivo, qualora si verifichi congiuntamente il cambiamento dell'attività esercitata ed il mutamento della compagine societaria di controllo, dimostra che la mera modifica dell'attività rispetto a quella che ha generato le perdite non è assunta a indice sufficiente per negare il riporto. L'art. 173, comma 4, TUIR dispone, infatti, la ripartizione delle posizioni soggettive in proporzione alle rispettive quote del patrimonio netto contabile trasferite o rimaste, salvo il caso di posizioni soggettive connesse specificamente o per insieme agli elementi del patrimonio scisso, che seguono tali elementi presso i rispettivi titolari.

Tra le posizioni soggettive contemplate dall'art. 173, comma 4, TUIR figurano anche le perdite fiscali, che costituiscono posizioni "generiche" da ripartirsi in base al patrimonio netto, e non già in relazione all'insieme di beni da cui promana l'attività generatrice delle stesse. Specularmente, il riferimento all'intero patrimonio netto della società che riporta le perdite è assunto dal legislatore all'art. 172, comma 7, TUIR, quale parametro forfetario che riflette la capacità di reddito prospettica della società, senza operare alcuna distinzione in ragione dell'attività svolta (e quindi senza segmentare il patrimonio netto per enuclearvi la contropartita del ramo aziendale che ha generato le perdite a riporto). Una ulteriore indicazione normativa della riconducibilità delle perdite fiscali all'intero patrimonio, e non già a singoli beni o insiemi di beni, è rinvenibile nell'art. 181 TUIR, in

---

<sup>72</sup> TESAURO T., *Compendio di diritto tributario*, Wolters Kluwer Italia, 2016, pg. 147.

relazione alle fusioni e scissioni transfrontaliere (detto articolo è richiamato anche dall'art. 166, comma 2-bis per il trasferimento di sede all'estero).<sup>73</sup>

Operando in maniera restrittiva rispetto al criterio di delega dettato dall'art. 4, comma 1, lett. a), della legge n. 80/2003, l'art. 118, comma 2, TUIR, dispone che le perdite fiscali realizzate in esercizi anteriori all'opzione per il consolidato fiscale possono essere utilizzate solo dalla società che le ha prodotte, essendone invece preclusa la circolazione all'interno del perimetro di consolidamento. Detta preclusione opera indipendentemente dalla circostanza che le perdite siano maturate in esercizi in cui la società faceva già parte del medesimo gruppo "civile" di appartenenza della società consolidante, posto che il criterio di delega è stato interpretato dal legislatore delegato con riferimento al "gruppo fiscale" e non già al gruppo civile, rendendo l'accesso al consolidato impermeabile alle perdite realizzate nei periodi di imposta precedenti all'opzione, ancorché a fronte di un medesimo assetto societario.

La rigidità di questa scelta normativa — che si basa su una configurazione del reddito imponibile del consolidato (cd. reddito complessivo globale) come una grandezza economica *sui generis*, espressione di una capacità contributiva plurisoggettiva individuata secondo criteri peculiari, ed impermeabile agli accadimenti precedenti e successivi alla vigenza del regime — rivela che il principio espresso dall'art. 118, comma 2, TUIR esaurisce la propria forza precettiva all'interno dello specifico sistema di determinazione del reddito per cui è disegnato, e non è in alcun modo suscettibile di espandersi al di fuori di detto ambito in chiave antielusiva.

In questa prospettiva, l'impermeabilità del consolidato alle perdite ante-opzione, scolpita nell'art.118, comma 2, TUIR, non dovrebbe invadere il campo di applicazione di altre norme che dispongono autonomamente dei limiti alla compensazione intersoggettiva delle perdite pregresse per i casi di aggregazione (diretta o indiretta) tra soggetti giuridici diversi<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> MANONI E., *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in *Diritto e pratica tributaria* n.1/2019, pg. 248.

<sup>74</sup> GALLO F., *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna tributaria*, 2016, p. 837.

Trattasi degli artt. 172 e 173 TUIR, per le fusioni e scissioni e dell'art. 84, comma 3, TUIR, per l'ipotesi di mutamento di controllo e cambiamento dell'attività svolta da una società in perdita.

Invero, il rapporto che si instaura tra le norme succitate e l'art. 118, comma 2 dovrebbe essere inquadrato come rapporto di convivenza e non già di conflitto, cosicché non potrebbe invocarsi una "intrusione" del principio dettato dall'art. 118, comma 2, TUIR nella sfera di operatività delle altre norme per il tramite della disposizione antielusiva del D.P.R. 600/1973. La medesima penalizzazione si avrebbe laddove la "rivitalizzazione" della società in perdita avvenga mediante l'acquisizione del controllo della stessa e la successiva immissione di attività profittevoli, senza tuttavia integrare i presupposti applicativi dell'art. 84, comma 3, TUIR (per la presenza delle condizioni di vitalità di cui alla lett. b) o — ancora a monte — perché la sequenza di operazioni non avviene nell'orizzonte temporale contemplato dalla norma). Anche in tal caso, l'utilizzo delle perdite pregresse della società controllata potrebbe essere inopinatamente negato, argomentando che il travaso di una attività profittevole determina una compensazione delle perdite formalmente intrasoggettiva ma sostanzialmente intersoggettiva, in aggiramento del disposto dell'art. 118, comma 2, TUIR.

In secondo luogo, l'utilizzo dell'art. 118, comma 2, TUIR in chiave antielusiva determinerebbe il disconoscimento delle operazioni di ringiovanimento (c.d. *refreshing*) delle perdite mediante cessioni di beni e prestazioni di servizi infragruppo, con corrispettivi congrui, poste in essere tra società che potrebbero, in alternativa, esercitare l'opzione per il consolidato fiscale, laddove tali operazioni consentano l'utilizzo di perdite pregresse altrimenti non compensabili ai sensi di detta norma<sup>75</sup>.

A questo riguardo, è significativo rilevare che la peculiarità del consolidato ed il conseguente ruolo dell'art. 118, comma 2 soltanto all'interno di detto regime, è stata avvertita dallo stesso legislatore, che nell'individuare l'ambito applicativo della neo introdotta lett. *f-bis*) dell'art. 31-bis, comma 3, del D.P.R. 600/73, lo ha espressamente confinato alle operazioni poste in essere dalle società che abbiano effettivamente aderito al regime del consolidato fiscale, e non genericamente alle società che potrebbero teoricamente fruire di detto regime, in quanto appartenenti al medesimo gruppo societario

---

<sup>75</sup> MICCINESI M., *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. Imp.*, 2004, 483-484.

In terzo luogo, l'invasione di campo da parte dell'art. 118, comma 2, TUIR è suscettibile di vulnerare il principio di unitarietà del periodo di imposta. In conclusione, non appare accettabile l'utilizzo dell'art. 118, comma 2, TUIR alla stregua di una disposizione antielusiva idonea ad individuare un vantaggio tributario, quale debito censurabile, anche al di fuori della determinazione del reddito imponibile del consolidato, posto che l'art. 118, comma 2, TUIR costituisce invece una norma di "sistema", intesa a delimitare ambito di circolazione delle perdite, in coerenza con la peculiare configurazione dell'imponibile di gruppo, quale espressione sintetica di una capacità contributiva plurisoggettiva apprezzata in un'ottica reale e non personale, che scatta e si esaurisce in costanza di esercizio dell'opzione per detto regime, avente appunto carattere volontario e transitorio.

La natura di norma di "sistema" propria dell'art. 118, comma 2, d'altra parte, priva il contribuente della possibilità di ampliare i rigidi confini della libera circolazione delle perdite pregresse mediante lo strumento dell'interpello "disapplicativo" ex art. 37 bis, comma 8, del D.P.R. 600/73 (ad es. invocando che le perdite si sono comunque formate in costanza di appartenenza al "gruppo"), cosicché deve specularmente rigettarsi qualsiasi tentativo di applicare detta norma in danno del contribuente al di là del suo contenuto precettivo.

La conclusione cui si è pervenuti, dovrebbe essere tenuta ferma anche a seguito della più recente teoria di matrice giurisprudenziale dell'abuso del diritto, cui è stato attribuito fondamento costituzionale — in relazione alle imposte sui redditi — dalle Sezioni Unite della Cassazione nelle sentenze nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008.

Infatti, la tesi inizialmente propugnata dalla sezione tributaria della medesima Cassazione (Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772) - richiamata poi anche dalle succitate pronunce delle Sezioni Unite, secondo cui: *"L'ottica dei rapporti elusione/norma legislativa si è così ribaltata e le singole norme "antielusive" vengono invocate non più come eccezioni ad una regola, ma come mero sintomo dell'esistenza di una regola"* dovrebbe essere adeguatamente temperata con una interpretazione costituzionalmente orientata, e quindi rispettosa del principio di riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.<sup>76</sup>

In tale prospettiva, laddove il legislatore abbia autonomamente configurato, mediante norme antielusive specifiche, la propria reazione ai comportamenti elusivi del D.P.R.

---

<sup>76</sup> Cass., Sez. civ. V, 8 aprile 2009, n. 8481.

600/73 (come nel caso di cessione di beni e prestazioni di servizi tra società aderenti al consolidato) non dovrebbe essere consentito sovrapporre ad esse una censura basata sul principio dell'abuso del diritto, in assenza di una norma che traduca detto principio in espresse disposizioni di contrasto.

Infine, alla luce delle considerazioni svolte, neppure può condividersi il principio di diritto recentemente affermato dalla medesima Suprema Corte, in una sentenza avente ad oggetto un'operazione di *sale and lease back* con una società interamente controllata. Detta sentenza ha disconosciuto — sulla scorta della menzionata teoria dell'abuso del diritto elaborata dalle Sezioni Unite — i vantaggi tributari derivanti da una operazione infragruppo, asserendo che anche in ambito fiscale occorre attribuire rilevanza unitaria al gruppo mediante il superamento dello schermo della personalità giuridica delle singole società<sup>77</sup>.

A prescindere dalla non chiarissima prospettazione del caso di specie (in particolare, non è dato comprendere se la società cedente avesse perdite pregresse o di periodo con cui compensare la plusvalenza da cessione) non appare condivisibile l'affermazione dell'unitaria rilevanza del gruppo in ambito tributario, posto che come noto il sistema non attribuisce una distinta soggettività passiva al gruppo ed anzi le peculiarità dei rapporti infragruppo sono di volta in volta prese in considerazione dal legislatore attraverso norme specifiche (quali appunto quelle relative al regime del consolidato o della trasparenza, nonché quelle sul *transfer pricing* o sulle CFC). Infine, alla luce delle considerazioni suesposte, i limiti e le condizioni di cui all'art. 172, comma 7, TUIR non dovrebbero altresì rendersi applicabili con riguardo alle perdite correnti, nel caso di fusione o scissione retrodatata posta in essere tra due società facenti parte del consolidato, secondo quanto ordinariamente previsto dal penultimo comma di detta norma, introdotto dal D.L. 223/06 (tale disposizione vale anche in caso di scissione, in virtù del richiamo operato dall'art. 173, comma 10, TUIR). La preordinazione dell'assetto partecipativo più idoneo ad accedere al consolidato (ad es. acquistando da terzi o infragruppo una partecipazione aggiuntiva, in modo da integrare il requisito del controllo di cui all'art. 117 TUIR, ovvero trasformando in partecipazione diretta una partecipazione indiretta che non sarebbe consolidabile per effetto del cd. demoltiplicatore del controllo, o ancora trasferendo

---

<sup>77</sup> DI SIENA M., *Brevi riflessioni sulla disciplina antielusiva con riguardo alla tassazione di gruppo*, in *Tributimpresa*, 2004, 5 ss.

dall'estero all'Italia la residenza fiscale di una società, o attribuendo le partecipazioni di controllo ad una stabile organizzazione in Italia della capogruppo estera) non è comportamento suscettibile di censure elusive, in quanto esso attiene alla mera fruizione di un regime a carattere opzionale espressamente messo a disposizione del legislatore. Dette operazioni di riorganizzazione societaria, volte a configurare il miglior assetto di gruppo per l'accesso al regime del consolidato (come anche a quello della trasparenza) non possono considerarsi di per sé elusive — sempreché comportino trasferimenti effettivi e non meramente fittizi, cosicché la scelta effettivamente operata, rientra tra le opzioni legittimamente messe a disposizione del contribuente.

Né, sempre in tale ambito, può essere considerata elusiva la modifica della data di chiusura dell'esercizio di una o più società del gruppo, al fine di allinearla a quella della controllante, in modo da permetterne l'ingresso nel consolidato. Tale comportamento appare anzi del tutto coerente con la *ratio* sottesa al requisito del controllo “sin dall'inizio dell'esercizio” di cui all'art. 120, comma 2, TUIR, che è volta ad impedire che confluisca nel reddito complessivo del consolidato il risultato riferibile ad un periodo in cui la società partecipata non era controllata dalla consolidante, posto che la modifica dell'esercizio sociale elimina in radice tale possibilità.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> DORERO A., *Abuso del diritto in attesa di scelta sistematiche*, in *Corriere Tributario* n.2/2019, p.159 e ss.

### 3.3 Il regime della cessione del credito, tra elusione fiscale e “*abuso del diritto*”.

La cessione del credito è il negozio mediante il quale il creditore cedente trasferisce il proprio diritto di credito ad un terzo cessionario. Più in particolare, l’art. 1260 c.c. definisce la cessione del credito come il contratto con il quale il creditore originario trasferisce a titolo oneroso o gratuito un proprio credito ad un’altra persona con l’effetto che il debitore ceduto, invece di dover eseguire la prestazione nei confronti del creditore cedente, è tenuto ad eseguirla nei confronti del cessionario.

La cessione del credito, come negozio, rientra nella categoria degli atti di alienazione. Essa designa, inoltre, la mera vicenda traslativa del credito ossia il trasferimento del credito a titolo particolare tra vivi. La sua fonte può essere negoziale, se ha titolo in un negozio, legale, se ha titolo nella legge, e giudiziale, se ha titolo in un provvedimento giurisdizionale.

La sua caratteristica principale consiste nel trasferimento del solo lato attivo di un rapporto obbligatorio, cioè nel trasferimento del solo rapporto di credito, il quale viene in tal modo reso autonomo rispetto al più complesso rapporto giuridico a cui inerisce. Sotto tale aspetto, la cessione del credito si differenzia rispetto alla cessione del contratto, la quale ha per oggetto il trasferimento di un rapporto contrattuale a prestazioni non ancora eseguite, ossia la complessiva posizione di diritti ed obblighi scaturenti dal contratto<sup>79</sup>.

Se è vero che la cessione del credito genera una modificazione oggettiva del lato attivo del rapporto, è altrettanto vero che la stessa non è in grado di determinare alcuna modifica nel titolo o della fonte del credito, né tantomeno nel contenuto della prestazione che il debitore è tenuto ad eseguire. Come osservato in dottrina, infatti, poiché la nozione di trasferimento implica identità dell’oggetto trasferito, il diritto spettante al cessionario, nuovo creditore, è giuridicamente lo stesso diritto già spettante al creditore originario (ciò comporta, peraltro, il permanere dei diritti accessori e, in particolare, dei diritti di garanzia). Il debitore ceduto deve dunque adempiere l’obbligazione originariamente assunta eseguendo in favore del cessionario la medesima prestazione che, in assenza dell’evento traslativo, avrebbe dovuto rendere nei confronti del creditore cedente. Come è noto, la cessione del credito è disciplinata dal codice civile agli artt. 1260 e seguenti,

---

<sup>79</sup> D. Minossi, *Il rapporto obbligatorio*, Napoli, 2006; C. Nobili, *Le obbligazioni*, Milano, 2001.

ovvero nella parte dedicata alle obbligazioni in generale.<sup>80</sup> Diversamente dal codice abrogato — che ne regolava forma ed effetti nell'ambito delle disposizioni dedicate al contratto di vendita (artt. 1538 ss.) — l'attuale normativa risulta quindi del tutto svincolata dal riferimento ad un predeterminato tipo causale.

Il codice vigente, infatti, disciplina in generale la cessione come atto di alienazione del credito — ossia quale atto che comporta il trasferimento di un particolare “oggetto” (il credito) — senza individuare il tipo contrattuale nel cui ambito essa deve avere esecuzione. Tale disciplina, pertanto, deve essere integrata con quella che attiene allo schema causale nel quale di volta in volta si inserisce l'atto di cessione. Infatti, conformemente al principio generale del nostro ordinamento, che annovera la causa quale elemento essenziale del contratto, deve ritenersi che anche la cessione del credito è un negozio causale — e cioè un negozio che a pena di nullità deve perseguire un interesse meritevole di tutela — e questo interesse si identifica nella realtà di ogni singola operazione. Se la cessione del contratto richiede il consenso della parte ceduta, in ragione del fatto che essa comporta la sostituzione della parte tenuta all'esecuzione del rapporto, tale consenso non è invece di regola necessario per la cessione del credito atteso che, avendo ad oggetto il trasferimento di una mera pretesa creditoria, è normalmente indifferente per il debitore ceduto eseguire la prestazione nei confronti di un nuovo avente diritto in luogo di quello originario. Il codice civile pertanto, all'art. 1260, sancisce espressamente il principio della libera circolazione dei crediti, statuendo che il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito anche senza il consenso del debitore (salvo che il credito abbia carattere strettamente personale o che sussista un divieto legale o negoziale di cessione).<sup>81</sup> La cessione del credito è un contratto a causa variabile ossia un negozio a struttura incompleta da definire in ragione dell'interesse che di volta in volta è chiamato a realizzare, secondo la volontà delle parti contraenti. Così, ad esempio, si può avere una cessione di credito con causa di compravendita o permuta laddove lo schema negoziale adottato preveda lo scambio del diritto di credito contro un corrispettivo in denaro o in natura: una cessione del credito con causa di donazione, laddove il trasferimento a titolo gratuito ed in presenza *dell'animus donandi*; ed ancora, può essere effettuata a titolo di

---

<sup>80</sup> C.M. Bianca, *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1992

<sup>81</sup> INGRAO G., *La cessione di crediti prò solvendo tra valenze e svalutazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 129 ss.

pagamento di obbligazione preesistente o con funzione di garanzia. Il nodo principale della questione riguarda la quantificazione del differenziale tra il valore nominale o di acquisizione dei crediti e il corrispettivo conseguito in occasione della loro acquisizione da parte dei soggetti esercenti attività d'impresa. L'Amministrazione finanziaria <sup>82</sup> e la giurisprudenza <sup>83</sup> — oltre che una parte della dottrina <sup>84</sup> — ritengono che tale differenziale sia ascrivibile alla nozione di “perdita su crediti” e sia pertanto riconducibile entro la sfera di operatività dell'art. 101, comma 5 del Tuir, che — come è noto — nega la deducibilità di tali componenti negativi di reddito ogniqualvolta difettino gli “elementi certi e precisi” ivi richiesti a riprova della sostanziale inesigibilità dei crediti cui ineriscono; fatta salva l'ipotesi in cui il debitore stesso risulti assoggettato ad una delle procedure concorsuali che presuppongono l'accertamento giudiziale, in capo ad esso, dello stato di insolvenza, nel qual caso la deducibilità spetta per presunzione di legge. L'art. 101, comma 5 del TUIR stabilisce espressamente che: “Le perdite di beni di cui al comma 1, commisurate al costo non ammortizzato di essi, e le perdite su crediti sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e in ogni caso, per le perdite su crediti, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali. Ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi”.

In realtà, sia l'Amministrazione finanziaria che la giurisprudenza hanno ripetutamente affermato che tali differenziali si qualificano come perdite su crediti, ma non hanno mai lasciato intendere che tale conclusione fosse il risultato di un'analisi “completa” della questione interpretativa sottostante. In particolare, dall'esame della giurisprudenza che si è occupata dell'argomento sembra emergere che tale scelta sia stata dettata più dall'esigenza di far fronte, in sede giudiziale, a situazioni di “sospetta” elusività dei casi

---

<sup>82</sup> Cfr., R.M. 13 marzo 1982, n. 9/634 e Agenzia delle Entrate. Risoluzione 29 febbraio 2008, n. 70.

<sup>83</sup> Cass., 6 aprile 2000, n. 13181; Cass., 20 novembre 2001, n. 14568; Cass., 23 maggio 2002, n. 7555 e Cass., 30 gennaio 2006, n. 5357.

<sup>84</sup> FIORENTINO S., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*. in *Dir. Prat. Trib.*. 1997, I, 1499.

prospettati che dalla reale volontà di addivenire ad una corretta classificazione della fattispecie<sup>85</sup>. In tali occasioni, infatti, sembra che la Corte, non potendo accertare l'antigiuridicità del comportamento posto in essere dal contribuente attingendo a specifiche posizioni antiabuso — o perché non ancora vigenti, o perché estranee al *thema decidendum*, come delineato dalle parti nel corso del giudizio — abbia voluto conseguire comunque tale risultato, e per far ciò, abbia dovuto ripiegare sull'applicazione di un regime tributario (quello di cui all'art. 101, comma 5 del Tuir) che consente deduzione di determinati componenti negativi di reddito a condizioni diverse, e generalmente più gravose, rispetto a quelle di regola richieste dal Tuir per la deduzione dei componenti reddituali di matura negoziale.

Quella parte della dottrina che assimila i differenziali negativi derivanti dalla cessione dei crediti alle perdite su crediti di cui all'art. 101, comma 5 del TUIR ha invece motivato tale scelta sulla base di due principali argomenti. Il primo deriva dall'interpretazione letterale della disposizione ivi contenuta, in cui “le perdite sui crediti” sono menzionate in via autonoma rispetto alle “perdite di beni di cui al comma 1” ossia alle perdite relative ai beni che, in caso di realizzo, sono idonei a generare minusvalenze patrimoniali. Il secondo — e forse più incisivo — è invece ricavabile dalla lettura delle disposizioni contenute all'art. 106, commi 2 e 5 del TUIR, in cui si opera un raccordo tra le svalutazioni dei crediti e le perdite su crediti, e non invece tra le svalutazioni dei crediti e le minusvalenze patrimoniali su crediti; e ciò nonostante le esigenze sottostanti la prima ipotesi menzionata e, cioè, la svalutazione seguita da perdita, ricorrono anche nella seconda, ossia la svalutazione seguita da minusvalenza. Secondo la dottrina citata, pertanto, a voler ricondurre i crediti tra i beni di cui all'art. 101, comma 1, del TUIR non si spiegherebbe né il motivo della distinta indicazione delle perdite su crediti nel comma 5 dello stesso articolo, né l'omesso coordinamento tra il fenomeno del realizzo delle minusvalenze, previsto all'art. 101, comma 1 e quello delle svalutazioni di cui all'art. 106 del TUIR<sup>86</sup>. Il legislatore ha consentito la deducibilità di taluni componenti negativi di reddito relativi ai crediti — le *perdite* appunto — soltanto al ricorrere di elementi idonei ad attribuire loro un particolare grado di certezza non coincidente con l'ordinario livello

---

<sup>85</sup> BEGHIN M., *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione dell'esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018, pg. 264.

<sup>86</sup> CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Cedam 2007, pg. 164.

di obiettività richiesto per la deducibilità degli oneri di fonte negoziale o, comunque, obbligatoria.

La ragione di tale previsione sta nel fatto che le perdite su crediti non sono il risultato, in termini reddituali, di un negozio giuridico capace di creare obbligazioni corrispettive, e quindi certe nell'*an* e nel *quantum*, tra soggetti distinti, ma il frutto di una stima, o di una valutazione che dir si voglia, operata dal redattore del bilancio nell'esercizio della discrezionalità attribuitagli dalla disciplina contabile, in cui — come è noto - il legislatore del TUIR non ripone pieno affidamento. Nel disporre che “i ricavi, le spese e gli altri componenti di cui nell'esercizio di competenza non sia ancora certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare concorrono a formarlo nell'esercizio in cui si verificano tali condizioni”, l'art. 109, comma 1 del Tuir determina un evidente disallineamento tra i criteri di rilevazione contabile dei componenti negativi di reddito e le regole che consentono di attribuire loro rilevanza anche ai fini fiscali. All'esigenza di certezza, che normalmente ispira le norme relative alla quantificazione dell'obbligazione tributaria, si contrappone infatti l'interesse del legislatore del codice civile a ch  il bilancio di esercizio venga redatto secondo “prudenza” ossia, attribuendo evidenza reddituale anche a quei costi od oneri il cui sostenimento, seppur ancora incerto e/o non obiettivamente determinabile alla data di chiusura dell'esercizio, risulti tuttavia probabile in virt  di una serie di valutazioni di tipo discrezionale. Ed   proprio su tale divergenza di intenti, inoltre, che si basa il generale principio secondo il quale componenti reddituali aventi natura valutativa — ossia incerti nell'*an* e non obiettivamente determinabili nel *quantum*, in quanto non fondati su un obbligo contrattuale o legale — concorrono alla determinazione del reddito imponibile solo se, e nella misura in cui, ci  sia espressamente previsto da parte di specifiche disposizioni del TUIR<sup>87</sup>.

Fatta tale doverosa considerazione di tipo generale, occupiamoci nello specifico dei componenti reddituali relativi ai crediti.

Tali componenti, intesi nella loro dimensione patrimoniale, possono essere di duplice natura e, ci , il frutto di un evento rilevante che determina la perdita della titolarit  del reddito, oppure il risultato di una valutazione discrezionale finalizzata all'esposizione del

---

<sup>87</sup> TABELLINI P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007.

credito in bilancio al “valore di presumibile realizzo”, che presuppone, al contrario, la permanenza del relativo diritto all’interno del patrimonio aziendale<sup>88</sup>.

La prima categoria di componenti reddituali non pone particolari problemi di coordinamento tra i principi civilistici della prudenza e della competenza ed il principio recato all’art. 109 del Tuir della generale indeducibilità dei costi determinati in base a stime: l’esistenza di un dato certo, quale può essere ad esempio il corrispettivo di cessione, consente infatti di fornire una rappresentazione veritiera e corretta degli aspetti reddituali e patrimoniali di questo tipo di operazioni e costituisce, al contempo, la prova, “sindacabile da parte dell’autorità finanziaria, dell’avvenuto concorso di un determinato costo alla formazione del reddito dell’impresa. Segnatamente, la cessione onerosa del credito determina, da un lato, una variazione della composizione del patrimonio aziendale (denaro o altri beni e/o diritti in luogo del credito) e, dall’altro, ove vi sia differenza tra valore nominale o di acquisto del credito e corrispettivo pattuito, la rilevazione in conto economico di un componente negativo di reddito giuridicamente certo. Il contrasto all’utilizzo elusivo della cessione del credito dovrebbe avvenire esclusivamente tramite il ricorso all’art. 37-bis del D.P.R. 600/1973, che ricomprende tale operazione tra quelle il cui utilizzo consente l’attivazione della norma generale antielusiva ivi prevista. Non dovrebbe esserci spazio, invece, per l’applicazione del principio di matrice giurisprudenziale dell’“abuso del diritto” in quanto, ammettendo la coincidenza tra gli elementi che connotano la fattispecie elusiva di cui all’art. 37-bis e quelli che caratterizzano la condotta di abuso del diritto, la coesistenza tra i due strumenti dovrebbe essere definita a livello di settori dell’ordinamento tributario ipotizzando “che, nelle imposte coperte dall’art. 37-bis, l’applicazione del principio sia da escludere, quanto meno a partire dall’entrata in vigore della disposizione”<sup>89</sup>.

A nulla varrebbe, peraltro, sostenere l’elusività dell’operazione asserendo, ad esempio, che all’epoca della cessione il credito trasferito non mostrava alcun segno di sofferenza. Sarebbe comunque insensato, infatti, invocare la presenza di un indebito vantaggio tributario in relazione a fattispecie in cui la riduzione dell’onere impositivo — ottenuta, nel caso di specie, tramite la deduzione di un costo — rappresenti la mera conseguenza

---

<sup>88</sup> PICCONE FERRAROITI P., *Riflessioni sulla norma antielusione introdotta dall’art. 7 del D.P.R. n. 358/97 (art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973)*, in *Rass. trib.*, 1997, 1147.

<sup>89</sup> TESAURO F., *Riporto delle perdite e la incostituzionalità*, cit., 6.

di un negozio giuridico che ha generato effetti economici negativi “reali” in capo all’impresa; sarebbe altrimenti come sostenere che un individuo provochi a se stesso delle ferite al solo scopo di trarre sollievo dalle successive medicature, laddove il “sollievo” equivale al risparmio d’imposta! Ed invero, anche se volgessimo l’attenzione nei confronti del cessionario, per verificare la sussistenza di eventuali salti d’imposta, ci troveremmo dinanzi ad una situazione speculare rispetto a quella rilevata in capo al cedente: l’integrale riscossione del credito, infatti, non farebbe altro che sancire, per il cessionario, la definitiva “chiusura” di un’operazione economicamente vantaggiosa che determina l’emersione di un componente positivo di reddito, tendenzialmente pari all’onere subito dal cedente, che, alla stregua di quest’ultimo, concorre alla determinazione del reddito d’impresa.

Lo stesso dicasi, peraltro, per le cessioni aventi ad oggetto crediti di fatto inesigibili effettuate a valore di libro o per un valore eccedente quello di presumibile realizzo. In tali ipotesi, infatti, se l’impresa cedente trae un evidente vantaggio economico dall’operazione, che si riflette in maniera coerente sul suo risultato imponibile, il cessionario subisce invece un danno patrimoniale che viene soltanto attutito tramite la deduzione (fisiologica) del relativo onere<sup>90</sup>.

Diverso, invece, è il caso in cui gli effetti reddituali positivi e negativi della cessione onerosa del credito si annullino a vicenda sotto il profilo economico, essendo entrambi ascrivibili ad un medesimo centro di imputazione di interessi economici, quale, ad esempio, il gruppo di imprese a cui fanno capo sia il cedente che il cessionario. Se la si osserva sotto questa prospettiva, infatti, la cessione del credito può essere definita come un’operazione “economicamente” circolare — e, cioè, neutrale sotto il profilo reddituale — che, consentendo in maniera piuttosto agevole il trasferimento intersoggettivo di materia imponibile, potrebbe rivelarsi, in assenza di valide ragioni economiche, uno strumento particolarmente efficace per il conseguimento di vantaggi tributari indebiti. In altri termini, se facessimo riferimento al gruppo di imprese quale destinatario finale dei risultati complessivamente ritraibili dalla cessione del credito, potremmo probabilmente qualificare come “indebiti” alcuni di quei vantaggi tributari che in capo a soggetti contraenti indipendenti non potrebbero essere considerati tali; a condizione, ovviamente che la cessione non si fondi su motivazioni economiche ulteriori rispetto al

---

<sup>90</sup> MICHELUTTI R., Riflessioni a margine della nuova disciplina sul riporto delle perdite, in Riv. Dir. Trib., 1998, 630.

conseguimento di un mero vantaggio d'imposta. Sebbene non possa ritenersi *in astratto* riconducibile a fattispecie di abuso della disciplina fiscale, la cessione onerosa del credito può comunque essere impiegata nell'ambito di operazioni che nel complesso conducono all'ottenimento di indebiti vantaggi tributari. Tuttavia, per contrastare tali fenomeni, non è necessario agire sul piano dell'interpretazione delle norme che regolano la deducibilità dei componenti negativi di reddito, essendo invece sufficiente, e forse sistematicamente più corretto, il ricorso alle norme di contrasto all'elusione fiscale espressamente previste dall'ordinamento.

## CAPITOLO IV: L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO TRIBUTARIO NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

### 4.1 Il leveraged cash out e l'abuso del diritto.

Il problema della liceità del *leveraged buy out*, sollevato dieci anni orsono da autorevole dottrina<sup>91</sup>, è tornato alla ribalta negli anni più recenti, con ampia risonanza, per effetto di una sentenza della quinta sezione penale della Corte di Cassazione del 2000, che fa seguito ad una meglio motivata sentenza del Tribunale di Milano, dell'anno precedente<sup>92</sup><sup>93</sup>; entrambe le decisioni affermano l'illiceità, a determinate condizioni, del *leveraged buy out*. In particolare, da una parte, i giudici milanesi, affermando che in linea di principio le operazioni di *leveraged buy out* sono in frode al divieto di assistenza finanziaria, sono andati a ricercare l'esistenza di una logica imprenditoriale dietro la fusione nell'ambito di un'operazione di *merger leveraged buy out*, per affermarne, *nel caso concreto*, la liceità; dall'altra parte, la sentenza della Corte di Cassazione contiene affermazioni, che si risolvono in mere petizioni di principio, contrarie alla liceità delle operazioni di *leveraged buy out* nel nostro ordinamento.

I giudici italiani, quindi, ripropongono all'attenzione degli operatori e degli studiosi del diritto commerciale il problema della liceità delle operazioni di acquisizione di società, realizzate mediante *leveraged buy out*. Nonostante le due sentenze sopra citate, in Italia si continua a fare grande uso del (*merger*) *leveraged buy out*, quale strumento per procedere ad operazioni sia di *private equity* sia di acquisizione di società quotate. Il

---

<sup>91</sup> MORELLO U., *Il problema della frode alla legge rivisitato (fusioni per prevalenti scopi fiscali, leveraged buy-outs e management buy-outs)*, in AA.VV., *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni di comodo: tra autonomia e controllo*, Milano, 1990, p. 17.

<sup>92</sup> Cass. Pen., sez. V, 4 febbraio 2000 - D'ANDRIA, in *Le Società*, 2000, p. 711, *Liceità del «merger leveraged buy out»?*; in *Corr. Giur.*, 2000, p. 745, con nota di commento di P. SCHLESINGER, *Leveraged buy out: un'apparente presa di posizione della Cassazione penale*; in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 7 del 17 aprile 2000, con nota di R. PALMIERI.

<sup>93</sup> Trib. Milano, 13 maggio 1999, cit., con nota di commento di M.S. SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e «leveraged buy out»*, in *Le Società*, 2000, p. 75. La sentenza può essere letta anche in *Giur. it.*, 1999, p. 2105, con nota di commento di P. MONTALENTI, *Leveraged buy out: una sentenza chiarificatrice*, *ivi*, p. 2106.

*merger leveraged buy out* ha avuto ampio sviluppo anche alla luce degli evidenti vantaggi fiscali che la fusione comportava; vantaggi che oggi sono stati annullati dai più recenti provvedimenti legislativi. Infatti, nel vigore dell'art. 123 del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, il disavanzo di fusione, che veniva «spalmato» sui beni della società *target* incorporata, rivalutandone il valore nel bilancio della società incorporante, non comportava alcuna plusvalenza tassabile (la disciplina in esame trovava, naturalmente, applicazione in relazione a qualsiasi fusione, e, quindi, anche in relazione alle fusioni nell'ambito di un *leveraged buy out*). Negli anni '90, peraltro, vi sono stati due interventi legislativi che hanno neutralizzato il vantaggio fiscale delle fusioni. Da una parte l'art. 10 della legge n. 48 del 1990 ha introdotto una norma antielusiva, autorizzando l'amministrazione finanziaria a disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione perfezionate al solo scopo di eludere l'applicazione di imposte. Dall'altra parte, con l'art. 27 della legge n. 724 del 1994 ha introdotto il principio della «neutralità fiscale» della fusione, escludendo l'utilizzabilità del disavanzo di fusione per rivalutare cespiti sociali in franchigia di imposta.<sup>94</sup>

Tralasciando gli innumerevoli casi di acquisto dell'intero capitale di società con ristretta base societaria (laddove, per la natura stessa dell'operazione, fino all'eventuale momento patologico del fallimento della società acquisita, è minimale il rischio di soggetti che possano contestarne la validità, soprattutto oggi che è venuto meno il preventivo controllo di legittimità del giudice, prima operato nella fase dell'omologa della fusione), è noto che ben più rilevanti operazioni di acquisizione di società quotate effettuate in tempi recenti sono state eseguite “alla luce del sole” *traslando* il costo dell'acquisizione sulla società acquisita, alla presenza di silenti soci di minoranza e di accondiscendenti organi di controllo. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla privatizzazione di SEAT Pagine Gialle S.p.A., avvenuta nel 1998 ed alla privatizzazione della seconda *tranche* di Aeroporti di Roma S.p.A., avvenuta nel 2000. In primo luogo appare necessario un chiarimento terminologico. Infatti, tutta la dottrina è concorde nel ritenere che sotto l'etichetta di «*leveraged buy out*» sono spesso catalogate operazioni di acquisizione societaria molto differenti tra loro, sia per struttura finanziaria sia per le forme giuridiche attraverso le

---

<sup>94</sup> MARASCO F., «*Leveraged*» e «*Management buy out*»: operazioni lecite, operazioni in frode e funzioni del notaio, in *Notariato*, 1996, p. 159.

quali l'acquisizione viene perfezionata<sup>95</sup>. Con il termine *leveraged buy out* si definisce un'operazione mediante la quale una società — solitamente costituita *ad hoc* («*newco*»), ma può anche trattarsi di una società già esistente ed operativa — acquista (l'acquisizione viene, a volte, definita nel linguaggio anglosassone « *buy out* ») una partecipazione totalitaria o di controllo di un'altra società (società-bersaglio o «*target*»); tale acquisto viene finanziato in (minima) parte con capitale proprio di *newco* ed in (massima) parte ricorrendo a finanziamenti erogati da terzi (c.d. « effetto leva », o « *leverage* »).

Con il termine «leva finanziaria», quindi, si intende il rapporto tra l'indebitamento totale e le attività totali di una società. A seguito dell'acquisizione, il patrimonio della società *target* viene utilizzato dalla società acquirente per garantire o rimborsare il debito da essa contratto per procedere all'acquisizione stessa. La finalità dell'operazione di *leveraged buy out* è, quindi, in estrema sintesi, quella di procedere all'acquisto di una società con l'utilizzo di risorse finanziarie prestate da terzi e di «traslare» sulla società *target* l'indebitamento contratto dalla *newco* per l'acquisizione del capitale di *target*. L'acquisto, quindi, avviene facendo leva sulle capacità di indebitamento della società *target*<sup>96</sup>. In definitiva questa tecnica societaria-finanziaria consente l'acquisizione del controllo di una società senza sopportarne il costo, che viene addossato e sopportato dall'assetto patrimoniale finanziario della stessa società acquisita.

L'operazione di *leveraged buy out* può assumere varie forme, ed, in particolare, la prassi statunitense (dove il *leveraged buy out* è nato) è ricca di tipologie. La variante più comune è costituita dal *management buy out*, che consiste in un'operazione di *leveraged buy out* nella quale l'iniziativa dell'acquisizione è promossa dai *managers* della società *target*, i quali si propongono di acquisire la società nella quale operano, assommando al ruolo di *manager* quello di imprenditore/proprietario. Nelle ipotesi più frequenti di *management buy out* vi è l'intervento, nel capitale della *newco* che procede all'acquisizione, di investitori istituzionali o *venture capitalists*, stante la naturale ridotta disponibilità

---

<sup>95</sup> PARDOLESI R., *Leveraged Buyout: una novità a tinte forti (o fosche?)*, in *Giur. Comm.*, 1989, I, p. 402; A. FRIGNANE, *Il Leveraged Buy-Out nel diritto italiano*, in *Giur. Comm.*, 1989, I, p. 419. Cfr. anche A. MORANO, *Liceità o illiceità del leveraged buy-out?*, in *Le Società*, 1992, p. 885.

<sup>96</sup> GOMMELLINI A., *Le operazioni di Leveraged buy-out di fronte al diritto italiano delle società (conflitto di interessi tra socio e società, operazioni della società sulle proprie azioni, frode alla legge)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1989, I, p. 161.

finanziaria dei *managers*. Le varianti e le forme sotto le quali il leveraged buy out può presentarsi sono dunque molteplici: si deve però sottolineare come tutte le fattispecie empiriche presentino un elemento comune costituito dalla traslazione del costo dell'acquisizione sul patrimonio della società acquisita.<sup>97</sup>

La caratteristica del L.B.O. è proprio quella di fare leva sulla capacità di indebitamento della società oggetto dell'acquisizione, confidando sulle sue risorse finanziarie e sulla sua potenzialità a generare profitti e liquidità nel futuro. In termini «atecnici» può dirsi che con il *leveraged buy out* un soggetto acquista una società senza pagare di tasca propria, bensì facendo pagare il costo dell'acquisizione alla società stessa.

In primo luogo, l'acquisizione caratterizzata dal ricorso alla leva finanziaria viene realizzata mediante costituzione, da parte dei soggetti interessati all'operazione, di una nuova società (*newco*) all'unico scopo di procedere all'acquisizione del controllo della società bersaglio. È certo possibile che l'operazione di acquisizione, con ricorso all'indebitamento, sia effettuata da una società già esistente ed operativa. In tal caso, anche chi è in linea di principio contrario al *leveraged buy out*, afferma la liceità dell'operazione così considerata<sup>98</sup>. Al fine di evitare gli ostacoli giuridici previsti dall'art. 2361 c.c., che recita: L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo». La norma intende vietare che la società, attraverso l'assunzione di partecipazioni, modifichi il proprio programma economico, senza passare attraverso una formale deliberazione dell'assemblea straordinaria. L'oggetto sociale della nuova società dovrà essere corrispondente a quello della società bersaglio, con espressa indicazione che la relativa attività potrà essere svolta anche attraverso la partecipazione in altre società, in quanto un suo mutamento darebbe diritto ai soci dissenzienti di recedere dalla società.<sup>99</sup> La corrispondenza degli oggetti sociali di *target* e di *newco* è anche opportuna in vista della successiva fusione. In caso di uguaglianza degli oggetti sociali, infatti, la fusione della

---

<sup>97</sup> MONTALENTI P., *Il leveraged buy out*, cit., p. 21,

<sup>98</sup> MONTALENTI P., *Il leveraged buy out*, cit., p. 130.

<sup>99</sup> GRIPPO G., *Il recesso del socio*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. COLOMBO E G.B. PORTALE, 6 ed., Torino, 1993, p. 133.

prima nella seconda non comporterà una modifica dell'oggetto sociale di nessuna delle due società; e, pertanto, nessun socio dissenziente avrà diritto di recedere dalla società, ai sensi dell'art. 2437 c.c. (articolo applicabile, secondo l'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, in tutti i casi in cui vi siano soci dissenzienti dalle deliberazioni che abbiano come *conseguenza* — e non soltanto come *oggetto* — il cambiamento dell'oggetto sociale, e, quindi, anche nei casi in cui il mutamento dell'oggetto sociale sia una conseguenza di una delibera di fusione) . L'art. 2437 c.c. così recita: « I soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, secondo il prezzo medio dell'ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio».<sup>100</sup>

Comunque, il mutamento dell'oggetto sociale, indirettamente derivante dalla fusione, dovrebbe essere « sostanziale », per permettere ai soci dissenzienti di recedere dalla società. Nella struttura tipica di *leveraged buy out*, la *newco* è una scatola vuota, senza *assets* propri. Il capitale di rischio, apportato dai soci della *newco*, è ridotto al minimo. Mediamente la quota di capitale rappresenta il 20/35% dell'intera somma necessaria per procedere all'acquisizione. Ma, come si può intuire, non esistono regole, né giuridiche né economiche, relative al corretto rapporto tra debito e capitale della società utilizzata per l'acquisizione. Saranno i soggetti interessati all'acquisizione (i soci di *newco*) e le banche finanziatrici a negoziare, sulla base della situazione patrimoniale di *target* e della capacità finanziaria dei primi, il corretto rapporto di indebitamento<sup>101</sup>. Successivamente alla sua costituzione, la *newco* contrae un prestito con gli enti finanziatori . Il finanziamento viene erogato per procedere al pagamento del corrispettivo delle azioni di *target*. Si tratta, pertanto, di un mutuo di scopo: l'utilizzo per altri fini delle somme date a mutuo costituisce inadempimento del debitore agli obblighi assunti con il contratto di finanziamento.

Nella prassi, il contratto di finanziamento viene stipulato poco prima di procedere alla stipula del contratto di acquisizione delle azioni di *target* ovvero prima di procedere la

---

<sup>100</sup> GRIPPO G. , *Il recesso del socio*, cit., p. 166.

<sup>101</sup> SPOLIDORO M. S., in A. Serra e M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 92.

lancio dell'offerta pubblica di acquisto delle azioni di *target*, nell'ipotesi in cui quest'ultima sia quotata e l'acquisizione avvenga mediante opa<sup>102</sup>. L'erogazione del finanziamento (*draw-down*) avverrà contestualmente al *closing* della compravendita ovvero al momento del regolamento del corrispettivo dell'opa.

Naturalmente, la struttura del finanziamento potrà variare a seconda della misura dell'erogazione finanziaria necessaria per procedere all'acquisizione.

Il prestito potrà venire effettuato attraverso, alternativamente, un unico finanziamento a medio-lungo termine, che preveda già l'ipotesi dell'acquisizione di *target* e della fusione per incorporazione della stessa in *newco* (in questo caso, il contratto di finanziamento conterrà, da una parte, il consenso preventivo delle banche alla fusione, e, dall'altra, la previsione che, a seguito della fusione, la garanzia verrà estesa ai beni patrimoniali di *target*, già individuati nel contratto di finanziamento).

In alternativa, il prestito potrà venir concesso attraverso un finanziamento a breve termine (mediamente un anno) che presuppone — senza fame espressa menzione nei documenti contrattuali — il rimborso del medesimo finanziamento successivamente al rifinanziamento, che verrà erogato a seguito della fusione di *target* in *newco*. Il rifinanziamento sarà a lungo termine e sarà garantito dai beni di *target*, che al momento di tale nuovo finanziamento saranno divenuti parte del patrimonio di *newco*, per effetto della fusione. Questa ipotesi (finanziamento a breve termine che nulla prevede in ordine alla fusione e successivo rifinanziamento post-fusione) è stata introdotta nella prassi a seguito di quella corrente dottrinale supportata dalle più recenti decisioni giurisprudenziali che hanno espresso non poche perplessità in ordine alla liceità delle operazioni di *leveraged buy out*. In particolare, vi è il timore che prevedere in un unico contratto di finanziamento tutti i passaggi dell'operazione di *leveraged buy out* (acquisizione, fusione, costituzione delle garanzie), esplicitando il collegamento funzionale di tutti i negozi posti in essere, indebolisca la struttura in sé ed incrementi i rischi di impugnativa da parte dell'autorità giudiziaria, evidenziando il «disegno unitario» dell'acquirente: sarebbe, infatti, documentalmente provata, in quest'ottica, l'intenzione dell'acquirente di «traslare» sulla società *target* il debito contratto per procedere all'acquisizione e la conoscenza di tale intento da parte dei soggetti finanziatori. Pertanto, poiché secondo una corrente di pensiero la struttura così congegnata potrebbe essere in violazione del divieto di assistenza finanziaria, si introducono “ostacoli” al fine di rendere più difficile una lettura

---

<sup>102</sup> M. IRTI, *Intervento*, in *Dir. fall.*, 1990, I, p. 698.

unitaria della serie di atti che vengono posti in essere tra le parti per attuare il *leveraged buy out*<sup>103</sup> Nella prassi, al fine di eliminare il nesso logico che lega le singole fasi dell'operazione di *leveraged buy out*, si è soliti separare il momento del finanziamento in due fasi: una prima fase, anteriore alla fusione, nella quale il finanziamento viene effettuato nei confronti di *newco*, la quale, oltre alle azioni in *target* che vengono acquistate con le somme erogate, non ha un proprio patrimonio da presentare a garanzia del finanziamento stesso; una seconda fase, successiva alla fusione di *target* in *newco*, dove la « nuova » *newco* potrà garantire il nuovo finanziamento con i beni patrimoniali già appartenuti a *target* e trasferiti nel patrimonio di *newco* per effetto della fusione per incorporazione. Le due fasi sono giuridicamente « scollegate », e non vi è certezza, allorché si stipula il *primo* finanziamento, che esso verrà ripagato soltanto dopo aver stipulato il *secondo* finanziamento.

Orbene, con l'insieme delle somme ricevute dagli enti finanziatori e del capitale di rischio immesso dai soci, la società acquirente — *newco* — procede all'acquisizione (solitamente della totalità o della maggioranza) del capitale della società bersaglio — *target* — ed al pagamento del relativo corrispettivo.

A seguito dell'acquisizione di *target* da parte di *newco*, le due società procedono alla fusione; per effetto della fusione la società incorporante assume i diritti e gli obblighi della società incorporata, ai sensi dell'art. 2504-bis, c.c.. Poiché nella tipica struttura di *leveraged buy out* la società *newco* acquista la maggioranza del capitale sociale di *target*, la delibera di fusione è evento certo già all'inizio dell'intero procedimento, atteso che i soci di minoranza non potranno opporsi alla relativa delibera. Solitamente nella prassi la fusione avviene per incorporazione di *target* in *newco*; di talché le azioni di *target* acquistate da *newco* vengono annullate per effetto della fusione e vi è una commistione dei patrimoni di *target* e *newco*. Quindi, lo stato patrimoniale di *newco*, che prima della fusione conteneva all'attivo solo la partecipazione in *target*, ed al passivo il debito contratto per procedere all'acquisizione ed il capitale sociale (più riserve), si ritroverà, per effetto della fusione, ad avere, all'attivo tutto il patrimonio già di *target*, ed al passivo, oltre al passivo patrimoniale di *target*, anche il debito contratto per procedere all'acquisizione.

---

<sup>103</sup>PICONE L. G. *Le modifiche al regolamento Consob n. 11971/99 in tema di opa*, in *Le Società*, 2000, p. 1009.

Per effetto della fusione, poi, vi sarà, con molta probabilità, un disavanzo di fusione, che, secondo i principi contabili, potrà essere imputato ad avviamento ovvero « spalmato » sui singoli beni patrimoniali di *target*, mediante rivalutazione degli stessi, rispetto al valore indicato nei libri contabili di *target* stessa.<sup>104</sup> La fusione di *target* in *newco* si presenta come strumento di fondamentale rilevanza, nel caso in cui *target* sia una società quotata, e l'acquisizione effettuata da *newco* sia finalizzata al c.d. «*deslisting*» della società stessa. La rilevanza della fusione nasce dal fatto che il nostro ordinamento non permette ad una società quotata di decidere volontariamente di essere esclusa dalla quotazione. È anche possibile che la fusione avvenga per incorporazione di *newco* (società acquirente-controllante) in *target* (società acquisita- controllata). Varie sono le ragioni per le quali la strada della fusione c.d. «inversa» possa venir preferita tra le parti.<sup>105</sup> Si pensi all'ipotesi in cui la società *target* sia titolare di rapporti non trasmissibili, ovvero trasmissibili soltanto a seguito di consenso di terzi (ad esempio, nel caso di una società concessionaria di un pubblico servizio, ovvero nel caso di fusione nell'ambito della legge sui lavori pubblici, laddove è necessario il consenso dell'Autorità concedente o appaltante): è chiaro che, mentre la fusione di *target* in *newco* dovrebbe essere subordinata al consenso del terzo avente diritto, pena la perdita del rapporto non trasmissibile, nel caso inverso, di fusione di *newco* in *target*, non vi è necessità di alcun consenso di terzi, atteso che *target* mantiene la propria personalità giuridica senza modifiche soggettive di sorta, rilevanti ai fini della titolarità di rapporti intrasmissibili. Si pensi anche all'ipotesi in cui *target* sia proprietaria di una pluralità di immobili, e *newco* sia una mera *holding* con unica partecipazione in *target* stessa: in tal caso è chiaro che la fusione inversa, non comportando alcun trasferimento immobiliare, evita una pluralità di onerose formalità. Per effetto della fusione inversa, le azioni di *target* già possedute dall'acquirente-incorporata verranno annullate e, secondo il rapporto di cambio che verrà determinato tra le parti, nuove azioni di *target* verranno proporzionalmente assegnate ai soci di *newco*, in cambio delle azioni di *newco* annullate. Elemento fondamentale dell'operazione di

---

<sup>104</sup> GONFALONIERI M. , *Trasformazione fusione conferimento scissione e liquidazione della società*, Milano, 1998, p. 193.

<sup>105</sup> GAREGNANI M. G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, p. 243.

*leveraged buy out* è la costituzione di garanzie sui beni della società risultante dalla fusione.<sup>106</sup>

La prima forma di garanzia richiesta dalle banche è, quindi, il pegno sul capitale di *target* acquistato da *newco*.

Come noto, ai sensi dell'art. 2352 c.c. nel caso di pegno sulle azioni, il diritto di voto spetta al creditore pignoratorio, salvo diverso accordo tra le parti. Ora, la prassi conosce varie ipotesi negoziali in relazione all'attribuzione del diritto di voto nel caso di costituzione di pegno sulle azioni (o quote) di società. Le parti possono concordare che il diritto di voto sia sempre attribuito al socio/debitore, ovvero che esso spetti sempre alle banche finanziatrici; si potrà inoltre prevedere che il diritto di voto spetti al debitore, almeno fino al momento in cui si realizzi un c.d. «*event of default*», cioè un'ipotesi di inadempimento già predeterminata nel contratto di finanziamento.

In tal caso, al fine di evitare situazioni di incertezza, e conseguenti battaglie legali tra banche finanziatrici e debitore, in ordine all'esistenza o meno, nel caso concreto, di un *event of default* (incertezza che potrebbe condurre ad un sequestro delle azioni o delle quote sociali, con voto attribuito dal giudice adito ad un soggetto che non rappresenta né gli interessi del debitore né gli interessi degli istituti finanziatori), spesso i contratti di finanziamento prevedono che il diritto di voto sia, di regola, di spettanza del debitore, e venga trasferito alle banche finanziatrici «a semplice richiesta», cioè nel momento in cui queste asseriscano in buona fede che si sia verificato un inadempimento ai termini del contratto di finanziamento.

Alternativamente si può prevedere che il diritto di voto sia attribuito nelle assemblee ordinarie al debitore, socio di *target*, e, nelle assemblee straordinarie, sia attribuito alle banche finanziatrici.

La medesima pattuizione può essere raggiunta dalle parti in relazione al pegno concesso dai soci di *newco* (terzi datori di garanzia) sulle azioni o quote di *newco* stessa, debitore del finanziamento.

---

<sup>106</sup> PARDOLESI R., *Leveraged Buyout: una novità a tinte forti (o fosche?)*, cit., p. 404: «l'LBO può consistere nella mera acquisizione di cespiti aziendali (c.d. *assets acquisitions*), sui quali vengono costituite, a sostegno del debito, garanzie reali. L'operazione risulterà, magari, meno allettante dal punto di vista fiscale, ma si presenta come unica via praticabile quando si tenda non già a rilevare un'intera società, ma ad attuare lo scorporo di un suo ramo o divisione. E non v'è dubbio che su tale procedure non si proiettano ombre d'illiceità».

Mediante tale previsione, i creditori, esercitando il diritto di voto nelle assemblee straordinarie delle due società coinvolte, avranno la certezza che *target* e *newco* deliberino la fusione per incorporazione della prima nella seconda, in modo tale da « traslare » il debito di *newco* su *target*, per permettere la successiva costituzione di garanzie reali sul patrimonio di *target* stessa<sup>107</sup>. La costituzione delle garanzie reali sulle azioni di *target* e/o sui beni patrimoniali di *target*, a seguito della fusione, avverrà sempre in un *momento successivo* all'erogazione del finanziamento (per quanto riguarda il pegno sulle azioni di *target*, il debitore avrà, presumibilmente, disponibilità fisica dei certificati azionari soltanto in un momento immediatamente successivo all'erogazione del finanziamento ed all'utilizzo dello stesso, da parte del debitore, per procedere al pagamento del prezzo delle azioni; le garanzie sui beni di *target* potranno, poi, essere costituite soltanto alcuni mesi dopo l'acquisizione; e cioè dopo l'intervenuta fusione di *target* in *newco*). I contratti di finanziamento, nella prassi, contengono tra le ipotesi di inadempimento (« *events of default* »), che comportano la decadenza dal beneficio del termine ed il conseguente obbligo del debitore di rimborsare immediatamente l'intero finanziamento, proprio la mancata costituzione delle garanzie. In dottrina si è precisato che, anche in assenza di una tale previsione contrattuale, nel caso di mancata costituzione delle garanzie promesse, le banche potrebbero domandare l'immediata restituzione dell'intero prestito ai sensi dell'art. 1186 c.c. Per effetto della fusione, poi, le azioni della società *target* vengono annullate, e, pertanto, successivamente alla fusione, le garanzie vengono poste in essere da un soggetto diverso da *target* stessa.

Per raggiungere tale finalità, il *leveraged buy out* viene normalmente realizzato attraverso un procedimento di fusione per incorporazione della società bersaglio nella società acquirente (« *merger leveraged buy out* »). Il debito contratto dalla società acquirente al fine di dar corso all'acquisizione viene garantito, in un primo tempo, con pegno sulle azioni della *target* e, successivamente alla fusione, con la costituzione di garanzie reali sui beni del patrimonio già appartenuto alla società *target* ed ormai ridotto ad unità con il patrimonio di *newco*; il debito, inoltre, viene rimborsato utilizzando i flussi di cassa prodotti dall'impresa della società bersaglio e/o alienando cespiti aziendali, non strategici, di proprietà di quest'ultima. La peculiarità dell'operazione di *leveraged buy out*, indipendentemente dalle caratteristiche concrete della stessa, consiste nel fatto che l'acquisizione viene effettuata con ridotto apporto di capitali propri ed un rilevate

---

<sup>107</sup> TAMPIERI A., *La prestazione di garanzie reali nel leveraged buy out*, in *Dir. Economia*, 1990, p. 753.

intervento di finanziamenti esterni; nonché nel fatto che, nelle intenzioni dell'acquirente, il finanziamento viene rimborsato o garantito utilizzando alternativamente il *cash flow* generato della società acquisita (anche mediante cessione di beni non ritenuti strategici all'attività aziendale) ovvero i beni facenti parte del patrimonio della società acquisita. In sostanza, con l'operazione di *leveraged buy out* la società *target* finisce con il «pagare se stessa» (*rectius*, rimborsare il debito contratto per l'acquisto delle sue azioni). Come si è detto, con il termine il *leveraged buy out* si individua un tipo di acquisizione societaria, mediante la quale il soggetto acquirente contrae un debito per procedere all'acquisizione, debito che, a seguito dell'acquisizione stessa, viene traslato sul patrimonio della società, le cui azioni sono state oggetto di acquisto. Il problema che si pone è quello di stabilire se la società bersaglio presti, direttamente o indirettamente, «assistenza finanziaria» per favorire l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie. Il problema giuridico sotteso all'operazione di *leveraged buy out*, pertanto, è quello della conformità della stessa al disposto dell'art. 2358 c.c., secondo il quale «la società non può accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie».

Il problema nasce dal fatto che la norma citata viene considerata dalla giurisprudenza come estrinsecazione di un *principio di ordine pubblico*, in quanto tale, inderogabile<sup>108</sup>. Non solo; la norma viene vista come «norma materiale» volta a vietare il conseguimento del risultato in essa previsto (l'assistenza finanziaria da parte della società acquisita), indipendentemente dalle forme in cui si struttura il procedimento per ottenere tale risultato<sup>109</sup>. E, come si vedrà meglio in prosieguo, secondo una parte della dottrina, l'operazione di *leveraged buy out* può integrare il divieto di assistenza finanziaria, atteso che — secondo questa corrente di pensiero — per effetto dell'operazione di *leveraged buy out* (ed, in particolare, per effetto della fusione, nell'ambito di un *leveraged buy out*) la società *target* si accollerebbe il debito contratto da *newco* per procedere all'acquisizione di *target* stessa; il che costituisce proprio il risultato che il divieto di assistenza finanziaria contenuto nell'art. 2358 c.c. vuole evitare.

A questo punto occorre fare una precisazione. Se è vero che la fattispecie normativa individuata dall'art. 2358 c.c. può essere violata da *alcune operazioni di acquisizione di*

---

<sup>108</sup> Cass. 21 gennaio 1970, in *Giust. civ.*, 1970,1, c. 348.

<sup>109</sup> Così, cfr. Cass. 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, II, p. 85.

azioni che rientrano nella tipologia del *leveraged buy out*, non è vero il contrario; non è cioè vero che *qualsiasi* acquisizione che rientri nella tipologia del *leveraged buy out* integra violazione della fattispecie normativa descritta nell'art. 2358 c.c.

Difatti l'art. 2358 c.c. individua specifiche categorie di operazioni vietate (quelle rientranti nel concetto di assistenza finanziaria prestata dalla società *de qua*, finalizzata all'acquisto di azioni proprie), alcune delle quali possono rientrare nella categoria del *leveraged buy out*. Ad esempio, una operazione di acquisizione certamente vietata dall'art. 2358 c.c. è quella di un acquisto di azioni direttamente garantito o rimborsato dalla società *target*. Il termine *leveraged buy out*, a sua volta, rappresenta una «galassia» di operazioni finanziarie, tutte volte — come detto — a «traslare» il debito sul patrimonio della società *target* (*rectius*, ad utilizzare, direttamente o indirettamente, il patrimonio della società *target* per ripagare/garantire il debito contratto per procedere all'acquisizione delle azioni). I due «insiemi» così individuati possono contenere alcune tipologie di operazioni che rientrano in entrambe le categorie (cioè, quelle ipotesi di *leveraged buy out* che rientrano nella definizione di «assistenza finanziaria» vietata dall'art. 2358 c.c.); *altre* tipologie di operazioni di acquisizione, di contro, possono rientrare in una categoria, e non nell'altra.

Di regola le operazioni di *leveraged buy out* non sono in contrasto con il divieto di cui all'art. 2358 c.c.<sup>110</sup>.

In particolare, sebbene l'operazione in esame abbia assunto varie configurazioni a seconda degli istituti implicati (tutte rientranti nell'ampia definizione di *leveraged buy out* nella misura in cui comportino, come detto, una traslazione del costo dell'acquisizione sulla società acquisita), nel presente lavoro mi occuperò principalmente del *merger leveraged buy out* (cioè, del *leveraged buy out* realizzato mediante fusione per incorporazione della società acquisita nella società acquirente). Tale tipologia di operazione, infatti, è quella che, da una parte, viene più spesso realizzata nella prassi italiana, e, dall'altra parte, presenta maggiori aree di incertezza in ordine alla sua liceità. La fusione, infatti, costituisce elemento cardine attorno cui ruota l'intera operazione e si colloca in una «zona grigia» di applicazione della norma in discussione, al confine tra la validità e l'invalidità dell'atto, a seconda della lettura che della norma viene data. Nell'ampia definizione di *leveraged buy out* (cioè di acquisizione effettuata da un soggetto indebitatosi facendo leva sui beni patrimoniali della società acquisita), le

---

<sup>110</sup> MONTALENTI P., *Il leveraged buy-out*, cit., p. 20.

acquisizioni sono certamente illecite, in quanto contrastano *direttamente* con il divieto di assistenza finanziaria di cui all'art. 2358 c.c.

Ad esempio, può tranquillamente affermarsi che sia vietata, in quanto in diretto contrasto con il divieto di cui all'art. 2358 c.c., una acquisizione delle azioni di una società, con indebitamento contratto dall'acquirente e garantito o rimborsato, direttamente o per interposta persona, dalla società *target*, senza provvedere alla fusione di quest'ultima nella società acquirente. Dottrina e giurisprudenza hanno sempre dato una accezione particolarmente ampia al concetto di «assistenza finanziaria» vietato dalla norma. Infatti, mentre l'art. 2358 c.c. vieta alla società di «accordare prestiti» e «fornire garanzie» per l'acquisto di azioni proprie, la norma è stata intesa nel senso di vietare qualsiasi forma di agevolazione finanziaria finalizzata all'acquisto o alla sottoscrizione di azioni proprie. Pertanto, si ritiene ricadano nel divieto normativo mutui, aperture di credito, anticipazioni, sconti, riporti, acquisto di crediti, dilazioni di pagamenti, effettuati sia anteriormente sia successivamente all'acquisto delle azioni proprie. Per quanto concerne le garanzie, si ritiene che rientrino nel disposto normativo non solo le garanzie reali in relazione a finanziamenti concessi da terzi, bensì anche le fideiussioni stipulate dalla società *target* a garanzia del mutuo assunto dalla società acquirente<sup>111</sup>. La società le cui azioni o quote sono oggetto di acquisizione, infatti, non potrà, né prima né dopo l'acquisizione, prestare assistenza finanziaria, mediante concessione di prestiti, anticipazioni, garanzie o cessione di beni, al socio neo-acquirente (o sottoscrittore delle azioni) per permettere a questi di rimborsare il debito contratto per procedere all'acquisizione<sup>112</sup>. Inoltre, deve ritenersi che alcune operazioni di acquisizione, pur avendo la medesima portata economica di un *leveraged buy out*, in quanto trasferiscono l'onere finanziario dell'acquisizione sul patrimonio della società acquisita, certamente *non* contrastano con il divieto di cui all'art. 2358 c.c., e devono pertanto ritenersi lecite. Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, una acquisizione dell'intera *azienda* di una società, da parte di un soggetto che si sia indebitato per provvedere all'acquisto e che, una volta perfezionato l'acquisto, garantisca il finanziamento mediante costituzione di garanzie reali sui beni aziendali di *target* ovvero ripaghi l'indebitamento mediante cessione di

---

<sup>111</sup> Cass. 13 luglio 1981 n. 4540, in *Riv. Dir. Comm.*, 1981, II, p. 287.

<sup>112</sup> PARTESOTTI G., *Le operazioni sulle azioni* in *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. COLOMBO E G.B. PORTALE, Torino, 1991, 2, p. 467.

alcuni cespiti aziendali non ritenuti strategici. Si pensi, ad un'operazione di acquisizione di azioni, nella quale *newco* ripaghi il debito assunto per procedere all'acquisizione non già con diretto utilizzo del patrimonio della società *target* (e, quindi, senza la prestazione di specifiche garanzie da parte di quest'ultima), bensì mantenendone semplicemente il controllo ed utilizzando i dividendi percepiti a fronte di utili di esercizio o altre riserve disponibili di *target* stessa<sup>113</sup>. Secondo la dottrina che con maggior efficacia si è opposta alla validità del *leveraged buy out*, poi, devono ritenersi «lecite» anche le ipotesi di acquisizioni di azioni effettuate da società operative (quindi non da una *newco*), realizzate non utilizzando un finanziamento *ad hoc*, bensì parte del finanziamento corrente della società, così come nell'ipotesi di fusione, che intervenga in un momento temporale significativamente successivo all'acquisizione<sup>114</sup>.

Quindi, non ogni fattispecie di acquisizione, che faccia affidamento (*rectius*, «leva») sulle risorse patrimoniali e finanziarie della società *target*, fa sorgere problemi di compatibilità con il nostro ordinamento. Il problema della compatibilità con il nostro ordinamento, ed in particolare con il divieto di assistenza finanziaria, di contro, si pone tutte quelle volte in cui, attraverso la fusione di *target* in *newco*, il patrimonio della prima venga da questa *direttamente* utilizzato per garantire o ripagare il debito assunto dalla seconda per l'acquisizione. In tal caso, infatti, il *risultato* operativo che deriva dall'operazione così strutturata non è dissimile, da un mero punto di vista economico, a ciò che la norma citata vuole evitare: si finisce, infatti, per utilizzare le «ricchezze» della società acquisita per garantire o ripagare l'acquisto delle sue azioni. Il problema di liceità dell'operazione di *leveraged buy out* si pone allorquando, in una lettura unitaria dell'intera operazione, si dà una rilevanza giuridica alle conseguenze economico-patrimoniali dell'operazione (che, possono essere, a grandi linee, assimilate a quelle vietate dalla norma in esame), e si guarda alla fusione come all'elemento chiave dell'intera operazione, che viene posto in essere con l'unico intento di aggirare la portata della norma citata. Strumentale alla verifica della liceità del *leveraged buy out* è, quindi, l'analisi della portata del divieto contenuto nell'art. 2358 c.c. Naturalmente, tale affermazione è vera soltanto se effettivamente la società *target* sia estranea alla fase del finanziamento; cioè qualora il contratto di finanziamento sia stato stipulato tra la *newco* ed i soggetti finanziatori, senza

---

<sup>113</sup> FRIGNANE A. *Il leveraged buy out nel diritto italiano*, cit., p. 420.

<sup>114</sup> CALVELLO S., *Leveraged buy out*, cit., p. 1279.

intervento o garanzia da parte della società *target*. Quindi, affinché l'analisi del testo sia corretta, occorre accertarsi che non vi sia intervento della società *target* nella fase della costituzione del finanziamento: il soggetto finanziatore, seppur faccia affidamento sulla successiva fusione e quindi sul fatto che in un momento successivo il finanziamento verrà ad essere garantito dai beni della società *target*, deve «correre il rischio» che la fusione non si perfezioni. Di contro, diretta violazione dell'art. 2358 c.c. si concreterebbe nel caso in cui, in questa fase preventiva (*rectius* in qualsiasi momento dell'intero procedimento fino alla fusione), la società *target* prestasse garanzie alla banca finanziatrice ovvero si impegnasse a prestarle, una volta completato il processo di acquisizione.<sup>115</sup>

L'art. 2358 c.c., avente ad oggetto «altre operazioni sulle proprie azioni», vieta, nel primo comma, alla società di accordare *prestiti* e di fornire *garanzie* a favore di soci o di terzi per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie. Il divieto di assistenza finanziaria è riprodotto per le società a responsabilità limitata dall'art. 2483 c.c.

Per quanto riguarda le società per azioni, il divieto non è assoluto, essendo parzialmente derogabile quando l'acquisto di azioni viene effettuato dai dipendenti della società o di società controllate o controllanti, si è precisato, in merito, che «la fusione, poi, non configura comunque una delibera di *target co.* in garanzia di *new co.*, verso terzi soggetti finanziatori; non determina mai l'automatico costituirsi di garanzie specifiche, per questi ultimi, sul patrimonio della società incorporata; comporta, in ogni caso, il venir meno di *target co.*, come autonomo soggetto di diritto (questa, di conseguenza, non potrà farsi garante o accollarsi debiti)»<sup>116</sup>. Tale deroga non trova applicazione nel caso di società a responsabilità limitata. Il divieto contenuto nell'art. 2358 c.c. è sanzionato penalmente. La norma, introdotta nel 1986 (con l'art. 12 del d.p.r. n. 30/1986) a seguito della II Direttiva societaria, contiene un divieto più ampio rispetto a quello originariamente previsto; il precedente art. 2358 c.c., infatti, vietava i prestiti effettuati dalla società per l'acquisto di azioni proprie, ma non considerava espressamente la concessione di garanzie per l'acquisto delle proprie azioni. Tale disposto normativo aveva dato luogo a divergenti interpretazioni in dottrina. Per una analisi delle varie posizioni in dottrina sotto la vigenza del precedente testo portata della norma affermando che la stessa era volta a «vietare

---

<sup>115</sup> GRAMMEGNA F., *Note in punto di Leveraged Buy-Out*, in *Riv. Dir. comm.*, 1993,1, p. 77.

<sup>116</sup> MARASCO F., « *Leveraged* » e « *management buy-out*»: operazioni lecite, operazioni in frode e funzioni del notaio, cit., p. 168

operazioni che possano determinare una menomazione del patrimonio sociale, ad impedire abusi da parte degli amministratori e ad eliminare il pericolo che si violino altre disposizioni inderogabili della legge mediante la concessione di anticipazioni sulle azioni»<sup>117</sup>.

Pertanto, sul piano dell'interpretazione della norma, occorre rilevare che essa non è suscettibile di applicazione analogica, stante il disposto dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale. Secondo i principi del nostro ordinamento, sarà soltanto possibile una applicazione estensiva della stessa. Per quanto riguarda gli *atti* nei quali si può sostanziare la violazione dell'art. 2358 c.c., si ritiene che rientri nella nozione di « accordare prestiti » o « fornire garanzie », stante l'ampia portata della norma, in generale ogni figura negoziale intenzionalmente posta in essere dalla società al fine di migliorare la posizione finanziaria di un soggetto, per agevolare l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie da parte di tale soggetto, trasferendo di converso sulla società stessa l'onere e/o il rischio finanziario o patrimoniale del suddetto acquisto o sottoscrizione.<sup>118</sup> Il termine «anticipazioni» utilizzato dall'art. 23.1 della direttiva ha una portata diversa dal mero «prestito». È stato infatti rilevato in dottrina che mentre il *prestito* presuppone l'obbligo di restituzione del bene che è stato oggetto di prestito, l'*anticipazione* di fondi utilizzato dalla disposizione comunitaria presuppone un'obbligazione della società che viene semplicemente "anticipata". «Si paga prima qualcosa che deve essere pagato e che quindi non va restituito ».<sup>119</sup> Pertanto, con tale terminologia deve ricomprendersi nel divieto di cui all'art. 2358 c.c. anche un pagamento anticipato, da parte della società, di un'obbligazione della stessa, con utilizzo della somma così ricevuta (presumibilmente dal socio, ma anche da terzi) per acquistare o sottoscrivere azioni emesse dalla società, quale che fosse il titolo dell'obbligazione preesistente. «Si può quindi concludere che il divieto di anticipare il pagamento di somme *dovute* — operazione ben diversa dal concedere pre-

---

<sup>117</sup> FRÉ G., *Società per azioni*, Commentario Scialoja Branca, 5<sup>a</sup> ed., *sub* art. 2358, Bologna-Roma, 1972, p. 273.

<sup>118</sup> FRIGNAMI G., *Il Leveraged Buy-Out nel diritto italiano*, cit., p. 423; P. Montalenti, *Il leveraged buy out*, cit., p. 63.

<sup>119</sup> PARTESOTTI G., *Le operazioni sulle azioni*, cit., p. 473.

stiti — è enucleabile per analogia, se vi è il fine di creare la disponibilità per acquistare le azioni del *solvens*».

Si ritiene, quindi, che rientrino nel divieto crediti “per cassa”, quali finanziamenti, mutui, contratti di prestito titoli, aperture di credito, anticipazioni<sup>120</sup>, sconti, riporti, acquisto di crediti, nonché crediti “di firma” quali la concessione di crediti in garanzia, postergazioni di debiti, la prestazione di garanzie di qualsiasi genere, personali o reali, quali, ad esempio, avalli, accolti, fideiussioni, girate apposte in funzione di garanzia per lo sconto, costituzioni di pegno o ipoteca, emissione di titoli cambiari di qualsiasi natura, assunzioni di garanzie extracartolari, la concessione di dilazione di pagamenti dovuti alla società; il tutto a rimborso o garanzia del pagamento del prezzo pagato dall’acquirente o dal sottoscrittore le azioni/ quote sociali.

Gli atti sopra elencati sono vietati in quanto finalizzati a migliorare la situazione finanziaria del socio, *in modo tale da* permettere allo stesso di acquistare o sottoscrivere le azioni proprie della società. Occorre infatti considerare che non è vietato, di regola, che la società presti garanzie o fornisca anticipazioni o finanziamenti ai soci; ciò che è vietato è che le somme così ricevute dai soci siano utilizzate per la sottoscrizione o l’acquisto delle azioni sociali (sempreché la società sia al corrente di tale utilizzo da parte del socio). Pertanto, il punto critico della fattispecie vietata è dato dal *collegamento funzionale* tra prestito o garanzie, da una parte, e acquisto o sottoscrizione delle azioni proprie, dall’altra. Naturalmente, ogniqualvolta il collegamento tra atto posto in essere dalla società ed acquisto o sottoscrizione di azioni proprie non sia esplicitato dalle parti, sarà oltremodo difficile dare evidenza del collegamento funzionale tra le due operazioni. Sarà, pertanto, necessario ricorrere ad *indici presuntivi* della volontà delle parti, valutandone il comportamento complessivo anche successivo alla conclusione del contratto (ai sensi dell’art. 1362 c.c.)<sup>121</sup>.

Dal punto di vista *soggettivo*, non rileva la persona da cui l’atto di finanziamento o garanzia viene posto in essere né la persona nei confronti della quale l’atto viene posto in essere (può trattarsi di un socio o di un terzo), sempreché, in ultima istanza, il prestito o la garanzia incidano sul patrimonio della società e siano finalizzati a finanziare l’acquisto

---

<sup>120</sup> PARTESOTTI G., *Le operazioni sulle azioni*, cit., p. 474.

<sup>121</sup> Cass. 21 gennaio 1970 n. 123, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1130; Cass. 13 luglio 1981, n. 4540, in *Riv. Dir. comm.*, 1981, II, p. 287.

o la sottoscrizione delle azioni proprie<sup>122</sup>. Elementi costitutivi della fattispecie sono il credito e lo scopo, e non è affatto richiesto che il beneficiario del credito coincida con la persona il cui acquisto o sottoscrizione si vuol favorire. La fattispecie pertanto è realizzata allorché la società finanzia taluno allo scopo che questi agevoli, in qualsiasi modo, qualcun altro nell'acquisto o sottoscrizione delle azioni della società stessa.<sup>123</sup> Si ritiene, infatti, unanimemente, in dottrina, del tutto superflua l'indicazione del divieto di assistenza finanziaria per interposta persona, o attraverso società fiduciarie. Si rileva, in merito, che, anche nel silenzio della norma, il negozio tra il soggetto interposto ed il reale destinatario dell'assistenza finanziaria sarebbe comunque nullo *ex art.* 1344 c.c., in quanto concluso in frode al divieto di cui all'art. 2358 c.c. Rientrano, pertanto, nel divieto anche il finanziamento e la garanzia prestatati dalla società nei confronti di soggetti diversi dal socio che acquisisce la partecipazione, ovvero che siano prestatati da soggetti diversi dalla società le cui azioni sono acquistate, purché, come detto, l'onere del finanziamento o della garanzia incida, in ultima istanza sul patrimonio della società e che il finanziamento o la garanzia sia finalizzato ad agevolare l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni della società.

È da notare che la norma viene ritenuta applicabile anche al caso di assistenza finanziaria prestata dalla *controllata* per l'acquisto delle azioni della società *controllante*<sup>124</sup>. Sotto il profilo della *cronologia* degli atti nei quali può risolversi la violazione dell'art. 2358 c.c., si discute se la «non estraneità patrimoniale» della società rispetto all'operazione di acquisto delle proprie azioni debba precedere l'operazione di acquisizione o sottoscrizione, ovvero se possa essere anche successiva.

Non senza contrasti in dottrina e giurisprudenza, comunemente si ritiene, in merito, che rientri nell'ambito del divieto anche l'assistenza finanziaria che sia effettuata o che si manifesti *dopo* l'acquisto delle azioni, qualora venga accertato che l'operazione era stata

---

<sup>122</sup> CARBONETTI F., *L'acquisto di azioni proprie*, cit., p. 180.

<sup>123</sup> CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, 1994, p. 235.

<sup>124</sup> PORTALE G. B., *Gruppi e capitale sociale*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16, 17, 18 novembre 1995, Milano, 1996, p. 1823.

programmata in funzione dell'acquisto stesso<sup>125</sup>. In senso contrario si è ritenuto che possa rientrare nel divieto normativo soltanto l'atto di assistenza finanziaria effettuato *prima* dell'acquisto delle azioni proprie; ma, stante la natura di norma «materiale» del disposto normativo in commento, non sembra che tale tesi restrittiva sia ammissibile (quanto meno sul piano civilistico).<sup>126</sup> Per quanto suesposto è possibile concludere evidenziando che l'operazione tipica di *merger leveraged buy out* (realizzata secondo lo schema della fusione di *target* in *newco*) non integra un negozio in frode alla legge, e che, pertanto, il *leveraged buy out* non può ritenersi illecito per contrasto con il disposto di cui all'art. 2358 c.c. L'operazione di *merger leveraged buy out* non porta (né da un punto di vista soggettivo, né da un punto di vista oggettivo) a risultati equivalenti a quelli che la norma vuole vietare, e che, quindi, manca un presupposto essenziale per cui possa trattarsi di frode alla legge.

Si è evidenziato come l'elemento di incertezza nell'ambito della struttura di *merger leveraged buy out* sia dato, non già da una presunta violazione del divieto di assistenza finanziaria, bensì da una corretta applicazione delle norme in tema di fusione, ed in particolare, dall'eventuale conflitto di interesse o abuso di potere del socio di maggioranza (*newco*) nell'ambito della delibera di fusione e di conseguente determinazione del rapporto di cambio. Non ogni negozio che comporti l'utilizzo del patrimonio della società *target* per il rimborso (o la garanzia) del finanziamento assunto dal socio per procedere all'acquisto delle azioni di *target* rientra nel divieto di assistenza finanziaria.

Occorre verificare la *natura* dell'operazione posta in essere; *il soggetto* che ha posto in essere l'operazione considerata; i *destinatari* dell'utilizzo del patrimonio sociale; nonché le *finalità* dell'operazione stessa.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> D'ALESSANDRO F., *Rapporti di scambio tra una società ed i suoi azionisti e divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto delle azioni proprie*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 1017. In giurisprudenza, cfr. Trib. Ivrea, 12 agosto 1995, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, c. 196.

<sup>126</sup> Trib. Genova, 13 ottobre 1996, in *Giur. Comm.*, 1989, II, p. 661, secondo cui «il prestito per l'acquisto delle azioni (...) deve verificarsi in un momento anteriore alla sottoscrizione delle azioni».

<sup>127</sup> D'ALESSANDRO F., *Rapporti di scambio tra una società ed i suoi azionisti e divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto delle azioni proprie*, cit., p. 1020.

Ciò che l'art. 2358 c.c. vieta è che la società (*rectius*, gli amministratori della società) provvedano ad effettuare pagamenti, anticipazioni, a creare garanzie, accolti, e, comunque ad utilizzare le ricchezze della società *direttamente* per attribuire “vantaggi” a favore di soggetti che hanno acquisito o sottoscritto azioni sociali, vantaggi finalizzati al rimborso o alla garanzia di obbligazioni da questi contratte per l'acquisizione o la sottoscrizione delle azioni. Nella misura in cui la prestazione della società sia effettuata a favore di tutti i soci e non sia esclusivamente finalizzata a prestare assistenza finanziaria ad un socio per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, il nuovo socio deve essere trattato come un normale socio: non può attribuirsi un giudizio di illegalità al comportamento del socio che, pur indebitatosi per procedere all'acquisizione delle azioni sociali, distraiga, utilizzando gli strumenti legittimi previsti dal legislatore, ricchezze dalla società per rimborsare il debito contratto; ciò a condizione che: nel caso in cui vi sia una pluralità di soci la distrazione di ricchezze della società sia effettuata a *favore di tutti i soci indistintamente*; l'utilizzo che il socio in esame (neo-acquirente) fa delle somme così ricevute dalla società non sia stato preventivamente concordato e risulti assolutamente irrilevante per la società stessa, rispetto alla distrazione in sé (cioè, la tipologia di distrazione di ricchezze sociali posta in essere dalla società deve essere di natura tale che le eventuali ragioni del singolo socio risultino del tutto irrilevanti o comunque ragionevolmente ignote alla società stessa). Occorre infatti considerare che non è illegittimo che la società presti garanzie o finanziamenti al socio, bensì che la società faccia ciò *in connessione* con l'acquisto o la sottoscrizione da parte del socio delle azioni (o quote) sociali.<sup>128</sup>

Ma ciò non toglie che il nuovo socio — anche attraverso amministratori di propria fiducia — abbia alcuni strumenti legittimi per utilizzare ai propri fini (e, quindi, anche al fine di rimborsare o garantire il debito contratto per procedere all'acquisizione o alla sottoscrizione delle azioni di *target*) il patrimonio della società, sempre che gli amministratori non agiscano *esclusivamente* a tal fine ed a danno della società. E, pertanto, a titolo meramente esemplificativo, gli amministratori della società potranno liberamente provvedere ad operazioni di ristrutturazione, quindi liberamente gestire la società al fine di creare nuovi utili, così come i soci potranno liberamente deliberare la distribuzione degli utili sociali, della riserva sovrapprezzo e delle altre riserve disponibili, la liquidazione della società, nonché la fusione e la scissione della stessa, se rientrante in

---

<sup>128</sup> CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 451.

una logica imprenditoriale, che non sia a esclusivo detrimento della società e/o dei soci di minoranza, nonché la riduzione del capitale sociale, sussistendo effettivamente il requisito della esuberanza dello stesso rispetto alle effettive esigenze dell'oggetto sociale. Infatti, se ed in quanto vi sia un trattamento paritario di tutti i soci e i requisiti procedurali e di sostanza di volta in volta richiesti dal legislatore in relazione al negozio posto in essere siano soddisfatti, la società potrà distrarre ricchezze a favore dei soci, nei limiti e con le formalità applicabili all'istituto posto in essere dalle parti, anche se *uno dei soci* utilizzi le somme così ricevute per rimborsare un debito contratto per procedere all'acquisizione delle azioni (o quote) sociali, sempreché l'operazione posta in essere dalla società abbia una propria giustificazione imprenditoriale alla luce dell'interesse sociale (anche in un'ottica di gruppo) e la distrazione di ricchezze non crei un inammissibile squilibrio nella situazione finanziario-patrimoniale della società. Ma, in quest'ultimo caso, ciò che rappresenta un limite all'operatività del trasferimento delle ricchezze ai soci è l'applicabilità del generale principio di disinteressata, sana e prudente gestione aziendale, che deve guidare l'operato degli amministratori in ogni atto gestionale, i quali possono legittimamente assumere rischi gestionali nei limiti della «ragionevolezza» e senza violare specifiche disposizioni di legge.

Ciononostante, nella certezza di non aver posto la parola fine alle dispute in tema di liceità del *leveraged buy out*, anche alla luce delle incertezze interpretative che possano derivare dai pochi precedenti giurisprudenziali sull'argomento nonché alla luce della dottrina che esprime un'opinione contraria alla liceità dell'operazione in esame, sembra utile, in conclusione analizzare alcune strutture alternative di operazioni di acquisizione effettuate con l'apporto di finanziamenti esterni e volte a traslare il debito così assunto dall'acquirente sul patrimonio di *target*.<sup>129</sup>La prima delle strutture descritte di seguito, inoltre, si caratterizza anche per il fatto che mediante la stessa si evita la diluizione che — in un'ipotesi « tipica » di leveraged buy out — il socio del soggetto acquirente (*newco*) subirebbe per effetto della fusione di *target*, qualora vi fossero azionisti di minoranza. Questa struttura, infatti, viene spesso utilizzata nella prassi nel caso di acquisizioni parziali, realizzate con utilizzo di leva finanziaria. In una tipica operazione di *leveraged buy out* il momento della fusione è particolarmente delicato, poiché esso rappresenta il

---

<sup>129</sup> COLOMBOG. E., *Il bilancio d'esercizio*, nel *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7 ed., Torino, 1994, p. 367.

momento di congiunzione del disegno in frode al disposto dell'art. 2358 c.c., atteso che con la fusione la società bersaglio, sostanzialmente, si accollerebbe il debito contratto dall'acquirente per procedere all'acquisizione, così integrando un atto vietato di assistenza finanziaria. Ma nel caso che stiamo analizzando ora, *newco 2* (società acquirente) non ha contratto alcun debito per procedere all'acquisizione, trattandosi di società pienamente capitalizzata. Quindi, la fusione non può comportare alcun accollo del debito contratto per l'acquisto di *target*. Pertanto, nel caso che ci occupa, nessuna violazione, neppure indiretta e neppure per frode alla legge, del divieto di assistenza finanziaria può individuarsi nel momento della fusione.<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, III, L'impresa e le società*, Padova, 1999, p. 372.

## 4.2 L'abuso del diritto nelle operazioni di scissione.

Anche per quel che concerne le operazioni di scissione si presentano le analoghe problematiche *ut supra* considerate in merito alle operazioni di *Leverage Buy out*, per quel che concerne la liceità delle stesse. L'art.37-bis inserito nel Dpr n.600 del 1973 sosteneva allora che le scissioni fossero tendenzialmente *non elusive* quando: *i soci delle beneficiarie non alienino le partecipazioni ricevute a seguito della scissione e i soci della scissa non trasferiscano il controllo nella scissa successivamente alla operazione di scissione*. I *principali dubbi di elusione* si avevano dunque quando la scissione veniva usata per *scorporare un determinato aggregato patrimoniale per poi procedere alla sua cessione sotto forma di partecipazione societaria* e quando veniva usata *per scorporare il patrimonio della scissa e assegnare di fatto ai soci singole parti di esso anziché procedere a liquidazione della scissa o permuta delle partecipazioni tra i soci*. Conformemente a ciò che dispone l'art. 37-bis del d.P.R. 600, al fine di evitare che un'operazione di scissione venga indicata come elusiva, occorre che sussistano, *in primis*, valide ragioni economiche che sorreggono l'operazione stessa, *in secundis* che non ci sia l'aggiramento di un obbligo o un divieto previsto dall'ordinamento oppure il conseguente risparmio d'imposta<sup>131</sup>. La normativa elusiva è applicabile quando attraverso particolari stratagemmi, si ottengano vantaggi che il sistema ordinariamente non consente di realizzare. Dopo la riforma del diritto societario, introdotta dal D. Lgs. n. 6 del 17/01/2003, la disciplina della scissione viene traslata negli articoli dal 2506 al 2506-quater del Codice.

L'art. 2506 prevede ora una sorta di definizione di essa, quale operazione con la quale *“una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci”*.<sup>132</sup>

I punti salienti specificamente riferibili alla scissione nel Codice Civile sono pochi e rinvenibili principalmente: nella possibilità di conguaglio in denaro *“purché non superiore al 10% del valore nominale delle azioni o quote attribuite ai soci della società*

---

<sup>131</sup> CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*. Ediz. 2017. Gruppo 24 Ore .

<sup>132</sup> DELLA VALLE E. -V. FICARI-G. MARINI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Giappichelli Editore, Torino, 2016.

scissa” (art.2506 comma 2); nella responsabilità solidale limitata all’attivo netto attribuito in ciascuna beneficiaria “*in caso di elementi del passivo (della scissa) la cui destinazione non è desumibile dal progetto (di scissione)*” (art. 2506-bis comma 3); nella possibilità in una scissione non proporzionale per gli azionisti che non approvino la scissione di far acquistare le proprie azioni “*al valore corrente concordemente determinato, ovvero a quello che, in mancanza di accordo, sarà determinato dal giudice, indicando coloro a cui carico è posto l’obbligo di acquisto*” (art. 2506-bis comma 4); nella possibilità che la scissione si applichi anche a società che, nonostante ufficialmente in liquidazione, “*non abbiano ancora effettivamente liquidato l’attivo*” (4° comma parte seconda dell’art. 2506), oltre che quelle sottoposte a procedure concorsuali). In tema di aspetti elusivi della scissione, il primo dibattito si è svolto relativamente all’art.123-bis del TUIR, intorno ai primi anni ’90, che prevedeva la limitazione al riporto delle perdite fiscali alla sola società scissa e nulla diceva in quanto alle beneficiarie, ricordando che l’art. 84 del TUIR dispone, ai fini IRES, ed a partire dal periodo d’imposta 2018, che la perdita subita in un esercizio non possa essere più portata interamente in deduzione nell’esercizio successivo ma solamente nella misura dell’80% *del reddito imponibile*: sotto un profilo economico assistiamo dunque alla registrazione in bilancio di maggiori imposte correnti (relative all’IRES di competenza sul 20% dell’imponibile) e un minore ‘scarico’ di imposte anticipate (corrispondenti all’IRES sulla perdita non immediatamente utilizzabile), a tutto vantaggio della riscossione da parte dell’Amministrazione Finanziaria.

L’art.173 del TUIR al comma 10 abrogò il 123-bis prevedendo che le perdite dovessero ricondursi *proporzionalmente* alle beneficiarie e non a seconda della convenienza fiscale quindi in particolare solo a quelle beneficiarie con forti utili (stiamo parlando quindi di scissioni ‘per incorporazione’) e comunque sempre proporzionalmente tra scissa e beneficiarie (in caso di scissione parziale): il cosiddetto divieto di compensazione intersoggettiva<sup>133</sup>.

Prima dell’abrogazione del comma 16 dell’art. 123-bis del testo unico, erano sempre sconosciute le operazioni di scissione non aventi ad oggetto aziende o complessi aziendali, nonché le operazioni effettuate con attribuzione non proporzionale delle azioni o quote delle società beneficiarie, ai soci della società scissa. Post abrogazione, invece, sono state ritenute valide tutte quelle operazioni di scissione volte ad una legittima

---

<sup>133</sup> MIELE L., *Scissioni non proporzionali senza abuso*, Il Sole 24 Ore - 9 agosto 2016.

razionalizzazione dell'uso delle risorse disponibili. Nel caso di scissione parziale proporzionale (riguardo all'assegnazione del patrimonio della scissa si parla di scissione *integrale* o *parziale*, a seconda che venga 'scorporato' tutto (con relativa estinzione della scissa) o solo una parte (come avviene nel conferimento/scorporo d'azienda), con la quale si affidi alle beneficiarie lo svolgimento di una vera e propria attività d'impresa (svolta in guisa tale da essere più competitiva sul mercato rispetto a quanto precedentemente lo fosse stata la società scissa col suo apparato), si è in presenza di condizioni tali per affermare la presenza di valide ragioni economiche a fondamento dell'intera operazione. V'è valida ragione economica poi, nella separazione di costi e ricavi in relazione all'eterogeneità delle attività da separare, per il miglioramento ottenibile nella gestione delle due attività e la conseguente separazione del patrimonio in funzione del rischio d'impresa<sup>134</sup>.

La riforma del 2003, in buona sostanza, ha inciso sull'istituto della scissione principalmente sotto il profilo della disciplina procedimentale, prevedendo solo alcune semplificazioni e precisazioni, lasciandone sostanzialmente immutato l'ambito di applicazione<sup>135</sup>. Per quanto riguarda i rapporti infra-gruppo, nonostante non prevista esplicitamente da alcuna norma, appare possibile sia la scissione parziale (se fosse totale, come detto, si parlerebbe di fusione per incorporazione) a favore della beneficiaria che possiede tutte le azioni o quote della scissa, che la cosiddetta scissione inversa, ossia l'operazione in cui l'entità scissa è (ex ante o ex post) controllante della beneficiaria. È poi prevista in via giurisprudenziale la cosiddetta scissione negativa, ossia l'assegnazione ad una o più beneficiarie di in un insieme di elementi patrimoniali attivi il cui valore contabile sia inferiore a quello dell'insieme degli elementi passivi, sempreché il valore economico di quanto complessivamente assegnato sia positivo (ossia la stima nel momento dell'operazione straordinaria differisca dai valori contabili) e che la scissa crei una riserva contabile in contropartita al valore (economico) positivo che conferisce alla beneficiaria, quale garanzia della stima stessa per gli eventuali creditori sociali. A detta di giurisprudenza è dunque configurabile qualsiasi tipo di scissione, anche a valori contabili negativi, purché i valori economici siano positivi: poco importano invece avanzi

---

<sup>134</sup> Risoluzione min. 21 febbraio 2002, n. 531.

<sup>135</sup> TALIENTO M., *Il trattamento contabile delle scissioni, inverse" criticità alla luce degli standard di riferimento*, Rivista dei Dottori Commercialisti n. 2, Aprile – Giugno 2016.

e disavanzi di scissione che, per la natura di operazione di ristrutturazione aziendale, costituiscono solo poste di natura contabile e non vere e proprie plus/minusvalenze, quali invece saranno quelle realizzate in caso di successiva dismissione delle attività/passività aziendali a soggetto terzo<sup>136</sup>. La scissione, come qualsiasi operazione aziendale, deve tenere conto anche degli effetti fiscali. L' 173 TUIR. In particolare, il primo comma prevede la neutralità delle scissioni nei confronti delle società partecipanti e dei soci della società scissa: l'operazione stessa non costituisce presupposto di realizzo o distribuzione di plusvalenze/minusvalenze dei beni della scissa "comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento". Una neutralità dunque sia a livello delle società partecipanti (secondo comma) che a livello dei soci della scissa (terzo comma). Per neutralità fiscale s'intende che non vi è produzione di reddito nonostante il valore economico possa differire da quello contabile; ovvero l'operazione non produca, di per sé, né utili né perdite, bensì movimentazione di sola ricchezza già esistente. Il secondo comma dell'articolo specifica che "i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi", quindi per la scissa che continua a esistere (quindi nel caso di scissione parziale) è imponibile la differenza di valore stimato perché, di fatto, è come avesse rivalutato i suoi beni. Esistono però due deroghe al principio di neutralità fiscale, quindi due situazioni in cui la beneficiaria non avrà pareggio dal punto di vista fiscale. In questi due casi viene permesso un ammortamento fiscale del disavanzo e quindi un minor reddito fiscale. La "Finanziaria 2008" all'art. 1, commi 46-48, è intervenuta poi apportando una serie di rilevanti modifiche (e aggiungendo il comma 15-bis all'art.173 del TUIR) alla disciplina dei conferimenti, la quale, per esplicito richiamo normativo, si applica anche alle operazioni di fusione e scissione: la cosiddetta seconda deroga al principio di neutralità fiscale. Il terzo comma, come accennato, sancisce la neutralità del concambio delle azioni o quote per il socio per cui la scissione di fatto comporta una permuta patrimoniale: le nuove azioni o quote assumono il costo fiscale delle vecchie. Quest'ultimo, dovrà ovviamente essere suddiviso proporzionalmente sulle nuove azioni in base al netto conferito alle beneficiarie. Le scissioni sono interessate, più di altre operazioni, alla normativa antielusione.

---

<sup>136</sup> SERRANO' M. V., *Brevi considerazioni sulle prospettive di riforma in tema di "abuso del diritto o elusione fiscale"*, in Bollettino Tributario 7/2015, 485 ss.

Data la neutralità di tali operazioni, è necessario verificare le valide ragioni economiche poste a base delle stesse. Tali operazioni, di per sé non elusive, possono divenire tali, se collegate ad altre poste in essere al fine di aggirare obblighi o divieti tributari o al fine di ottenere indebite riduzioni d'imposta. I principali dubbi di elusione sorsero dunque quando la scissione veniva usata per scorporare un determinato aggregato patrimoniale per poi procedere alla sua cessione sotto forma di partecipazione societaria, e quando veniva usata per scorporare il patrimonio della scissa, assegnando ai soci singole parti di esso, anziché procedere a liquidazione della scissa o permuta delle partecipazioni tra i soci. Erano vietati quindi: • la simulazione di una scissione al fine sostanzialmente di cedere le partecipazioni in un secondo momento • una motivazione economica dell'operazione per i soci della scissa che fosse diversa dalla riorganizzazione aziendale (liquidazione del patrimonio senza cessione dell'attività o redistribuzione dei rapporti di forza tra i soci)<sup>137</sup>. Nel 2015 compare l'art.10 bis dello Statuto del Contribuente, per cui l'A.F. può contestare certe operazioni, a patto che il contribuente non mostri le valide ragioni extrafiscali, ribadendo anzi che quest'ultimo ha diritto a regimi opzionali diversi e quindi ad ottenere un diverso carico fiscale e che, in sede di accertamento, sono disconoscibili i vantaggi fiscali solo se in aperta violazione di norme tributarie specifiche. L'onere della prova si sposta quindi nettamente verso l'A.F., salvo il contribuente dover dimostrare le valide ragioni extra-fiscali. Il nuovo dettato prevede dunque che siano indici di mancanza di sostanza economica: ▪ la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico nel loro insieme ▪ la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato. L'abuso del diritto, dall'ultima riforma, si configura quindi per esclusione (sia dalle fattispecie che rientrano nell'evasione, come simulazione, antieconomicità, esterovestizione, interposizione, che da quelle che rientrano nel debito risparmio d'imposta). Alla luce del nuovo art.10-bis, la Risoluzione n.101 del 3 novembre 2016 esplica la liceità, per l'Agenzia delle Entrate, della scissione di società con assegnazione alla scissa delle partecipazioni societarie e alla beneficiaria di tutti gli immobili e la contestuale trasformazione agevolata in società semplice voluta dal Legislatore, di fatto segnando la svolta favorevole nei confronti della succitata combinazione di strumenti giuridici. Assonime, con la Circolare n.21 del 2016, ritiene le scissioni di aziende non proporzionali non elusive purché i soci mantengano il

---

<sup>137</sup> CONFALONIERI M. , *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*. Ediz. 2017. Gruppo 24 Ore.

costo fiscale delle partecipazioni originariamente possedute, con la conseguenza che non si creano doppie deduzioni o salti d'imposta". La Suprema Corte,<sup>138</sup> sostanzialmente afferma, "smorzando gli animi" che l'interpretazione può qualificare come cessione d'azienda una serie di atti plurimi se, in base al dato concreto, si riconosce una causa unitaria di cessione aziendale.

In merito all'imposta di registro, la Risoluzione 98/E/2017 decreta non esserci abuso per l'operazione di scissione non proporzionale finalizzata a creare i presupposti per l'assegnazione agevolata (senza liquidazione vera e propria) di immobili sociali (ribadendo un concetto espresso nella precedente Risoluzione 101/E). Tale operazione è infatti soggetta espressamente a tassa fissa di registro e, nel caso, la successiva assegnazione agevolata non è tale da modificare la qualificazione giuridica dell'operazione. Con la Finanziaria 2018 si è provveduto a modificare il Testo Unico dell'imposta di Registro riconoscendo un doppio principio: ▪ il carattere non elusivo dell'art. 20 TUR, che è utilizzato solo ai fini dell'interpretazione dell'atto in sede di registrazione, superando così la "teoria degli atti collegati" ▪ la separata applicazione della disciplina dell'abuso del diritto, in cui, non ha cittadinanza l'interpretazione volta a rendere non opponibili al Fisco le operazioni disciplinate sia dall'atto registrato, sia eventualmente da altri negozi, comunque prive della connotazione della sostanza economica diversa dal vantaggio fiscale (in linea quindi con le nuove previsioni dell'art.10-bis Statuto del Contribuente).

---

<sup>138</sup> Corte di Cass. con sentenza n.6758/2017.

### 4.3 Neutralità fiscale e disavanzo di fusione.

Il principio di neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione aziendale trova origine e fondamento nella natura e nella funzione economico-aziendale delle operazioni di gestione straordinaria.

Le operazioni di gestione straordinaria attengono, infatti, non al momento della produzione del reddito, bensì al momento della riorganizzazione delle strutture aziendali e di gruppo, preliminare e propedeutica alla produzione del reddito. dette operazioni non sono intrinsecamente idonee alla produzione di nuova ricchezza, bensì sono strutturalmente predisposte per consentire agli operatori economici di perseguire la ottimizzazione della struttura delle aziende e dei gruppi, la cui successiva gestione consentirà la produzione di reddito<sup>139</sup>. Coerentemente con la loro natura e funzione di carattere esclusivamente organizzativo, che le rende intrinsecamente inidonee alla produzione di nuova ricchezza, le operazioni di gestione straordinaria non dovrebbero in alcun modo influire sulla determinazione del reddito assoggettabile ad imposta, consentendo così il pieno rispetto del principio di neutralità fiscale. Infatti, le operazioni di gestione straordinaria, nel consentire la realizzazione di processi di concentrazione e/o decentramento, comportano l'aggregazione o la disaggregazione di complessi aziendali, e possono incidere sui valori di funzionamento. In particolare, nell'ambito delle operazioni di gestione straordinaria i complessi aziendali assumono rilievo non tanto come insieme di beni organizzati dall'imprenditore per la produzione di reddito, bensì come oggetto di scambio. La determinazione del loro valore ai fini della sistemazione dei rapporti patrimoniali tra i soci delle società o i proprietari delle aziende coinvolte in una operazione straordinaria viene, quindi, effettuata con criteri di valutazione del capitale economico<sup>140</sup>. Ciò comporta l'inserimento di valori di capitale economico nei bilanci delle società e delle aziende coinvolte in una operazione straordinaria. Inoltre, l'inserimento di valori di capitale economico in un ambito (il bilancio di esercizio) caratterizzato da valori di funzionamento provoca la necessità di introdurre ulteriori poste di riequilibrio contabile. La neutralità fiscale delle operazioni di gestione straordinaria

---

<sup>139</sup> FALSITTA G., *Fusione di società e iscrizione dell'avviamento* in *Rassegna Tributaria*, Vol. I, 1986, p. 268 e segg.

<sup>140</sup> LIZZUL R., *Sulla prospettata neutralità delle fusioni: prime osservazioni* in *Bollettino Tributario*, p. 1564 e segg.

può essere, quindi, definita come il principio secondo il quale la realizzazione di una operazione di riorganizzazione aziendale non deve incidere né nell'immediato, né nel futuro sulla determinazione della reddito imponibile, ovvero come il principio teso a creare una disciplina delle operazioni di gestione straordinaria che non escluda da imposizione materia ordinariamente imponibile e che non attragga a tassazione materia ordinariamente non imponibile. Nell'attuale ordinamento tale principio viene attuato attraverso l'emanazione di un complesso di norme finalizzate a neutralizzare i componenti di reddito generati dalla operazione di gestione straordinaria in sede di determinazione della base imponibile. D'altro canto, la complessità degli effetti delle operazioni straordinarie rende assai arduo il compito del legislatore finalizzato alla loro individuazione ed alla loro neutralizzazione ai fini della determinazione della base imponibile. Di conseguenza sono state spesso dettate norme incoerenti dal punto di vista sistematico o addirittura irrazionali, che hanno favorito il fenomeno dell'elusione tributaria ed hanno fortemente distorto le scelte degli operatori economici in ordine alla riorganizzazione della struttura delle aziende e dei gruppi. Un caso emblematico di tali incertezze legislative, che hanno contribuito fortemente alla distorsione delle scelte degli operatori economici e che hanno spesso favorito il fenomeno dell'elusione, è costituito dal trattamento ai fini tributari del disavanzo di fusione<sup>141</sup>. L'art. 16 DPR 598/73 conteneva una compiuta disciplina dei disavanzi (e degli avanzi) di fusione, chiaramente ispirata al principio di neutralità fiscale. In particolare, detta norma prevedeva che i disavanzi di fusione non incidessero nella determinazione del reddito della società incorporante o della società risultante dalla fusione. A tale regola faceva eccezione il disavanzo derivante dall'annullamento delle azioni o delle quote di società fuse o incorporate possedute da altre, nel qual caso la norma consentiva l'assorbimento di detto disavanzo mediante la rivalutazione di cespiti in franchigia di imposta o l'iscrizione in bilancio di una posta a titolo di avviamento, sempre in franchigia di imposta. Nelle operazioni di fusione realizzate con cambio di azioni o quote, gli avanzi o i disavanzi rappresentano l'evidenziazione di diverse proporzioni esistenti tra i valori nominali dei patrimoni delle società che partecipano all'operazione ed i valori economici dei patrimoni stessi che determinano il rapporto di cambio<sup>142</sup>. Risulta chiaro, quindi, che i disavanzi da

---

<sup>141</sup> SAVIOLI G., *Fusione di società*, Milano, 1994, p. 197 e segg.

<sup>142</sup> SAVIOLI G., *La scissione di società*, Milano, 1993, p. 107 e segg.

concambio abbiano un'origine ed una natura squisitamente patrimoniale, senza alcuna relazione con il procedimento di formazione del reddito. Pertanto, coerentemente con la natura del disavanzo da concambio, il legislatore del 1973 ne ha disposto l'irrelevanza ai fini della determinazione del reddito tassabile. Quando, invece, le operazioni di fusione si realizzano con annullamento di azioni o quote delle società incorporate già possedute dalla incorporante, l'effettuazione della fusione comporta la sostituzione delle partecipazioni annullate per effetto dell'operazione con gli elementi patrimoniali delle società incorporate. La differenza positiva tra il costo della partecipazione iscritto nel bilancio della incorporante e il valore contabile della corrispondente frazione di patrimonio netto della incorporata rappresenta il disavanzo di fusione. Poiché il costo della partecipazione annullata avrebbe avuto rilevanza ai fini della determinazione del reddito tassabile, il principio di neutralità fiscale delle operazioni di gestione straordinaria impone di dare rilevanza al disavanzo da annullamento, che accoglie in tutto o in parte tale costo<sup>143</sup>. Neppure la norma antielusiva introdotta dall'art. 10 L. 408/90 riuscì a frenare l'utilizzo della fusione a scopi elusivi, sia per i difetti genetici della norma stessa, sia per la scarsa attitudine dell'amministrazione all'utilizzo di norme antielusive. Era palese che l'utilizzo a scopi elusivi della fusione non dipendesse dalla incoerenza sistematica delle norme che la disciplinavano, bensì dalla assoluta disorganicità dei vari regimi di imposizione delle plusvalenze presenti nel sistema. Tuttavia, per arginare il fenomeno dell'utilizzo indiscriminato della fusione a scopi elusivi, invece di procedere alla riorganizzazione del sistema di tassazione delle plusvalenze, scambiando palesemente la causa con l'effetto, il legislatore con l'art. 27 L. 724/94 sancì l'assoluta inutilizzabilità del disavanzo di fusione "per iscrizioni di valori in franchigia d'imposta, a qualsiasi voce, forma o titolo operate", dichiarando espressamente che tale disposizione normativa era finalizzata a garantire la neutralità fiscale dell'istituto della fusione. In altre parole, veniva confermata l'irrelevanza ai fini fiscali dei disavanzi da concambio, ma nel contempo veniva esclusa l'utilizzabilità del disavanzo da annullamento per l'iscrizione in bilancio di valori in franchigia d'imposta. Tale norma creava due rilevanti problemi di ordine sistematico: a) comportava l'immediata tassazione del disavanzo (sia da concambio che da annullamento), in vigore dell'art. 54, lett. c), DPR 917/86, che

---

<sup>143</sup> ACQUAROLI S., *Il principio di neutralità fiscale in rapporto alla natura economica- aziendale delle operazioni di fusione e di scissione societaria*, in *A.F. Analisi finanziaria*, n. 20, 1995, p. 83.

assoggettava ad imposizione le plusvalenze iscritte in bilancio; b) comportava la definitiva perdita del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione annullata in conseguenza della fusione, con l'effetto di provocare una duplice tassazione dello stesso plusvalore, una prima volta in capo a coloro che avevano ceduto la partecipazione ed una seconda volta in capo alla società incorporante. L'effetto dell'immediata tassazione del disavanzo ineludibile dal punto di vista tecnico, ma assolutamente contrario al principio di neutralità tributaria della fusione, venne eliminato dall'art. 3, comma 105, L. 549/95, il quale dispose che non costituiva plusvalenza iscritta ai sensi dell'art. 54 DPR 917/86 l'utilizzazione ai soli fini del bilancio del disavanzo da annullamento o da concambio<sup>144</sup>. L'effetto definitiva perdita del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione annullata in conseguenza della fusione, con l'effetto di provocare una duplice tassazione dello stesso plusvalore invece, provocò una grave distorsione del sistema, inducendo gli operatori a trovare soluzioni alternative alla fusione al fine di evitare la doppia tassazione dei plusvalori latenti. Così, ad esempio, nel caso di acquisto di una partecipazione da parte della società A nella società B ad un prezzo più alto del valore contabile della corrispondente frazione di patrimonio netto della partecipata, invece di effettuare immediatamente una operazione di fusione (magari necessaria dal punto di vista economico-aziendale) che avrebbe comportato la definitiva perdita di una parte del costo fiscalmente riconosciuto relativo all'acquisto della partecipazione stessa, la società B distribuiva in pochi anni tutti i propri utili e le proprie riserve, consentendo alla società A di svalutare la partecipazione (anche con l'utilizzo del metodo di valutazione del patrimonio netto).<sup>145</sup>

Tale comportamento provocava una riduzione progressiva del patrimonio netto della società B che consentiva alla società A di dedurre nella determinazione del proprio reddito imponibile la svalutazione della partecipazione. L'operazione veniva ripetuta fino a quando il valore di iscrizione della partecipazione nel bilancio della società A coincideva con il valore nominale della corrispondente frazione di patrimonio netto della partecipata. In tal modo si evitava di perdere definitivamente una parte del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Risulta evidente, dall'analisi del caso proposto, come

---

<sup>144</sup> PEROTTA R., GAREGNANI G.M., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 251.

<sup>145</sup> BRUNI G., *La fusione delle imprese*, in Aa.Vv., *L'impresa*, Vol. IV, Milano, 1990, p. 320 e segg.

l'incongruenza sistematica della norma contenuta nell'art. 27 L. 724/94 ed il mancato rispetto del principio di neutralità fiscale della fusione comportasse gravi distorsioni delle decisioni di carattere economico aziendale, quali la rinuncia alla immediata effettuazione di una fusione economicamente necessaria o l'indebolimento patrimoniale e finanziario della società partecipata. Alla incongruenza sistematica della norma contenuta nell'art. 27 L. 724/94 si tentò di porre rimedio in sede di emanazione del D. Lgs. 358/97. Con l'art. 6 del suddetto Decreto vengono stabiliti due fondamentali principi: 1) i maggiori valori iscritti in bilancio per effetto della imputazione dei disavanzi da annullamento o da concambio si considerano fiscalmente riconosciuti se assoggettati ad imposta sostitutiva (inizialmente con aliquota del 27% e successivamente con aliquota del 19%); 2) in parziale deroga a quanto previsto sub 1), i maggiori valori iscritti in bilancio per effetto della imputazione del disavanzo da annullamento si considerano fiscalmente riconosciuti senza l'applicazione dell'imposta sostitutiva se e nella misura in cui derivino da plusvalenze, realizzate nelle precedenti cessioni della partecipazione annullata per effetto della fusione, assoggettate ad imposta nella misura prevista per la cessione di partecipazioni qualificate, ovvero che abbiano concorso a formare il reddito di una impresa residente, o infine che non siano tassabili per disposizione di legge<sup>146</sup>. Anche la norma in questione presenta notevoli incongruenze di carattere sistematico e viola palesemente il principio di neutralità fiscale delle operazioni straordinarie. Se da una parte, infatti, pone rimedio alla incongruenza del mancato riconoscimento ai fini fiscali del disavanzo da annullamento, dall'altra sottopone detto riconoscimento alla condizione che le plusvalenze realizzate nelle precedenti cessioni della partecipazione annullata in sede di fusione siano state assoggettate ad imposizione secondo certi criteri od aliquote. Questa volta, il legislatore sembra aver compreso che la causa dello snaturamento dell'istituto della fusione e del suo utilizzo a fini elusivi non è il riconoscimento ai fini fiscali del disavanzo da annullamento, bensì la assoluta disorganicità (anche in termini di aliquote) dei vari regimi di imposizione delle plusvalenze presenti nel sistema. Tuttavia il ragionamento non è stato portato alle sue estreme conseguenze e, ancora una volta, il legislatore è intervenuto sulle norme che regolano la fusione invece di modificare i criteri e le aliquote di imposizione delle plusvalenze. Ed in tal modo ha perseverato nel violare il principio di neutralità fiscale delle operazioni di gestione straordinaria, con effetti

---

<sup>146</sup> PORCARO G. *Fusione: continuità di valori, avanzi e disavanzi*, in LUPI R. e STEVANATO D. (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002, p. 400 e segg.

distorsivi sulle decisioni degli operatori economici. Infatti, indipendentemente dall'aliquota applicata in sede di cessione della partecipazione, nell'ipotesi in cui il disavanzo da annullamento non viene fiscalmente riconosciuto perché derivante da plusvalenze realizzate da persone fisiche nelle precedenti cessioni della partecipazione annullata e tassate con imposta sostitutiva relativa alla cessione di partecipazioni non qualificate, si assiste comunque ad una doppia tassazione del medesimo plusvalore, una prima volta in capo al soggetto che ha ceduto la partecipazione annullata ed una seconda volta in capo alla società incorporante. Il che induce pur sempre gli operatori economici ad astenersi dall'effettuare operazioni di fusione, ancorché necessarie sotto il profilo economico-aziendale, per evitare di perdere definitivamente il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione che verrebbe annullata in sede di fusione<sup>147</sup>. Ancora una volta, pertanto, il legislatore – limitando e sottoponendo a condizione il diritto al riconoscimento fiscale del disavanzo da annullamento – ha violato il principio di neutralità fiscale dell'operazione di fusione.

Inoltre, l'aver consentito il riconoscimento fiscale del disavanzo di concambio se assoggettato ad imposta sostitutiva costituisce un'ulteriore grave violazione del principio di neutralità fiscale della fusione. Riconoscere ai fini fiscali il disavanzo da concambio (ancorché solo se assoggettato ad imposta sostitutiva) equivale a conferire rilevanza fiscale all'iscrizione in bilancio di plusvalenze in un sistema in cui, a seguito dell'abrogazione dell'art. 54, lett. c), DPR 917/86 e della modifica dell'art. 76, lett. c), DPR 917/86 disposte dall'art. 21 L. 449/97, ai fini fiscali “il costo dei beni rivalutati non si intende comprensivo delle plusvalenze iscritte”. Al fine di dimostrare come la norma che consente il riconoscimento fiscale del disavanzo da concambio se assoggettato ad imposta sostitutiva possa essere strumentalmente utilizzata per eludere il divieto di riconoscimento ai fini tributari delle plusvalenze iscritte in bilancio, si ipotizzi una società A avente un valore economico di 10.000 ed un patrimonio netto contabile di 100. L'ordinamento in cui era inserito l'art. 6 D. Lgs. 358/97 non consentiva la rivalutazione fiscalmente riconosciuta dei beni di A da 100 a 10.000, neppure con il pagamento dell'intera imposta sulla plusvalenza (imposta pari complessivamente al 38% circa della plusvalenza stessa). Tuttavia, se veniva costituita una società B (non avente rapporti di partecipazione con la società A) con un capitale nominale di 10 ed un pari valore

---

<sup>147</sup> TESAURO F., *Compendio di diritto tributario*. III edizione, Torino, 2007.

economico e se la società B incorporava la società A, si realizzava un disavanzo da concambio di 9.900 (pari alla differenza tra l'aumento di capitale di B, determinato dal rapporto di concambio nella misura di 10.000, ed il valore del patrimonio netto contabile di A, pari a 100), che poteva essere assoggettato ad imposta sostitutiva del 19% ed utilizzato per iscrivere nel bilancio dell'incorporante plusvalenze fiscalmente riconosciute sui beni pervenuti da A in sede di fusione. Oltretutto, i maggiori valori iscritti in bilancio in assorbimento del disavanzo da concambio assoggettato ad imposta sostitutiva generavano costi deducibili dal reddito di impresa. Se si considera la differenza di aliquota tra l'imposizione sul reddito di impresa (38% circa) e l'imposta sostitutiva sui disavanzi da concambio (19%), l'operazione di fusione prospettata avrebbe comportato una riduzione del carico fiscale complessivo di 1.881 (pari al 19% di 9.900). Tale esempio consente di comprendere pienamente l'incoerenza sistematica della norma contenuta nell'art. 6 D. Lgs. 358/97, che disponeva il riconoscimento ai fini fiscali del disavanzo da concambio se assoggettato ad imposta sostitutiva. È vero, che la norma antielusiva disposta dall'art. 37-bis del D.P.R. 600/73 consente all'amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi fiscali conseguiti con operazioni elusive<sup>148</sup>.

È altrettanto vero, tuttavia, che i contribuenti riescono frequentemente ad organizzare l'operazione, palesando l'esistenza di ragioni economiche che impediscono l'applicazione della citata norma antielusiva. Il legislatore, nella legge delega per la riforma tributaria, ha invece optato per una diversa soluzione, prevedendo all'art. 4, comma 1, lett. m), L. 80/2003 la "abolizione dell'imposta sostitutiva di cui al decreto legislativo 8 ottobre 1997, n. 358, e successive modificazioni, e della possibilità dallo stesso decreto prevista di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti per effetto dell'imputazione dei disavanzi da annullamento e da concambio derivanti da operazioni di fusione ...". Il D. Lgs. 344/2003, norma di attuazione della L. 80/2003, ha trasfuso il principio contenuto nella legge delega per la riforma tributaria nell'art. 172 del nuovo TUIR, il quale, in relazione alla disciplina dei disavanzi di fusione, prevede: 1) l'irrilevanza sia dei disavanzi da concambio che dei disavanzi di annullamento ai fini della determinazione del reddito imponibile; 2) la non imponibilità dei maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'imputazione del disavanzo da concambio o di quello da annullamento; 3) la continuità in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione dei valori fiscalmente riconosciuti in capo alle società incorporate o fuse dei beni ricevuti

---

<sup>148</sup> LUPI R., *Disavanzo di fusione: paghi tre, deduci due?* in *Rassegna Tributaria*, 1994, p. 1324 e segg.

in sede di fusione. L'eliminazione dell'imposta sostitutiva di cui al D. Lgs. 358/97 e del regime opzionale previsto dallo stesso decreto per il riconoscimento del disavanzo da concambio ha rimosso le fondamentali critiche di violazione del principio della neutralità fiscale mosse al D. Lgs. 358/97.

Tuttavia, la nuova normativa non consente, in nessun caso, il riconoscimento ai fini fiscali del disavanzo da annullamento. Tale mancato riconoscimento costituiva, come si è visto precedentemente, la principale critica all'art. 27 L. 724/94, in quanto comportava la perdita definitiva di parte del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione annullata in sede di fusione, con l'effetto di realizzare una duplice tassazione del medesimo plusvalore. L'interprete sarebbe, quindi, portato ad esprimere un giudizio negativo sulla coerenza sistematica della nuova normativa in materia di disavanzi di fusione. In realtà, la questione è più complessa e necessita di ulteriori riflessioni. L'art. 87 del TUIR, come modificato dal D. Lgs. 344/2003 ha, infatti, introdotto nel nostro Ordinamento il regime della "participation exemption".<sup>149</sup>

Per le partecipazioni che godono di tale regime non saranno tassate le plusvalenze realizzate, ma – simmetricamente – non saranno deducibili le minusvalenze iscritte, né quelle realizzate. Pertanto, nel regime della "participation exemption" l'eventuale differenza tra costo della partecipazione e valore fiscalmente riconosciuto della frazione di patrimonio netto della partecipata non è, né può essere in nessun caso rilevante ai fini della determinazione del reddito imponibile. Di conseguenza, nel regime della "participation exemption", in applicazione del principio della neutralità fiscale della fusione, il disavanzo da annullamento (che accoglie la quota di costo della partecipazione che eccede il valore della frazione di patrimonio netto della partecipata) non dovrebbe mai assumere rilevanza ai fini fiscali, neppure nell'ipotesi in cui il disavanzo, dipendendo da un effettivo minor valore della frazione di patrimonio netto della partecipata rispetto al costo della partecipazione, deve essere immediatamente redditualizzato dal punto di vista economico-aziendale<sup>150</sup>. Di conseguenza, la disposizione che dichiara fiscalmente

---

<sup>149</sup> LUPU R., *Portata generale della 'neutralità della fusione, come esigenza di coerenza generale, che va al di là della mera irrilevanza reddituale'*, in Lupi R. e Stevanato D. (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003, p. 402 e segg

<sup>150</sup> UCKMAR V. - CORASANTI G. - DE' CAPITANI DI VIMARCATI P., *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2009.

irrilevante anche il disavanzo di annullamento in regime di “participation exemption” appare assolutamente coerente dal punto di vista sistematico e rispetta perfettamente il principio di neutralità fiscale della fusione. Tuttavia, non a tutte le partecipazioni viene applicato il regime della “participation exemption”, per cui nell’ipotesi in cui la fusione comporta l’annullamento di partecipazioni alle quali non si applica il regime della “participation exemption” si ripropone in tutta la sua gravità il problema della mancanza di neutralità fiscale della fusione nelle medesime condizioni in cui si era posto a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 27 L. 724/94. L’art. 87 del nuovo TUIR, introdotto dal D. Lgs. 344/2003 prevede, infatti, che il regime della “participation exemption” si applichi solo alle partecipazioni che abbiano i seguenti requisiti:

- a) possesso ininterrotto dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell’avvenuta cessione;
- b) classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- c) residenza fiscale della società partecipata in un paese o territorio a fiscalità non agevolata o avvenuta dimostrazione, a seguito dell’esercizio dell’interpello, che dalle partecipazioni non consegue l’effetto di localizzare i redditi in paesi o territori a fiscalità agevolata;
- d) esercizio da parte della società partecipata di una impresa commerciale, il cui patrimonio non sia investito prevalentemente in 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<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> TINELLI G. (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009.

## CONCLUSIONI:

Non ogni negozio che comporti l'utilizzo del patrimonio della società *target* per il rimborso (o la garanzia) del finanziamento assunto dal socio per procedere all'acquisto delle azioni di *target* rientra nel divieto di assistenza finanziaria.

Occorre verificare la *natura* dell'operazione posta in essere; il *soggetto* che ha posto in essere l'operazione considerata; i *destinatari* dell'utilizzo del patrimonio sociale; nonché le *finalità* dell'operazione stessa.

Ciò che l'art. 2358 c.c. vieta è che la società (*rectius*, gli amministratori della società) provvedano ad effettuare pagamenti, anticipazioni, a creare garanzie, accolti, e, comunque ad utilizzare le ricchezze della società *direttamente* per attribuire “vantaggi” a favore di soggetti che hanno acquisito o sottoscritto azioni sociali, vantaggi finalizzati al rimborso o alla garanzia di obbligazioni da questi contratte per l'acquisizione o la sottoscrizione delle azioni.

Ma ciò non toglie che il nuovo socio — anche attraverso amministratori di propria fiducia — abbia alcuni strumenti legittimi per utilizzare ai propri fini (e, quindi, anche al fine di rimborsare o garantire il debito contratto per procedere all'acquisizione o alla sottoscrizione delle azioni di *target*) il patrimonio della società, sempre che gli amministratori non agiscano *esclusivamente* a tal fine ed a danno della società. E, pertanto, a titolo meramente esemplificativo, gli amministratori della società potranno liberamente provvedere ad operazioni di ristrutturazione, quindi liberamente gestire la società al fine di creare nuovi utili, così come i soci potranno liberamente deliberare la distribuzione degli utili sociali, della riserva sovrapprezzo e delle altre riserve disponibili, la liquidazione della società, nonché la fusione e la scissione della stessa, se rientrante in una logica imprenditoriale, che non sia a esclusivo detrimento della società e/o dei soci di minoranza, nonché la riduzione del capitale sociale, sussistendo effettivamente il requisito della esuberanza dello stesso rispetto alle effettive esigenze dell'oggetto sociale. Nella misura in cui la prestazione della società sia effettuata a favore di tutti i soci e non sia esclusivamente finalizzata a prestare assistenza finanziaria ad un socio per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, il nuovo socio deve essere trattato come un normale socio: non può attribuirsi un giudizio di illegalità al comportamento del socio che, pur indebitatosi per procedere all'acquisizione delle azioni sociali, distragga, utilizzando gli strumenti legittimi previsti dal legislatore, ricchezze dalla società per rimborsare il debito contratto; ciò a condizione che: i) nel caso in cui vi sia una pluralità di soci la distrazione

di ricchezze della società sia effettuata a *favore di tutti i soci indistintamente* l'utilizzo che il socio in esame (neo-acquirente) fa delle somme così ricevute dalla società non sia stato preventivamente concordato e risulti assolutamente irrilevante per la società stessa, rispetto alla distrazione in sé (cioè, la tipologia di distrazione di ricchezze sociali posta in essere dalla società deve essere di natura tale che le eventuali ragioni del singolo socio risultino del tutto irrilevanti o comunque ragionevolmente ignote alla società stessa).

Occorre infatti considerare che non è illegittimo che la società presti garanzie o finanziamenti al socio, bensì che la società faccia ciò *in connessione* con l'acquisto o la sottoscrizione da parte del socio delle azioni (o quote) sociali. Infatti, se ed in quanto vi sia un trattamento paritario di tutti i soci e i requisiti procedurali e di sostanza di volta in volta richiesti dal legislatore in relazione al negozio posto in essere siano soddisfatti, la società potrà distrarre ricchezze a favore dei soci, nei limiti e con le formalità applicabili all'istituto posto in essere dalle parti, anche se *uno dei soci* utilizzi le somme così ricevute per rimborsare un debito contratto per procedere all'acquisizione delle azioni (o quote) sociali, sempreché l'operazione posta in essere dalla società abbia una propria giustificazione imprenditoriale alla luce dell'interesse sociale (anche in un'ottica di gruppo) e la distrazione di ricchezze non crei un inammissibile squilibrio nella situazione finanziario-patrimoniale della società. Ma, in quest'ultimo caso, ciò che rappresenta un limite all'operatività del trasferimento delle ricchezze ai soci è l'applicabilità del generale principio di disinteressata, sana e prudente gestione aziendale, che deve guidare l'operato degli amministratori in ogni atto gestionale, i quali possono legittimamente assumere rischi gestionali nei limiti della « ragionevolezza » e senza violare specifiche disposizioni di legge.

## BIBLIOGRAFIA

ACQUAROLI S., *Il principio di neutralità fiscale in rapporto alla natura economica- aziendale delle operazioni di fusione e di scissione societaria*, in *A.F. Analisi finanziaria*, n. 20, 1995.

ALBANO G., *Operazioni Straordinarie. La linea interpretativa del fisco sui profili anti-abuso delle scissioni*, *Il fisco* 4/2019.

BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, in *Il fisco* n. 23 del 2015.

BEGHIN M., *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione dell'esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018.

BERLIRI A., *L'obbligo di contribuire in proporzione della capacità contributiva, ecc.*, in *Studi in memoria di Giuffrè*, Milano. 1967.

BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1992

BRUNI G., *La fusione delle imprese*, in *Aa.Vv., L'impresa*, Vol. IV, Milano, 1990.

BUSANI A.– F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la fusione*, in *Le Società*, 2018.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, 1994.

CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Cedam 2007.

COLLI VIGNARELLI A., *Elusione, abuso del diritto e applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Boll. Trib.*, 2009, 679. Sulle differenze tra abuso ed elusione (codificata) cfr., invece, G., TABET, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, ivi, 2009, 85.

COLOMBOG. E., *Il bilancio d'esercizio*, nel *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7 ed., Torino, 1994.

CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*. Ediz. 2017. Gruppo 24 Ore.

CONSOLO G., *I profili sanzionatori amministrativi e penali del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario* n. 39 del 2015.

D'ALESSANDRO F., *Rapporti di scambio tra una società ed i suoi azionisti e divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto delle azioni proprie*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 1017. In giurisprudenza, cfr. Trib. Ivrea, 12 agosto 1995, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, c. 196.

DELLA VALLE E. -V. FICARI-G. MARINI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Giappichelli Editore, Torino, 2016.

DEOTTO D., *L'abuso del diritto tributario può essere individuato solo per esclusione*, in *Il fisco* n. 21 del 2014.

DI SIENA M., *Brevi riflessioni sulla disciplina antielusiva con riguardo alla tassazione di gruppo*, in *Tributimpresa*, 2004.

DORERO A., *Abuso del diritto in attesa di scelta sistematiche*, in *Corriere Tributario* n.2/2019.

FALSITTA G., *Fusione di società e iscrizione dell'avviamento in Rassegna Tributaria*, Vol. I, 1986.

FALSITTA G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in corso di pubblicazione nella rivista *Corr. giur.*, 2009, 17.

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

FIORENTINO S., *Le perdite su crediti nella determinazione del reddito d'impresa*. in *Dir. Prat. Trib.*. 1997, I, 1499.

FRAU F., *Aspetti peculiari dell'elusione fiscale*, Santarcangelo di Romagna 2014.

FRÉ G., *Società per azioni*, Commentario Scialoja Branca, 5ª ed., sub art. 2358, Bologna-Roma, 1972.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, III, L'impresa e le società*, Padova, 1999.

GALLO F. *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. Trib.*, n. 2/2006.

GALLO F., *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna tributaria*, 2016.

GAREGNANI M. G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999.

GIORGIANI M., BIGLIAZZI GERI *Buona fede nel diritto civile*, in Digesto Dir. Priv., sez. civ., II, Torino, 1988.

GOMMELLINI A., *Le operazioni di Leveraged buy-out di fronte al diritto italiano delle società (conflitto di interessi tra socio e società, operazioni della società sulle proprie azioni, frode alla legge)*, in Riv. Dir. Comm., 1989.

GONFALONIERI M., *Trasformazione fusione conferimento scissione e liquidazione della società*, Milano, 1998.

GRAMMEGNA F., *Note in punto di Leveraged Buy-Out*, in Riv. Dir. comm., 1993,1.

GRIPPO G., *Il recesso del socio*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. COLOMBO E G.B. PORTALE, 6 ed., Torino, 1993.

INGRAO G., *La cessione di crediti prò solvendo tra valenze e svalutazioni*, in Riv. dir. trib., 2007.

IRTI M., *Intervento*, in Dir. fall., 1990, I.

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

LOVECCHIO L., *Divieto di abuso del diritto: l'incognita applicazione futura della giurisprudenza "invasiva"*, in Il fisco n. 35 del 2015.

LUPI R., *Disavanzo di fusione: paghi tre, deduci due?* in Rassegna Tributaria, 1994.

LUPI R., *Usufrutto di azioni: una norma antielusione non si può inventare*, in Rass. trib., 1995, 1936.

LUPI R., *Portata generale della 'neutralità della fusione, come esigenza di coerenza generale, che va al di là della mera irrilevanza reddituale'*, in Lupi R. e Stevanato D. (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003.

MACELLARI I. M.NESSI, *Operazioni straordinarie*, Ipsoa, Milano, 2018.

MAISTO G., *Elusione ed abuso del diritto tributario : orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria* Milano, 2009.

MANONI E., *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in Diritto e pratica tributaria n.1/2019.

MARASCO F., «Leveraged» e «Management buy out»: operazioni lecite, operazioni in frode e funzioni del notaio, in *Notariato*, 1996.

MENGONI L., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 6 della voce.

MICCINESI M., *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. Imp.*, 2004.

MICHELUTTI R., *Riflessioni a margine della nuova disciplina sul riporto delle perdite*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, 630.

MIELE L., *Scissioni non proporzionali senza abuso*, *Il Sole 24 Ore* - 9 agosto 2016.

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

MINOSSI D., *Il rapporto obbligatorio*, Napoli, 2006; C. Nobili, *Le obbligazioni*, Milano, 2001

MORELLO U., *Il problema della frode alla legge rivisitato (fusioni per prevalenti scopi fiscali, leveraged buy-outs e management buy-outs)*, in AA.VV., *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni di comodo: tra autonomia e controllo*, Milano, 1990.

OCCHETTA L. LA CANDIA I., *Abuso del diritto. Le novità del decreto sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuenti*, *Rivista il Sole 24 Ore*, sett. 2015.

PARDOLESI R., *Leveraged Buyout: una novità a tinte forti (o fosche?)*, in *Giur. Comm.*, 1989, I, p. 402; A. FRIGNANE, *Il Leveraged Buy-Out nel diritto italiano*, in *Giur. Comm.*, 1989, I, p. 419. Cfr. anche A. MORANO, *Liceità o illiceità del leveraged buy-out?*, in *Le Società*, 1992.

PARTESOTTI G., *Le operazioni sulle azioni in Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. COLOMBO E G.B. PORTALE, Torino, 1991.

PEROTTA R., GAREGNANI G.M., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

PIANTAVIGNA P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo* Torino 2011.

PICONE L. G. *Le modifiche al regolamento Consob n. 11971/99 in tema di opa*, in *Le Società*, 2000.

PICCONE FERRAROITI P., *Riflessioni sulla norma antielusione introdotta dall'art. 7 del D.P.R. n. 358/97 (art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973)*, in *Rass. trib.*, 1997, 1147.

POGGIOLI M., *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'IVA e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 2006.

PORCARO G. *Fusione: continuità di valori, avanzi e disavanzi*, in LUPI R. e STEVANATO D. (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002.

PORTALE G. B., *Gruppi e capitale sociale*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16, 17, 18 novembre 1995, Milano, 1996.

POTITO L., *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

ROMANO M. – M. TALIENTO, *Il trattamento contabile delle scissioni 'inverse': criticità alla luce degli standard di riferimento*, *Rivista dei Dottori Commercialisti* n. 2, Aprile – Giugno 2016.

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, p. 116; RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I.

SANTACROCE B., SBANDI E., *La nuova disciplina antiabuso e il diritto di interpello: riferibilità dell'istituto ai tributi doganali*, in *Il Fisco*, 2015.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1989.

SAVIOLI G., *Fusione di società*, Milano, 1994.

SCUFFI M., *La codificazione dell'abuso del diritto secondo il Decreto Legislativo n. 128 del 2015*, in *Rivista di Diritto Tributario* n. 3 del 2015.

SERRANÒ M. V., *Brevi considerazioni sulle prospettive di riforma in tema di "abuso del diritto o elusione fiscale"*, in *Bollettino Tributario* n. 7 del 2015.

SERGES G., *Art. 117, 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006.

SERRANO' M. V., *Brevi considerazioni sulle prospettive di riforma in tema di "abuso del diritto o elusione fiscale"*, in *Bollettino Tributario* 7/2015.

SPOLIDORO M. S., in A. Serra e M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994.

TABELLINI P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007.

TALIENTO M., *Il trattamento contabile delle scissioni, inverse" criticità alla luce degli standard di riferimento*, Rivista dei Dottori Commercialisti n. 2, Aprile – Giugno 2016.

TAMPIERI A., *La prestazione di garanzie reali nel leveraged buy out*, in *Dir. Economia*, 1990.

TESAURO T., *Compendio di diritto tributario*, Wolters Kluwer Italia, 2016.

TINELLI G. (a cura di), *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009.

UCKMAR V. - CORASANTI G. - DE' CAPITANI DI VIMARCATI P., *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2009.

ZIZZO G., *Nullità negoziali ed elusione tributaria*, commento a Cass., sez. trib., ord. 13 aprile 2006 - 24 maggio 2006, n. 12301.

## GIURISPRUDENZA

Cass. 21 gennaio 1970, in *Giust. civ.*, 1970,1, c. 348.

Cass. 21 gennaio 1970 n. 123, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1130; Cass. 13 luglio 1981, n. 4540, in *Riv. Dir. comm.*, 1981, II, p. 287.

Cass. 13 luglio 1981 n. 4540, in *Riv. Dir. Comm.*, 1981, II, p. 287.

Così, cfr. Cass. 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, II, p. 85.

Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, p. 3, con nota di MUGURUZA-ROCCATAGLIATA, *La Corte di giustizia Cee ci ripensa: la "coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non residenti*.

Trib. Genova, 13 ottobre 1996, in *Giur. Comm.*, 1989, II, p. 661, secondo cui «il prestito per l'acquisto delle azioni (...) deve verificarsi in un momento anteriore alla sottoscrizione delle azioni».

Trib. Milano, 13 maggio 1999, cit., con nota di commento di M.S. SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e «leveraged buy out»*, in *Le Società*, 2000, p. 75. La sentenza può essere letta anche in *Giur. it.*, 1999, p. 2105, con nota di commento di P. MONTALENTI, *Leveraged buy out: una sentenza chiarificatrice*, ivi, p. 2106.

Cass. Pen., sez. V, 4 febbraio 2000 - D'ANDRIA, in *Le Società*, 2000, p. 711, *Liceità del «merger leveraged buy out»?*; in *Corr. Giur.*, 2000, p. 745, con nota di commento di P. SCHLESINGER, *Leveraged buy out: un'apparente presa di posizione della Cassazione penale*; in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 7 del 17 aprile 2000, con nota di R. PALMIERI.

Cass., Sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Corr. trib* n 46/2005. 3653; Cass., Sez. trib., 26 ottobre 2005, n. 20816, in Banca Dati BIG. IPSOA; Cass., Sez. trib., 14 novembre n. 3/2006, 212.

Cass, sez. trib., nell'ordinanza di rinvio 4 ottobre 2006, n. 21371.

Cass., 6 aprile 2000, n. 13181; Cass., 20 novembre 2001. n. 14568; Cass., 23 maggio 2002, n. 7555 e Cass., 30 gennaio 2006, n. 5357.

Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, in *Corr. trib.*, 2006, 4466, con commento di BASILAVECCHIA M., *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili*, e in *Riv. dir. trib.*, 2007, IV, 3 ss.,

Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*, in *Rass. trib.*, 2009, I, p. 580, con nota di RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*.

Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*, in *Rass. trib.*, 2009, I, p. 580, con nota di RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*.

Corte di Cassazione sentenza n. n. 8772/2008.

Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Giust. civ.*, n. 9, 2009, p. 1873.

Cass., Sez. civ. V, 8 aprile 2009, n. 8481.

Cass., sez. trib., 3 novembre 2010, n. 22309, in *Banca dati fisconline*, che ha dato origine alla già richiamata sentenza Corte di Giustizia, 29 marzo 2012, nonché Cass., sez. trib., 8 febbraio 2008, n. 3030, in *Rass. trib.*, 2008, p. 1704, con nota di PEPE, *Fiscalità cooperativa e "aiuti di Stato": questioni metodologiche e principi generali*, e Id., 8 febbraio 2008, n. 3033, in *Dir. prat. trib.*, 2008, II.

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 maggio 2010, n. 3129.

Cass., sez. trib., 25 maggio 2009, n. 12042, in *Giust. civ.*, n. 6 2010.

Corte di Giustizia, 29 marzo 2012, causa C-417/10, *3mitalia*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, III, p. 91, con nota di VILLANI, *L'abuso del diritto: incomprensione o incertezza delle scelte di fondo?*

Corte di Giustizia, 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Flemish*, in particolare par. 39, e la giurisprudenza ivi citata, nonché, da ultimo, Corte di Giustizia, 7 novembre 2013, causa C-313/12, *Romeo*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

Cass., sez. un., 29 luglio 2013, n. 18184, in questa *Rivista*, n. 4, 2013, p. 989, con nota di MULEO, *Avviso di accertamento ante tempus e vizi dell'atto*, e in *Rass. trib.*, 2013, p. 1130 ss., con nota di TESAURO.

Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859, in *Banca dati de jure*

Cass., sez. trib., 15 novembre 2013, n. 25671, in *Banca dati fisconline*.

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, causa C-362/12, *Test Claimants*, in *Banca dati fisconline*

Cass., sez. trib., 7 novembre 2013, n. 25035, in *Banca dati fisconline*.

Cass., 20 marzo 2013, n. 6925, e, negli stessi termini, Id., 11 settembre 2013, n. 20771, in *Banca dati fisconline*.

Cass., 27 gennaio 2014, n. 1565, in *Banca dati fisconline*.

Cass. Civ. sent. 439/2015

Corte di Cass. con sentenza n.6758/2017.