

LUISS 

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO TRIBUTARIO DELL'IMPRESA

**LA SCISSIONE E L'ELUSIONE FISCALE
AI FINI DELLE IMPOSTE DIRETTE**

Chiar.ma Prof.ssa LIVIA SALVINI
RELATORE

Chiar.mo Prof. FEDERICO RASI
CORRELATORE

ALESSIO BALDASSARRA
156723

CANDIDATO

ANNO ACCADEMICO
2022/2023

LA SCISSIONE E L'ELUSIONE FISCALE AI FINI DELLE IMPOSTE DIRETTE

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO 1 - L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO	6
1.1. DEFINIZIONE E CARATTERISTICHE DELL'ELUSIONE FISCALE	6
1.2. I LIMITI SUPERIORI E INFERIORI DELLE FATTISPECIE POTENZIALMENTE ELUSIVE.....	15
1.2.1. (segue) Il rapporto con la pianificazione fiscale	15
1.2.2. (segue) Il rapporto con l'evasione fiscale	18
1.2.3. (segue) Il rapporto con la simulazione	23
1.3. LA NOZIONE DI ABUSO DEL DIRITTO.....	25
CAPITOLO 2 – L'INQUADRAMENTO LEGISLATIVO E GIURISPRUDENZIALE DELL'ELUSIONE FISCALE	39
2.1. EVOLUZIONE DELLA FATTISPECIE E ORIGINI: L'ART. 37-BIS NEL D.LGS. 600/1973.....	39
2.2. LE CLAUSOLE GENERALI E LA GIURISPRUDENZA DELL'ABUSO DEL DIRITTO.....	51
2.2.1. (segue) Il percorso comunitario	58
2.2.2. (segue) Il percorso nazionale	68
2.3. L'ART. 10-BIS NEL D.LGS. 212/2000.....	79
2.3.1. Il vantaggio fiscale indebito	87
2.3.2. Il difetto di sostanza economica	90
2.3.3. Le valide ragioni extrafiscali.....	93
2.4. IL RAPPORTO TRA L'ART. 10 BIS DEL D.LGS. 212/2000 E LA CLAUSOLA ANTI-ABUSO DELLA DIRETTIVA ATAD.	96
2.5. LA <i>GENERAL ANTI AVOIDANCE RULE</i> NEGLI ORDINAMENTI INTERNAZIONALI.....	99
CAPITOLO 3 – LE OPERAZIONI STRAORDINARIE: LA SCISSIONE	104
3.1. LA NOZIONE DI OPERAZIONI STRAORDINARIE	104
3.2. LA SCISSIONE SOTTO IL PROFILO CIVILISTICO	106
3.3. INQUADRAMENTO FISCALE.....	122
3.3.1. Il trattamento delle operazioni straordinarie nella disciplina fiscale	123
3.3.2. La scissione nelle imposte dirette: l'art. 173 del TUIR e la neutralità tributaria	129
3.3.2.1. Le posizioni soggettive	132
3.3.2.2. Acconti d'imposta, fondi di accantonamento, rimanenze e fondi in sospensione d'imposta	135
3.3.2.3. La decorrenza della scissione	137
3.3.2.4. La SAAR in relazione alle perdite, interessi e ACE.....	138
3.3.2.5. La "supersolidarietà" nella responsabilità fiscale	145

CAPITOLO 4 - L'ELUSIONE FISCALE NELLE OPERAZIONI DI SCISSIONE.....	148
4.1. ORIGINE DEL PROBLEMA – L'IMPOSTAZIONE ORIGINARIA DELL'ART. 123-BIS DEL TUIR.....	148
4.1.1. <i>Evoluzione della prassi dell'Amministrazione finanziaria</i>	153
4.2. LA SCISSIONE PROPORZIONALE.....	158
4.2.1. <i>Le scissioni proporzionali non elusive</i>	159
4.2.2. <i>Le scissioni proporzionali elusive</i>	162
4.3. LA SCISSIONE NON PROPORZIONALE E LA SCISSIONE ASIMMETRICA.....	168
4.3.1. <i>Le scissioni non proporzionali non elusive</i>	169
4.3.2. <i>Le scissioni non proporzionali elusive</i>	175
4.3.3. <i>Le scissioni asimmetriche</i>	179
4.4. VALUTAZIONE DELLE OPERAZIONI STRUMENTALI E SUCCESSIVE ALLA SCISSIONE	181
4.5. CASI PARTICOLARI DI SCISSIONE	187
4.5.1. <i>La scissione avente ad oggetto singoli beni</i>	187
4.5.2. <i>La scissione di cassa</i>	190
4.5.3. <i>La scissione mediante scorporo</i>	191
CONCLUSIONI.....	196
BIBLIOGRAFIA	199

INTRODUZIONE

Il vasto panorama giuridico nazionale, già di per sé assai intricato, raggiunge l'apice dell'equivocità nel diritto tributario. Tale peculiarità si coglie ancor di più laddove si consideri l'interconnessione che questa materia ha non solo con le altre branche del diritto, ma altresì con altre materie, quali quelle della ragioneria e dell'economia. A ciò si aggiunga che il labirinto normativo, generato da un'ipertrofia legislativa che da tempi immemorabili 'inquina' il settore fiscale, è aggravato da orientamenti ondivaghi degli uffici giudiziari e dell'Amministrazione finanziaria; il tutto a scapito degli operatori economici, in balia degli "umori" delle Agenzie fiscali e del legislatore.

Certamente, non sono esclusi da simili considerazioni i fenomeni dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto, ormai ricondotti *ad unicum* dallo stesso legislatore. Anzi, forse proprio il concetto di elusione fiscale è quello che ha suscitato maggiori perplessità, dando vita a una mole di opere dottrinali e interventi legislativi, giurisprudenziali e amministrativi, fuori dal comune. Come meglio dettagliato nel Capitolo I, l'abuso del diritto – di derivazione francofona – non ha mai trovato una piena dignità legislativa in Italia. Cionondimeno, gli operatori del diritto non sono rimasti indifferenti di fronte al tema, cercando con vari tentativi di dare un contorno più definito a un concetto che, almeno inizialmente, era spiccatamente astratto. Lo stesso discorso vale anche per l'elusione fiscale, inizialmente considerata slegata dall'abuso del diritto, anche in virtù di un approccio casistico non perfettamente coerente con l'indeterminatezza dell'istituto dell'abuso. Ricorrendo all'assimilazione con altri concetti del diritto civile, non le si è data – nonostante l'importanza delle questioni che dalla stessa hanno tratto origine – una disciplina unitaria per diverso tempo, relegando la sua regolamentazione a delle clausole antielusive speciali, integrate da indirizzi interpretativi sovente incoerenti tra loro. Ma d'altronde, *lex est araneae tela, quia, si in eam inciderit quid debile, retinetur; grave autem pertransit tela rescissa* (la legge è come una ragnatela, se vi cade qualcosa di leggero lo trattiene; ciò che è pesante, al contrario, rompe la tela e passa oltre).

Nella vigenza di un disordinato apparato legislativo, si è lentamente giunti alla formazione di un vero e proprio nodo gordiano. Obiettivo del presente elaborato non sarà

quello di sciogliere il “*nodo*”, trattandosi di questioni la cui soluzione può non essere univoca. Dunque, nei limiti del possibile, si redigerà una sinossi delle diverse chiavi di lettura, relative ai concetti di elusione fiscale e abuso del diritto, che si sono susseguite negli ultimi decenni, fino a raggiungere i più recenti orientamenti, basati sulla (ormai non più) nuova Clausola generale antiabuso, impressa nell’art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente. A tale analisi saranno dedicati i primi due Capitoli della trattazione.

Sulla falsariga di quanto esposto nei Capitoli 1 e 2, si inseriscono i capitoli finali, concernenti l’operazione di gestione straordinaria che ha dato origine al maggior numero di risposte a interpello antiabuso: la scissione. Originariamente concepita come strumento per la riorganizzazione aziendale, la scissione ha gradualmente assunto un ruolo piuttosto scomodo in ottica fiscale, prestandosi facilmente a fenomeni elusivi.

Nel terzo capitolo, sarà offerta una breve esposizione delle norme civilistiche e fiscali attualmente vigenti in tema di scissione e operazioni straordinarie.

Al quarto capitolo, l’elaborato si propone di esplorare le fattispecie di scissione che più frequentemente si sono presentate di fronte all’Agenzia delle Entrate. Nel corso della trattazione, si vedrà come l’intento iniziale di fornire alle imprese uno strumento flessibile e adattabile alle circostanze concrete si è scontrato con una prassi distorta delle istituzioni, volta a inibire iniziative anche potenzialmente abusive della disciplina fiscale.

CAPITOLO 1 - L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO

Prima di addentrarci nella trattazione dell'istituto della scissione e delle sue implicazioni dal punto di vista fiscale, è necessario introdurre e analizzare attentamente il fenomeno dell'elusione fiscale, ormai da tempo oggetto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha portato a una progressiva evoluzione e lento perfezionamento del concetto in esame. Nonostante risulti difficile addivenire a un risultato esauriente, nel corso del capitolo si cercherà di analizzare quello che è stato il tortuoso cammino della nozione di elusione fiscale, partendo dai suoi inizi, per poi procedere, più avanti, all'esame delle disposizioni domestiche che si sono susseguite nel tempo.

1.1. Definizione e caratteristiche dell'elusione fiscale

Quello dell'elusione fiscale è stato un tema che ha assunto un ruolo sempre più centrale nel panorama giuridico italiano, diventando oggetto di un acceso dibattito che vede la sua nascita fin dal decennio 1920-1930. Si attribuisce un ruolo rilevante all'opera di B. Griziotti e alla c.d. Scuola di Pavia, che hanno elaborato una teoria secondo la quale l'imposta non viene più vista come un prelievo odioso, ma quale contributo necessario per il corretto riparto delle spese comuni e dell'organizzazione dello Stato¹. L'abuso del diritto² in Italia era trattato alla stregua di un motivo di biasimo, insuscettibile perciò di una sanzione: si giunse così alla mancata inclusione nel codice del 1942 di una clausola generale antiabuso e alla sua esclusione dal rango di principio generale dell'ordinamento; si era preferito l'utilizzo di specifiche disposizioni che andassero a sanzionare quelle condotte qualificate come espressamente abusive, applicabili solamente nei settori del diritto cui la disposizione si riferiva.

Un intervento più corposo in tema di abuso arriverà soltanto con l'art. 10 della l. 408/1990, successivamente sostituito dall'art. 37-*bis* del DPR 600/1973, norma che però rimandava a una serie limitata di operazioni specificamente individuate e connotata da

¹ Così G. Maisto, *Elusione ed abuso del diritto tributario: Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009, p. 6 ss.

² Per il momento il termine "abuso" sarà utilizzato come sinonimo di quello di "elusione", ma nel prosieguo della trattazione verranno precisate le motivazioni per cui è possibile ritenere le due nozioni come intercambiabili.

diverse carenze e difficoltà interpretative. Un ruolo primario per un intervento omogeneo di contrasto all'abuso in ambito tributario si è avuto a livello europeo, con diverse pronunce della Corte di Giustizia che hanno portato all'elaborazione dei requisiti per la qualificazione di una condotta come abusiva³. È proprio sulla scia del virtuoso “invito” fatto dal giudice comunitario che si è sviluppata una cospicua giurisprudenza nazionale volta ad applicare quelli che sono stati individuati come i principi cardine enucleati dalla CGUE⁴. Grazie anche alle spinte dell'ordinamento UE si è arrivati, con il d.lgs. 128/2015, all'ingresso nel c.d. Statuto dei diritti del contribuente (l. 212/2000) dell'art. 10-*bis*; con questo intervento è, dunque, approvata anche nel nostro ordinamento una norma antiabuso a carattere generale (c.d. GAAR, *General anti-avoidance rule*).

Rappresenta un principio di rango generale quello secondo cui il contribuente è legittimato a perseguire i propri affari adottando la misura fiscalmente più conveniente: attraverso l'utilizzo degli schemi giuridici posti a disposizione dall'ordinamento un soggetto non può essere obbligato ad utilizzare quello più oneroso, potendo legittimamente usufruire di uno strumento meno gravoso anche e soprattutto dal punto di vista fiscale, realizzando un c.d. lecito risparmio d'imposta. La Cassazione a più riprese ha affrontato l'argomento, rimarcando che “*Non costituisce elusione la sola scelta del contribuente di non seguire l'opzione fiscalmente più onerosa*”⁵; la stessa Corte di Giustizia, a partire dal *leading case* nella sentenza c.d. *Halifax*, afferma che “*i soggetti passivi sono generalmente liberi di scegliere le strutture organizzative e le modalità operative che ritengono più idonee per la loro attività economica nonché al fine di eliminare i loro oneri fiscali*”. Il problema sorge nel momento in cui le operazioni poste in essere dal contribuente risultano finalizzate all'esclusivo o principale fine di realizzare un risparmio d'imposta attraverso la

³ In particolare, si veda, Corte di giust., 14/12/2000, C-110/99, c.d. *Emsland-Starke*; Corte di giust., 21/02/2006, C-255/02, c.d. *Halifax*.

⁴ Un'accesa critica all'applicazione indistinta dei principi elaborati dalla CGUE è posta da M. Beghin in *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Milano, 2021, p. 348 ss. Si veda anche V. Liprino, *Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso di diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Parte Service*, in Riv. Dir. Trib., 2008, II, p. 133 ss.

⁵ Cass., sez. trib., 27/3/2015, n. 6226. Sempre nella medesima pronuncia, richiamando un orientamento consolidato la Corte afferma che “*costituisce condotta abusiva l'operazione economica che abbia quale suo elemento predominante ed assorbente lo scopo elusivo del fisco, sicché il divieto di siffatte operazioni non opera ove esse possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta*”.

strutturazione di una serie di manovre, spesso anche particolarmente artificiose e complesse, che se prese singolarmente sarebbero formalmente legittime – in quanto formalmente rispettose delle disposizioni di legge interpellate – ma, ad uno sguardo più attento, il comportamento del soggetto passivo d'imposta sarebbe guidato dal mero scopo (principale o esclusivo) di realizzare un indebito risparmio d'imposta: indebito giacché contrario alla *ratio* perseguita dalla norma.

Per evitare un eccessivo genericismo, bisogna innanzitutto dare una definizione al fenomeno, così da poterlo distinguere da concetti simili, ma incompatibili e differenti con quello di elusione. Un contributo importante a delimitare i termini della questione si deve – grazie all'opera di ricerca del prof. G. Melis⁶ – a E. Blumenstein, secondo il quale si prospetta un'operazione elusiva quando attraverso “*un determinato procedimento intenzionale fino dal principio venga posto in essere un patto che non integri i presupposti per l'imposizione oppure attenui la grossezza dell'imposta dovuta*”⁷. Dalla definizione appena presentata, innanzitutto bisogna evidenziare il termine “*procedimento intenzionale*”, posto che l'intenzionalità rappresenta uno dei fattori caratterizzanti dell'elusione che permette di differenziarla dalla pianificazione fiscale aggressiva⁸. Tuttavia, non bisogna dargli eccessiva rilevanza, in quanto l'elemento intenzionale non afferisce ad errori sull'abusività o meno della condotta, dal momento che, anche in termini di certezza del diritto, sarebbe eccessivamente gravoso per l'Amministrazione finanziaria ricercare l'intento che ha guidato il contribuente a realizzare l'operazione elusiva. Difatti, nessuna delle norme presenti nel nostro ordinamento fa espressa menzione della volontà di realizzare un risparmio d'imposta, trasformando l'elemento soggettivo in termini oggettivi. Sono perciò irrilevanti, allo stato attuale della legislazione nazionale, i fini perseguiti dal soggetto passivo⁹. Riprendendo la Circolare Assonime n. 21/2016, “*stabilire se un comportamento ha*

⁶ G. Melis, *L'Interpretazione Nel Diritto Tributario*, Padova, 2003, p. 216 ss.

⁷ E. Blumenstein, *Sistema di diritto delle imposte*, trad. a cura di F. Forte, Milano, 1954, p. 27. Continua affermando “*In ciò l'elusione differisce dall'evasione dell'imposta, per la quale esiste il fatto che è a fondamento dell'imposizione, ma la sua esatta valutazione da parte degli organi amministrativi viene impedita mediante un comportamento illegale del contribuente*”.

⁸ Si veda *infra*, par. 1.2.1.

⁹ G. Zizzo, *La preordinazione degli atti nell'abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, n. 4, 2023, p. 317. L'autore si preoccupa di risolvere, con riferimento alla normativa attuale sull'elusione fiscale, il problema dell'elemento

carattere abusivo comporta un'attività interpretativa delle norme e delle operazioni realizzate sul presupposto che le scelte compiute dal contribuente siano di per sé sorrette da una volontà perfetta ed esente da errori, a nulla rilevando il grado di consapevolezza di compiere o meno un'operazione abusiva"¹⁰.

Le esigenze di certezza del diritto in ambito tributario non vengono invece in contrasto con l'altro tratto caratteristico, ma non determinante, del risparmio d'imposta. Non determinante in quanto, affinché si configuri elusione, il risparmio d'imposta deve essere accompagnato dal carattere indebito dello stesso. Seguendo una definizione prospettata da A. Contrino *"Si ha legittimo risparmio d'imposta ogniqualvolta il contribuente selezioni all'interno dell'ordinamento e ponga in essere la condotta fiscalmente meno onerosa tra due percorsi negoziali fra loro alternativi ma equivalenti in termini di risultato economico-giuridico"*¹¹. E un contributo importante per discernere fra lecito risparmio d'imposta e abuso del diritto si può rinvenire nella relazione all'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973, dove si afferma che *"si può fornire così un criterio tendenziale per distinguere l'elusione rispetto al mero risparmio d'imposta: quest'ultimo si verifica quando tra i vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello fiscalmente meno oneroso. Non c'è aggiramento fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette a disposizione [...]. Tra gli strumenti fungibili, ma che il sistema pone su un piano di sostanziale parità si pensi, ad esempio, alla scelta sul tipo di società da utilizzare, alla scelta tra cedere aziende e cedere*

soggettivo. Difatti, nessuna delle norme presenti nel nostro ordinamento fa espressa menzione della volontà di realizzare un risparmio d'imposta, trasformando l'elemento soggettivo in termini oggettivi. Sono perciò irrilevanti, allo stato attuale della legislazione nazionale, i fini perseguiti dal soggetto passivo.

¹⁰ Assonime, Circ., 4/08/2016, n. 21, pp. 38-39. Continua nella nota 60, p. 39 *"In proposito, è stato rilevato in dottrina che il profilo della volontarietà o meno del comportamento abusivo (cd. elemento soggettivo dell'abuso) non poteva essere del tutto obliterato. Più precisamente si è sostenuto che l'idea di prescindere dalle intenzioni del contribuente non era coerente con la possibilità di far valere come esimente ragioni extrafiscali di natura soggettiva. [...] Tuttavia, la rilevanza delle ragioni extrafiscali sottostanti alla scelta del contribuente non sembra potersi estendere agli eventuali vizi di volontà o di rappresentazione del contribuente, nel momento in cui quest'ultimo abbia posto in essere l'operazione. Non sembra ragionevole, cioè, che possa ammettersi l'ipotesi di una condotta abusiva da giustificare perché "inconsapevole" e non volontaria"*.

¹¹ A Contrino, *I confini dell'abuso*, in G. Zizzo, A. Contrino, M. Beghin, *Abuso Del Diritto Ed Elusione Fiscale*, Vol. 2, Torino, 2016, p. 35. Continua *"Il risparmio d'imposta è "lecito" perché la differenza di trattamento fiscale fra le condotte alternative è il frutto di una precisa scelta legislativa ed è previsto, di norma, in funzione del raggiungimento di particolari obiettivi di politica tributaria o di politica economica, cosicché la scelta del contribuente è pienamente congruente con la ratio della normativa fiscale applicata"*.

*partecipazioni sociali, o al sistema di finanziamento basato su capitale proprio o di debito [...]. In tutti questi casi la scelta della via fiscalmente meno onerosa non è implicitamente vietata dal sistema, ma al contrario esplicitamente o implicitamente consentita, e non è configurabile alcun aggiramento di obblighi o divieti*¹². Seguendo una definizione più recente i comportamenti elusivi “sarebbero [...] comportamenti che, benché rispettosi delle norme tributarie, ne “aggirerebbero” il contenuto sostanziale; e dovrebbero quindi essere, proprio per tale motivo, in qualche modo contrastati”¹³; l’aggiramento del contenuto sostanziale si riferisce a quella che comunemente viene denominata assenza di sostanza economica, consistendo nei “fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”¹⁴. Proprio quello dell’aggiramento è aspetto ricorrente delle varie definizioni che si danno dell’elusione della norma, uno sfruttamento degli strumenti posti a disposizione del legislatore per raggiungere fini che esulano dalla *ratio* della disposizione, con dei comportamenti che si pongono ai limiti della scaltrezza e dell’*agere in fraudem legis* che l’ordinamento è portato a dover contrastare¹⁵.

Per quel che attiene all’identificazione della condotta rilevante ai fini dell’ottenimento di un vantaggio fiscale, si discorrerà sulle definizioni operate nel tempo dal legislatore nei capitoli successivi¹⁶.

¹²A Contrino, cit., p. 39, ma si veda anche R. Lupi, *Elusione e legittimo risparmio d’imposta nella nuova normativa*, in Rass. Trib., 1997, p. 1099 ss.

¹³G. La Rosa, *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, in Riv. Dir. Trib., 2010, fasc.7-8, p. 787.

¹⁴Art. 10-bis, L. 27 luglio 2000, n. 212 “*Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente*”. L’assenza di sostanza economica sarà approfondita nel par. 2.3.2.

¹⁶In sintesi, inizialmente l’art. 37-bis del D.P.R. 600/1973 si riferiva a “gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro”, mentre l’art. 10-bis della L. 212/2000 menziona “i contratti” piuttosto che “i negozi” (Cfr. Assonime, circ. cit., p. 36, nota 55, in cui si evidenzia l’ininfluenza della sostituzione, constatando che tanto i negozi quanto i contratti possono essere ricondotti alla categoria degli atti). L’art. 6 della direttiva n. 1164/2016/UE si riferisce a “una costruzione o una serie di costruzioni”, precisando che “Una costruzione può comprendere più di una fase o una parte”. La formulazione contenuta nelle varie definizioni è volutamente laconica e generica, volendo scongiurare il rischio, attraverso una definizione estremamente specifica, di non ricomprendere nella sfera di applicazione della clausola una serie di condotte (Riferendosi all’art. 37-bis P.M. Tabellini, *Elusione fiscale*, Enc. Dir. Agg., III, Milano, 1988, analizzava il fatto che “l’uso di espressioni meno generiche avrebbe potuto aprire varchi pericolosi, anche perché le manifestazioni dell’elusione sono anzitutto un prodotto della fantasia, come tali affatto imprevedibili”). Lo stesso riferimento ai “fatti” permette al legislatore di ricomprendere qualsiasi evento capace di generare conseguenze giuridicamente rilevanti. Generalmente la dottrina tende a escludere dall’ambito di applicazione della fattispecie i fatti naturali, mentre ricomprende i fatti umani a prescindere dalla capacità di agire e dalla volontarietà del soggetto (Così P. Piccone Ferrarotti,

Come già sinteticamente esposto precedentemente, il comportamento abusivo può articolarsi come monofase, ovvero attraverso una condotta plurifase; il più delle volte, infatti, il singolo negozio non può integrare di per sé una condotta abusiva, ma bisognerà tenere conto del disegno complessivo entro cui lo stesso si colloca¹⁷. L'abusività dell'operazione non si può sempre evincere con riguardo alla sua individualità, ma bisogna ricomprenderla all'interno di un piano, uno schema abusivo: la relazione ministeriale al d.lgs. n. 358/1997 affermava che il vantaggio fiscale non si manifesta quasi mai con una singola operazione, ma "deriva da eventi preparatori o consequenziali". E ancora, secondo la circolare illustrativa del decreto "di regola il fenomeno elusivo è caratterizzato dal compimento di più atti collegati tra loro, precedenti e successivi rispetto ad un'operazione individuata"¹⁸.

La dottrina¹⁹ identifica tre diverse modalità di realizzazione della fattispecie elusiva.

La prima si verifica quando un contribuente, al fine di raggiungere un determinato obiettivo economico, opta per il percorso A, che comprende una o più operazioni giuridicamente qualificate che consentono un indebito risparmio fiscale in violazione della finalità della normativa fiscale, anziché scegliere il percorso B, che, seppur più oneroso dal punto di vista tributario, è stato concepito dal legislatore come strumento idoneo per ottenere lo stesso risultato finale.

La seconda forma di elusione fiscale si verifica quando è la stessa legge a impedire al contribuente di usufruire di determinati vantaggi. Questa situazione può essere evitata tramite il cosiddetto "travestimento" del reddito. Un esempio classico di ciò interviene nel passaggio da plusvalenze derivanti da *asset deal* a plusvalenze derivanti da *share deal*²⁰.

Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del D. Lgs. N. 358/1997, in Rass. Trib., 1997, p. 1155 e P.M. Tabellini, *Elusione fiscale*, op. cit., p. 561).

Per un approfondimento sulla condotta si veda G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, op. cit., pp. 52-56.

¹⁷ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 55-56.

¹⁸ Circ. min. 19/12/1997, n. 320/E.

¹⁹ G. Melis, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, p. 101 ss.

²⁰ La differenza tra i due fenomeni ha delle importanti ricadute sul piano fiscale. Il c.d. *asset deal* rappresenta l'acquisizione di un'azienda (o di un ramo di essa, o semplicemente di singoli beni aziendali) attraverso la vendita diretta del patrimonio individuale, mentre uno *share deal* può riguardare solamente quelle società emittenti quote rappresentative del capitale sociale, ove un'eventuale cessione dell'azienda può avvenire indirettamente attraverso la cessione delle partecipazioni.

Infine, la terza forma di elusione fiscale consiste nell'utilizzo strumentale delle norme fiscali al fine di creare componenti negative di reddito o di recuperare perdite fiscali che altrimenti sarebbero perse.

A beneficio di una miglior comprensione del fenomeno si elencano di seguito due casi concreti, l'uno con riferimento ad una sequenza negoziale non abusiva e l'altro, in contrapposizione, rappresenta un'operazione elusiva.

Il primo caso riguarda una recente pronuncia della Corte di cassazione²¹, dove si prospettava una possibile ipotesi di *dividend washing*²². Una società, dopo l'acquisto di una partecipazione in altra società, aveva percepito dei dividendi beneficiando dell'esenzione al 95 per cento offerta dal regime PEX²³. Successivamente alla distribuzione dei dividendi la beneficiaria ha proceduto all'alienazione della quota, realizzando una minusvalenza interamente deducibile in quanto non rientrante nel c.d. regime PEX. Le operazioni negoziali seguite dalla società, secondo la Suprema Corte non sono considerate fittizie o anomale con riguardo all'operazione economica in esame, né ci si trova in un'ipotesi di *dividend washing*, che richiede una doppia cessione dei titoli realizzando un'operazione circolare, con ritorno cioè all'originario titolare. Il vantaggio fiscale da solo non può essere valutato come indebito, derivando dalla disciplina posta dagli artt. 87 e 89 del TUIR, ed è qualificato come legittimo, non essendo contrario ai principi dell'ordinamento e alla *ratio* delle norme fiscali. La Suprema Corte argomenta così: *“la scelta dell'imprenditore di cedere le partecipazioni in questione, dopo averle effettivamente acquistate, e più in generale la scelta di iniziare e cessare l'attività di trading, costituiscono esercizio di libertà d'iniziativa economica e negoziale che non può essere, di per sé solo, sindacato dall'Amministrazione”*. Un'argomentazione contraria non può basarsi meramente sul ristretto arco temporale di realizzazione, non essendo indebito il vantaggio conseguito. Rimarchevole nel caso di specie

²¹ Cass., Sez. trib., 9/05/2022, n. 14493.

²² “Con l'espressione “dividend washing” si intende un'operazione consistente nell'acquisto di partecipazioni in prossimità della data di stacco del dividendo e nella successiva cessione dei titoli dopo l'incasso degli utili”, FTA Online News, Milano, 2010, <https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/dividend-washing127.htm>.

²³ Il regime PEX prevede, a determinate condizioni, l'esenzione del 95% per le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni; come contraltare le eventuali minusvalenze sono indeducibili in misura integrale. Viceversa, le minusvalenze sono interamente deducibili qualora le partecipazioni non rispettino i requisiti per beneficiare dell'esenzione da plusvalenze (cfr. art. 101 d.P.R. n. 917/1986).

risulta l'approccio della Cassazione verso il diritto del contribuente, nell'esercizio della libertà economica e negoziale, alla scelta del trattamento fiscale meno oneroso.

Il secondo caso riguarda una fattispecie considerata come elusiva dall'Organo Supremo di Giustizia²⁴. Esso riguarda una scissione parziale di una società attraverso l'assegnazione di tutti i beni immobili presenti nel patrimonio della scissa alla società beneficiaria neocostituita, cui seguiva il riacquisto di parte dei suddetti cespiti immobiliari da parte della società scissa (a condizioni non di mercato), seguito dalla cessione delle partecipazioni nella società scissa e nella società beneficiaria in favore degli altri soci. Secondo i giudici di merito, erano state violate le norme relative all'assegnazione di beni ai soci. Dall'altra parte, il contribuente afferma di non essere di fronte a un abuso del diritto, in quanto i beni non erano comunque fuoriusciti dal regime d'impresa. Anche la Suprema Corte ha però ritenuto elusiva l'operazione, richiamando innanzitutto che la normativa antielusiva trovi applicazione *“in presenza di una o più costruzioni di puro artificio che, realizzate al fine di eludere l'imposizione, siano prive di sostanza commerciale ed economica, ma produttive di vantaggi fiscali”*, sottolineando *“l'autonomia del piano fiscale da quello civilistico e la prevalenza della sostanza economica dell'operazione sulla formale denominazione negoziale adottata ai fini della qualificazione giuridica della fattispecie tributaria”*. Nel caso di specie il percorso da seguire sarebbe stato quello del recesso del socio, in virtù del fine ultimo di assegnare allo stesso i beni aziendali²⁵.

Vale la pena richiamare tre approcci teorico-sistematici utilizzati per fornire una soluzione all'elusione fiscale²⁶:

a) Conseguenza dell'eccessivo formalismo dei giuristi, da contrastare attraverso un approccio sostanzialistico nella lettura delle norme tributarie.

La soluzione prospettata dai sostenitori di questa teoria è tipicamente interpretativa: l'interpretazione delle norme tributarie doveva seguire dei canoni

²⁴ Cass., Sez. trib., 22/09/2022, n. 27709.

²⁵ Un approfondimento sulle questioni derivanti da questo tipo particolare di operazioni verrà fatto nel Capitolo 4.

²⁶ I tre orientamenti provengono da un esame critico offerto da G. La Rosa, *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, op. cit., p. 787, il quale correttamente (almeno per i primi due approcci) mette alla luce l'illogicità delle argomentazioni esaminate.

ermeneutici differenti in virtù della specialità della materia tributaria, guardando alla sostanza economica dell'operazione. Senza stare a scomodare altre aree del diritto nelle quali un approccio sostanzialistico viene imposto da precise e specifiche norme di legge (come accade nelle disposizioni relative al principio della prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica in materia di bilancio²⁷), si deve ritenere che non sussistono particolari ragioni per cui bisogna applicare (in ambito tributario) canoni di interpretazioni differenti da quelli generali.

Direttamente collegato a questa tesi è il tema della interpretazione estensiva e analogica della normativa tributaria per andare a colpire quelle fattispecie concrete particolarmente esorbitanti dalla *ratio legis* della disposizione applicata²⁸. La problematica di una tale soluzione sta nel fatto che solitamente nell'elusione fiscale la condotta è da ricondurre a fattispecie considerevolmente diverse da quelle disciplinate dalla disposizione elusa, non potendo compiere un'interpretazione estensiva o addirittura analogica che vada a invadere l'ambito applicativo della norma formalmente seguita. Si affermava in dottrina che "*L'elusione inizia là dove finisce l'interpretazione*"²⁹, contemplando solamente quelle ipotesi in cui la sola interpretazione non è sufficiente né idonea a eliminare le incoerenze.

b) Riflesso del carattere fittizio e invalidità civilistica dei negozi posti alla base della condotta.

La soluzione di questo secondo approccio deve ricondursi all'utilizzo degli schemi di natura civilistica della simulazione, del negozio in frode alla legge e dell'interposizione di persone; essa si basava sull'assenza di norme specifiche di contrasto all'elusione, incontrando però inevitabilmente un ostacolo sia nella eccessiva

²⁷ La c.d. *substance over form*, principio da tempo enunciato nel Framework Iasb al par. 35, e introdotto nel 2015 nel codice civile all'interno dei principi di redazione del bilancio enunciati nell'art. 2423-bis c.c., prevede l'obbligo di dare rilevanza alla sostanza economica dell'operazione piuttosto che alla forma giuridica adottata nel negozio.

²⁸ Il problema è affrontato in modo minuzioso ed esaustivo in G. Melis, *L'interpretazione nel diritto tributario*, 2003, in particolare pp. 223-240. Si rimanda alla trattazione offerta dalla monografia per un' esame completo dell'argomento interpretativo.

²⁹ A. Hensel, *Zur Dogmatik des Begriffs "Steuerumgehung"*, Monaco, 1923, p. 224.

forzatura degli schemi civilistici che nella inadeguatezza delle conseguenze giuridiche sul piano dei rapporti interprivati.³⁰

c) **Fondamento dell'elusione fiscale nel divieto di abuso del diritto**

Si tratta dell'approccio scelto dapprima dalla Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza di legittimità italiana, e successivamente innestato all'interno dell'art. 10-*bis* del D.lgs. n. 212/2000, volto a introdurre una norma antiabuso generale.

1.2. I limiti superiori e inferiori delle fattispecie potenzialmente elusive

I limiti esterni rispetto alla nozione di elusione fiscale sono dati dal legittimo risparmio d'imposta (limite inferiore) e dall'evasione fiscale (limite superiore). Tuttavia, soprattutto a causa di confusioni create da un'applicazione distorta delle disposizioni antielusive, occorre dare spazio anche ad un'analisi attenta della circostanza in cui venga alla luce un fenomeno simulatorio.

1.2.1. (*segue*) Il rapporto con la pianificazione fiscale

Proprio nell'ambito del legittimo risparmio d'imposta bisogna operare un distinguo tra elusione fiscale e pianificazione fiscale. Attraverso quest'ultima si rientra nella facoltà del contribuente di scegliere, nella prospettazione di più regimi fiscali connotati dal requisito della legittimità, quello che ritiene più consono per ottimizzare il proprio carico tributario. In ciò ci si differenzia dall'elusore fiscale, che opera sì una pianificazione fiscale, ma andando contro lo spirito delle stesse disposizioni che legittimano l'operazione³¹. Il principio che più si lega alla pianificazione fiscale è quello della libertà di iniziativa economica³²: si rientra pienamente nella libertà del contribuente di scegliere la strumentazione giuridica più conveniente, anche al fine di ridurre la base imponibile da sottoporre a tassazione, avendo tutte le opzioni predisposte dal legislatore pari dignità sistematica. Affinché si rientri sotto

³⁰ Qui La Rosa esemplifica il caso in cui si frazioni la cessione di azienda in singoli trasferimenti, al fine di usufruire di un trattamento fiscale più favorevole. In tal caso l'amministrazione finanziaria farà valere l'unitarietà dell'operazione negoziale in modo indipendente dalla validità civilistica dei singoli atti.

³¹ Si veda M. Beghin, *Commento a Corte di cassazione n. 25758 del 2014*, in *Corr. Trib.*, 2015, n.10, p. 731 per una critica all'atteggiamento della giurisprudenza verso la pianificazione fiscale.

³² Art. 41 Cost., comma 1 "L'iniziativa economica privata è libera".

la sfera dell'elusione si richiede l'“uso distorto” della suddetta strumentazione giuridica: ma attenzione, il mero uso abnorme di uno strumento non rende automaticamente l'operazione illegittima, non trovandoci all'interno di una presunzione legale. Sarà ulteriormente doveroso approfondire la morfologia del risultato fiscale raggiunto dalla macchinazione operata dal contribuente, necessitando di mancanza di sistematicità, una disarmonia rispetto al sistema. Ci si riferisce a quello che comunemente viene chiamato “vantaggio fiscale indebito”, e cioè il contrasto tra l'operazione messa in atto dal contribuente e la *ratio* di una o più norme (o principi) fiscali³³.

I contorni appaiono più sfumati nel momento in cui ci si riferisce alla c.d. pianificazione fiscale aggressiva. Seguendo una definizione avanzata dalla dottrina essa rappresenta “*una categoria concettuale del diritto tributario globale e consiste nello sfruttamento delle disparità transnazionali tra gli ordinamenti tributari, al fine di conseguire vantaggi d'imposta che gli Stati non avrebbero altrimenti inteso concedere*”³⁴. L'attenzione principale, perciò, si manifesta in ambito internazionale e comunitario, attraverso l'elaborazione di Direttive e Raccomandazioni per qualificare la condotta aggressiva e limitare la condotta maliziosa degli operatori economici, al fine di evitare lo sfruttamento di disparità di discipline fiscali per trarre un vantaggio fiscale e di eliminare situazioni di doppia non imposizione involontaria. Una definizione del fenomeno è data anche dall'Unione Europea³⁵ attraverso la raccomandazione n. 2012/772/UE, secondo cui la pianificazione fiscale aggressiva “*consiste nello sfruttare a proprio vantaggio gli aspetti tecnici di un sistema fiscale o le disparità esistenti tra due o più sistemi fiscali al fine di ridurre l'ammontare dell'imposta dovuta*”. La Commissione non va però a definirla come una categoria intermedia tra risparmio d'imposta e abuso del diritto, essendo compito dell'interprete e delle legislazioni nazionali riportare eventualmente una pratica di

³³ Vedi par. 2.3.1., in cui viene approfondito il tema in maniera più esaustiva.

³⁴ P. Pistone, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, Fasc. 2, 2016, pp. 395-439.

³⁵ G. Mercuri in *Spunti ricostruttivi in tema di dac-6: pianificazione fiscale aggressiva, ragionevolezza e profili sanzionatori*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, LXXX, 2, I, 2021, pp. 247-292, analizza proprio il problema, in virtù della Direttiva 2018/822 (c.d. DAC-6), della distinzione fra elusione fiscale e pianificazione fiscale aggressiva e dei dubbi interpretativi che possono sorgere in ambito transnazionale proprio in virtù della nebulosità della figura in esame.

pianificazione fiscale aggressiva nell'alveo dell'elusione fiscale o della legittima pianificazione fiscale³⁶. Si possono tracciare due elementi comuni e due elementi di differenza tra i due concetti³⁷. Gli elementi in comune sono, come è facile intuire, il risparmio di imposta non tollerato e l'esistenza di una frizione, creata dal contribuente, fra forma e sostanza. Le differenze, d'altra parte, si notano avendo riguardo al risparmio d'imposta. In particolare, il distinguo interviene nel contesto spaziale in cui si realizza tale risparmio: nell'elusione fiscale esso si esplica all'interno dello stesso Stato, mentre nella pianificazione il risparmio sorge in virtù del differente trattamento fiscale che i diversi ordinamenti applicano alla fattispecie transnazionale. Sono proprio gli elementi di extraterritorialità a connotare la pianificazione fiscale aggressiva, ove il vantaggio fiscale si ottiene per il tramite della combinazione di trattamenti fiscali differenti – regolati in due o più Paesi – applicabili alla stessa fattispecie³⁸. Con la globalizzazione dei mercati e la movimentazione dei capitali che è divenuta sempre più volatile, gli Stati sono stati costretti ad intervenire per colpire tutti quei contribuenti che operano in un contesto internazionale in virtù della loro capacità di intrattenere relazioni commerciali *cross-border*³⁹. La soluzione primordiale ai fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva consisteva nell'adozione di criteri di collegamento volti a inglobare anche profitti extraterritoriali⁴⁰; una corsa alle armi che è degenerata in fattispecie di doppia imposizione internazionale e, contemporaneamente, nell'emersione di zone grige sfruttate dai gruppi multinazionali attraverso macchinazioni fiscali estremamente elaborate, con l'obiettivo di generare fenomeni di doppia non imposizione.

Si ha infine una divergenza tra i due concetti se si guarda all'elemento intenzionale: nell'elusione fiscale può diventare un elemento essenziale, dovendo dimostrare

³⁶ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, op. cit., pp. 4-5.

³⁷ Ad elencarli è sempre P. Pistone, *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ R. Lancia, *La deducibilità degli oneri finanziari nelle operazioni transfrontaliere: il caso Lexel AB contro Skatteverket tra mutato quadro normativo europeo, pianificazione fiscale aggressiva e nuovi orizzonti internazionali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, p. 844.

⁴⁰ A. Mancazzo, *Globalizzazione, concorrenza fiscale e aggressive tax planning*, in M. Carbone e A. Mancazzo (a cura di), *Contrasto alla fiscalità internazionale aggressiva*, Milano, 2021, p. 8. L'autore richiama il c.d. "worldwide taxation principle", secondo cui uno Stato conserva la propria potestà impositiva per tutti i redditi prodotti dai soggetti residenti, anche se la fonte si trova in territori extranazionali.

l'aggiramento della norma che sarebbe stata applicabile, mentre per quel che riguarda la pianificazione aggressiva l'elemento intenzionale non rileva⁴¹.

1.2.2. (segue) Il rapporto con l'evasione fiscale

Il limite superiore dell'elusione è rappresentato dall'evasione fiscale, ponendosi i due concetti in rapporto di reciproca esclusione. Anche in questa contrapposizione, così come in quella con la pianificazione, si presenta il comune denominatore del risparmio d'imposta. Secondo una definizione risalente⁴² evasione è *“un inadempimento colpevole della pretesa tributaria già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie, mentre nell'elusione si impedisce il sorgere della pretesa tributaria, evitando la fattispecie legale”*. L'evasione opera, in genere, attraverso l'occultamento del presupposto dell'imposta (incidendo sulla dimensione dell'imponibile), che rappresenta l'evento che determina la nascita della pretesa impositiva⁴³. Segnatamente, si possono esemplificare le ipotesi in cui il contribuente non registri un ricavo realizzato attraverso la cessione di prodotti finiti in magazzino, ovvero nasconda un corrispettivo generato dalla prestazione di un servizio, o ancora faccia risultare nelle scritture contabili costi effettivamente non sostenuti e meramente fittizi. Le fattispecie di evasione, con riguardo a condotte attive od omissive, rientrano nella disciplina dei reati tributari disciplinate dal d.lgs.74/2000, ledendo l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi.

Oggetto di dibattito, ancor di più prima della riforma del 2015, è stata la possibile applicazione di sanzioni penali in fattispecie dichiaratamente elusive. Il problema è sorto nel momento in cui il giudice di legittimità, trovandosi di fronte a fattispecie concrete variamente articolate, è andato ad estendere l'ambito di tutela penale anche a casi che configurano un vero e proprio abuso del diritto. Il tema viene analizzato inizialmente dalla

⁴¹ Si rimanda ad altri autori che hanno approfondito il tema. In particolare P. Pistone, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, op. cit., p. 395; F. Amatucci, R. Cordeiro Guerra, *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale ed internazionale*, Roma, 2016; A.P. Dourado, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, in *Intertax*, 2015, p. 44.

⁴² A. Hensel, *Diritto tributario*, trad. it. di D. Jarach, Milano, 1956, p. 146, come riportato da T. Giacometti, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2013, p. 454.

⁴³ T. Giacometti, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, *Ivi*, p. 454.

giurisprudenza di legittimità nel 2011⁴⁴. L'accusa contestava all'indagato di aver realizzato una complessa operazione attraverso una serie di condotte e atti che *“sebbene tutti di per sé leciti, apparivano finalizzati ad evadere l'IVA e l'IRPEF, attraverso una vicenda riconducibile all'abuso del diritto in ambito tributario”*. La Corte stabilisce il principio secondo cui una condotta elusiva può farsi rientrare nell'ambito del reato di dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. 74/2000). Lo schema elusivo, che rientrava nelle ipotesi dell'art. 37-bis d.p.r. 600/1973, consentiva all'indagato di indicare elementi di reddito inferiori rispetto a quelli effettivi, rientrando nell'ipotesi del delitto di dichiarazione infedele⁴⁵.

Probabilmente però il caso più importante, in cui il Giudice Supremo ha dato una piena rilevanza penale alle ipotesi di elusione fiscale, si configura nel noto caso *“Dolce e Gabbana”*⁴⁶.

La Procura della Repubblica contestava ai soggetti coinvolti nell'operazione il delitto di truffa ai danni dello Stato e nei confronti dei due stilisti si contestava il delitto di dichiarazione infedele. Il GUP del Tribunale di Milano aveva giudicato come infondate le due questioni, ma le argomentazioni a cui dare rilevanza in questa sede riguardano la configurabilità del rilievo penale delle condotte di elusione fiscale. Infatti, il GUP andava a rilevare l'antinomia fra i comportamenti elusivi e quelli che caratterizzano l'evasione, concretandosi i primi in *“una concatenazione di fatti leciti”*, e caratterizzandosi, *“da una marcata atipicità, che confligge con il principio di tipicità e determinatezza della fattispecie penale”*. Inoltre, il legislatore scientemente avrebbe scelto di includere solo la parola *“evasione”* all'interno della fattispecie penalmente rilevante⁴⁷. La Corte di Cassazione⁴⁸, di tutt'altro avviso, annulla con rinvio la pronuncia, andando a definire il tema della rilevanza penale dell'elusione fiscale. La Suprema Corte afferma che le condotte elusive possono

⁴⁴ Cass. pen., Sez. III, 18-03-2011, n. 26723.

⁴⁵ A. Bell, G. Falsitta, A. Valsecchi, *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, in *Diritto Penale e Uomo*, fasc. 7-8, 2019, p. 47 ss.

⁴⁶ La vicenda aveva ad oggetto la costituzione di una società in Lussemburgo, la Gado s.r.l., alla quale erano stati ceduti due marchi al prezzo complessivo di 360 milioni di euro. In primo luogo, veniva contestata la natura simulata dell'operazione; in secondo luogo, veniva contestata la sottovalutazione dei marchi, i quali avrebbero dovuto avere un valore stimato in 1.193.712.000 euro; infine, l'esterovestizione della Gado s.r.l. finalizzata alla disapplicazione delle imposte italiane.

⁴⁷ La pronuncia viene analizzata più nello specifico da A. Bell, G. Falsitta, A. Valsecchi, *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. II, 22-11-2011, n. 7739. *Ivi*, pp. 50-52.

integrare illeciti penali, rifacendosi a due precedenti decisioni del 2010 e del 2011, riguardanti l'omessa dichiarazione e la dichiarazione infedele. La Corte basa la sua affermazione anche sul fatto che la nozione di imposta evasa di cui all'art. 1, lettera f), del d.lgs. 74/2000 è "molto ampia", ricomprendendo "la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione", risultando quindi idonea a ricomprendere anche la figura dell'imposta elusa. La Corte statuisce che "non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge", rifacendosi al principio di legalità che permea il diritto penale. Il principio di diritto statuito dalla Cassazione nel 2012 rappresenta la base per numerose sentenze della giurisprudenza di legittimità dei successivi anni, condizionando il riconoscimento della rilevanza penale della condotta al ricorrere delle ipotesi previste dagli artt. 37, comma 3 e 37-bis del d.P.R. 600/73.

Così la giurisprudenza, che ha continuato a manifestare un atteggiamento piuttosto altalenante in diverse pronunce per la confusione dei fenomeni di elusione fiscale ed evasione in ambito penale⁴⁹, si è dovuta confrontare con l'introduzione dell'art. 10-bis della l. 212/2000. Più precisamente, si legge nel comma 12 che "In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie". L'espressione "violazioni di specifiche disposizioni tributarie" indica comportamenti illegali che possono essere considerati evasivi, comprendendo ogni possibile forma di mancato adempimento agli obblighi fiscali già validamente sorti a causa del verificarsi del presupposto legale⁵⁰. È stato così espressamente evidenziato come non si può rientrare nel contenitore dell'abuso del diritto in caso di risparmio d'imposta illecito; solamente nell'ipotesi di risparmio indebito (e al ricorrere degli ulteriori requisiti, articolati nell'art. 10-bis) si potrà utilizzare la figura

⁴⁹ Si veda G. Falsitta, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore dell'"abuso del diritto"*, in Riv. Dir. Trib., 2010, II, p. 349 ss., che presenta forti dubbi con riguardo alle sentt. 16/02/2010, n. 3571, 26/02/2010, n. 4737 e 12/11/2010, n. 22994.

⁵⁰ G. Zizzo, A. Contrino, M. Beghin, *Abuso Del Diritto Ed Elusione Fiscale*, op. cit., p. 28. Questi comportamenti possono consistere in azioni positive o omissioni che ostacolano la conoscenza o la conoscibilità del fatto imponibile o che ne alterano il contenuto.

dell'elusione fiscale. Sulla stessa lunghezza d'onda si pone la Cassazione⁵¹, che appare perentoria nel dire che *“resta salva la possibilità di ritenere, nei congrui casi, che [...] operazioni qualificate in precedenza dalla giurisprudenza come semplicemente elusive integrino ipotesi di vera e propria evasione”*. Ma soprattutto con la riforma del 2015 si pongono chiari limiti alle conseguenze sanzionatorie di un'operazione elusiva, stabilendo che *“Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie”* (co. 13 dell'art. 10-bis)⁵². Appare pleonastico quindi dire che il giudice, nel processo di valutazione di una condotta potenzialmente abusiva, debba formulare anzitutto una valutazione sulla possibile violazione di una specifica disposizione tributaria (oltre ovviamente ad escludere l'ipotesi di un legittimo risparmio d'imposta), configurandosi in tal caso una vera e propria evasione fiscale, penalmente sanzionabile. Si deve rimarcare l'importanza del comma 12 dell'art. 10-bis nella configurazione di tale iter logico, in quanto esso introduce una disposizione che si pone nei termini di *“regolatrice di confini”*, perché idonea a stabilire le necessarie linee di demarcazione fra le varie figure che si possono presentare di fronte all'Amministrazione finanziaria⁵³. Si escludono così dall'ambito di applicazione dell'art. 10-bis quelle condotte che *“conducono alla rappresentazione di risultati diversi da (o in contrasto con) quelli previsti dalla legge e, perciò, non solo (ovviamente) gli occultamenti di ricavi e proventi, le deduzioni di spese non inerenti o fittizie, ma anche quelle alterazioni dei fatti economici che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 10 bis, la Cassazione aveva spesso assimilato all'abuso del diritto”*⁵⁴. La ricca produzione giurisprudenziale successiva alla riforma, per superare le difficoltà incontrate nel corso del tempo sulla qualificazione

⁵¹ Cass., Sez. pen., 20-10-2015, n. 43809, come riportata da T. Giacometti, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, op. cit., p. 442.

⁵² A smontare completamente l'esclusione della rilevanza penale delle ipotesi di elusione fiscale previste dall'art. 10-bis è G. Falsitta, *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in Riv. Dir. Trib., n. 4, parte I, 2018, p. 333. Secondo l'autore, infatti, l'art. 10-bis comprende delle ipotesi che rappresentano in verità delle vere e proprie fattispecie evasive, e pertanto idonee a ricevere una tutela sanzionatoria dal punto di vista penale. Si veda anche A. Fazio, *L'esterovestizione societaria quale fenomeno puramente evasivo: la ragionevole fine di un equivoco?*, in Dir. Prat. Trib., n. 6, 2022, p. 2200.

⁵³ D. Conte, *Il discrimen tra abuso del diritto ed evasione fiscale: spunti per un inquadramento critico*, in Rivista Trimestrale di Diritto Tributario, fasc. 2, 2022, p. 291 ss., che richiama la definizione prospettata da S. Cipollina, *Abuso del diritto o elusione fiscale*, in Dig. disc. priv., sez. comm., Agg. VIII, Torino, 2017, p. 3 ss.

⁵⁴F. Gallo, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto*, in Rass. Trib., n. 6, 2015, p. 1315 ss.

delle condotte penalmente rilevanti, nonostante la presenza dei commi 12-13 dell'art. 10-*bis*, ha preferito poggiarsi sulle modifiche introdotte agli artt. 3 e 4 d.lgs. 74/2000⁵⁵. Per permettere di differenziare i due fenomeni, ci si incentra sul fatto che nell'elusione il contribuente non va a violare alcuna norma positivamente elaborata dal legislatore e allo stesso modo la sua condotta non si materializza in un atto fraudolento, mendace: il comportamento avviene alla luce del sole, si vuole che la norma formalmente applicabile espliciti i propri effetti. La linea di confine che descrive il rilievo penalistico di un contegno, quindi, si trova all'interno di un rapporto di reciproca esclusione fra elusione ed evasione⁵⁶.

Due rette parallele che non si incontrano mai, come afferma il V postulato di Euclide⁵⁷, a cui potrebbe conformarsi il fenomeno evasione/elusione. Tuttavia, almeno seguendo il filone giurisprudenziale che è avanzato negli anni, sembra che i giudici di legittimità preferiscano un approccio non euclideo, per cui due rette parallele, cui sono attribuiti valori infiniti, finiscono a tutti gli effetti per incontrarsi. È proprio nell'esistenza, all'interno di quest'ultimo approccio, di rette "ellittiche"⁵⁸ che deve incastonarsi il fenomeno fin qui esaminato: i due concetti sono destinati ad incrociarsi e troppo spesso ad intrecciarsi, con delle pronunce che molte volte risultano circolari e non coerenti con la *ratio* dell'elusione, spinte da un approccio volto a massimizzare l'introito di risorse per lo Stato, eccessivamente gravoso e ingiusto per il contribuente, che rischia di minare le (ormai poche) certezze che si riteneva potessero essere raggiunte con l'introduzione di una clausola generale antiabuso.

⁵⁵ Si veda ad esempio Cass. Pen., Sez. III, 20-04-2016, n. 48293; Cass. Pen., Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016.

⁵⁶ A. Bell, G. Falsitta, A. Valsecchi, *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, op. cit., pp. 66-69.

⁵⁷ *Rectius*, si ricava, in quanto il principio in sé afferma quanto segue: "Se una retta taglia altre due rette determinando dallo stesso lato angoli interni la cui somma è minore di quella di due angoli retti, prolungando le due rette, esse si incontreranno dalla parte dove la somma dei due angoli è minore di due retti", Lidimatematici, 2010, <https://lidimatematici.wordpress.com/2010/11/13/il-v-postulato-di-euclide-un-dogma-violato-che-cambio-il-mondo/>.

⁵⁸ L'idea sembra in contrasto con la definizione di "rette parallele", ma "in matematica abbiamo anche casi simili, dovuti al fatto che la mente limitata dell'uomo deve confrontarsi con concetti come infinito. [...] è alla base di alcune tra le teorie più importanti, come la famosa teoria della relatività postulata da Einstein", OneMind, 2012, <https://www.manuelmarangoni.it/onemind/2951/e-vero-che-due-rette-parallele-si-incontrano-allinfinito/>.

1.2.3. (*segue*) Il rapporto con la simulazione

Per fornire un quadro completo, è necessario tenere distinti i concetti di elusione fiscale e di simulazione. La simulazione, ex art. 1414 c.c., costituisce uno strumento con cui le parti vanno a manipolare gli effetti di un contratto (c.d. simulato) stipulato tra le stesse, stabilendo che il negozio sottostante non produca alcun effetto tra le parti (simulazione assoluta), o ancora le parti programmano che si producano gli effetti propri di un diverso negozio giuridico (c.d. contratto dissimulato) che vada a modificare la realtà sottostante (simulazione relativa). Il nucleo essenziale che li differenzia riguarda quindi l'elemento soggettivo: nell'elusione le parti vogliono che si verifichino gli effetti del negozio, in quanto gli stessi consentono di ottenere il vantaggio fiscale desiderato; nella simulazione, al contrario, le parti non vogliono che si producano gli effetti giuridici del negozio simulato. Da un punto di vista fiscale, la simulazione deve essere ricondotta sotto l'ala dell'evasione⁵⁹, beneficiando il contribuente del trattamento fiscale previsto per il contratto simulato, e nascondendo quindi al Fisco gli effetti reali del negozio intercorrente tra le parti: si viola a tutti gli effetti la normativa tributaria⁶⁰. Nella stessa riforma del sistema penale tributario⁶¹, le operazioni simulate sono state inserite tra i presupposti del reato di dichiarazione

⁵⁹ Si espone brevemente un esempio di condotta qualificata come simulatoria dall'Amministrazione finanziaria, riguardante un contratto di lease back (Cass., Sez. trib., 6-08-2008, n. 21170). Il caso consiste in una serie di negozi di compravendita (da parte di una società commerciale residente in Italia) di beni strumentali aventi un rilevante peso economico; la stessa società ha poi stipulato un contratto di lease back, potendo portare in deduzione integrale dalla base imponibile i canoni addebitati dal locatore imputabili all'esercizio di competenza. Il comportamento contestato dall'Ufficio è dato dal fatto che il lease back avesse un inequivocabile carattere simulatorio, con finalità evasive, dissimulando alla base un contratto di mutuo, che al contrario avrebbe comportato l'indeducibilità degli esborsi effettuati per le restituzioni di capitale. Perciò, il contratto simulato (lease back) così come per le parti, è inefficace anche nei confronti dell'Amministrazione, mentre il contratto dissimulato (di mutuo) è quello da considerare fiscalmente rilevante. Si nota come nella sentenza si riporta la fattispecie simulatoria nell'ambito dell'evasione fiscale, nonostante il ricorrente avesse incentrato la propria difesa sull'assenza di una generale clausola antielusiva. La stessa Cassazione affermava che, nonostante non ci fosse elusione nel caso di specie, si dovesse riconoscere l'esistenza di una clausola antielusiva di matrice comunitaria anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 10 l. 408/1990. Un'analisi approfondita è data da M. Beghin, *Il contribuente infingardo e la latitanza del Fisco in punto di prova della simulazione relativa*, in GT – Rivista di giur. Trib., 2009, p. 140, in cui l'autore dà anche conto di come le argomentazioni date dalla Cassazione siano insufficienti per sorreggere la tesi simulatoria, ciononostante corretta; l'A. sottolinea anche l'insoddisfacente ruolo marginale lasciato alla spiegazione circa la sussistenza nell'ordinamento di un principio generale antielusivo.

⁶⁰ Così S.P. Di Giacomo, *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in Dir. Prat. Trib., fasc. 3, 2017, pp. 1127-1147. Per ulteriori spunti si veda anche G. Falsitta, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in Riv. Dir. Trib., 2010, 365.

⁶¹ L. 19-12-2019, n. 157.

fraudolenta di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 74/2000, precisando che bisogna distinguere le operazioni abusive da quelle simulate. Proprio per questo motivo, all'art. 1, lett. g-bis si afferma che “*per “operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente” si intendono le operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero interposti*”, mettendo in primo piano il contrasto tra evasione ed elusione⁶². E per questo occorre tenere ben distinti i concetti di elusione e simulazione, anche in virtù della rilevanza penale che può assumere quest'ultima. Nel fare ciò, bisogna mettere in evidenza diversi fattori che consentono di districare il complesso arzigogolo creatosi e alimentato da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità⁶³. Avendo riguardo alla divergenza fra ciò che viene simulato dal contribuente e ciò che effettivamente dovrebbe essere tassato, non è affatto detto che il contribuente persegua, attraverso la simulazione, finalità fiscali. La suddetta divergenza, cionondimeno, rappresenta elemento totalmente irrilevante ai fini dell'imposta, applicandosi la stessa ai fatti così come qualificati dalla legge tributaria; gli effetti negoziali hanno rilevanza tributaria per il solo fatto di essersi verificati, indipendentemente dall'elemento volitivo⁶⁴.

La stessa inopponibilità rappresenta un fenomeno completamente diverso. Mentre nell'elusione attraverso l'inopponibilità si ha il disconoscimento da parte del fisco dell'operazione elusivamente generata, nella simulazione l'inopponibilità ai terzi del negozio simulato non implica che lo stesso non abbia rilievo: si ha invece la rilevanza per i soggetti terzi rispetto al negozio, non estendendosi l'inefficacia *inter partes*, con il fine di non pregiudicare la posizione e i diritti acquisiti dai soggetti estranei al negozio con valenza simulatoria. Di fronte al Fisco, d'altro canto, così come vale per le parti contrattuali, il negozio simulato non produce alcuna efficacia, dovendo andare a guardare il solo assetto

⁶² D. Conte, *Il discrimen tra abuso del diritto ed evasione fiscale: spunti per un inquadramento critico*, op. cit., p. 309 ss.

⁶³ Si veda in tal senso Cass., sez. trib., 12-11-2010, n. 22994; Cass. pen., Sez. III, 20-11-2015, n. 41755; Cass. pen., Sez. III, 16-11-2016, n. 48293.

⁶⁴ Questa e le successive considerazioni trovano riscontro in G. Frasoni, *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in Corr. Trib., fasc. 1, 2011, pp. 13-23.

che assume rilevanza giuridica, che nel caso della simulazione relativa⁶⁵ è rappresentato dal negozio dissimulato (si ricorda che non rileva affatto l'esistenza di uno scopo meramente fiscale, potendo sottendere al negozio anche solamente ragioni economiche). Nell'elusione non vi è invece alcuna differenza tra realtà e forma: il negozio è pienamente efficace tra le parti, ma lo stesso è sconosciuto dall'Amministrazione finanziaria. Nonostante le marcate differenze tra i due istituti in esame, troppo spesso la giurisprudenza continua a ricorrere alla figura dell'abuso, in virtù delle semplificazioni all'accertamento dello stesso rispetto alle difficoltà relazionate all'accertamento di una fattispecie evasiva⁶⁶. Ma proprio perché il negozio simulato non produce effetti nei confronti del Fisco, dovendo avere riguardo al solo atto dissimulato, rende innessario e anzi pregiudizievole l'utilizzo della clausola antiabuso nei confronti del contribuente⁶⁷. Lo stesso art. 10-bis esclude la configurabilità dell'elusione fiscale, in quanto figura residuale, potendosi utilizzare “*solo se i vantaggi fiscali non possono essere sconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie*”.

1.3. La nozione di abuso del diritto

La rubrica dell'art. 10-bis (“*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*”) pone sullo stesso piano, portandoli ad equivalenza, due concetti che in realtà sembrano potersi sviluppare attraverso dimensioni diverse e parallele. Il concetto di elusione si lega inevitabilmente a quello di abuso del diritto, portando alla creazione di una dicotomia che la maggioranza degli autori riporta come solamente apparente⁶⁸.

⁶⁵ Nel caso di simulazione assoluta si conserva invece l'assetto giuridico preesistente rispetto alla simulazione. Nella circ. min. n. 320/E, op. cit., 1997, «risulta del tutto estraneo al fenomeno della elusione quello della simulazione, caratterizzato, quest'ultimo, dalla divergenza tra la situazione apparente e quella realmente voluta dalle parti contraenti».

⁶⁶ Così E. M. Bartolazzi Menchetti, *Sulla distinzione tra abuso del diritto e simulazione in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in Dir. Prat. Trib., fasc. 6, 2012, pp. 957-996 nell'analisi della sentenza della Cass., Sez. trib., 18/02/2011, n.3947. Il ricorso alla categoria dell'elusione fiscale è dato anche dalla tutela dell'interesse fiscale.

⁶⁷ *Ivi*, pp. 995-996. Si nota infatti come “La contestazione dell'abuso dopo un processo di merito incardinato sulla pretesa fittizietà delle operazioni esaminate, qualora fosse ritenuta possibile, oltre a sfumare i confini tra abuso del diritto e simulazione, rischia di privare il cittadino, per due gradi di giudizio, della difesa su un diverso argomento su cui solo implicitamente sarebbe fondato l'avviso di accertamento impugnato”.

⁶⁸ In questo senso si esprimono tra i tanti G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso. Tra certezza del diritto ed equità del prelievo*, Pisa, 2022, p. 1 e M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., p. 1.

Anzitutto, quello dell'abuso del diritto è un istituto che è sempre stato sullo sfondo del nostro panorama giuridico, avente un'origine ormai risalente, che si ricollega, almeno nella sua accezione moderna⁶⁹, alla dottrina e giurisprudenza francese dell'inizio del Novecento: i giudici cominciarono a interrogarsi sulle varie possibilità di esercizio del diritto di proprietà e se si potessero eventualmente sindacare quegli atti che, seppur rientranti nella sfera del diritto di proprietà, andavano contro la coscienza sociale e venivano compiuti con l'intento di nuocere⁷⁰. In alcuni ordinamenti si è arrivati col tempo a regolare espressamente il concetto di abuso del diritto, mentre in altri, soprattutto in quelli di Common Law, si ostinò all'introduzione di un tale principio, forti del pensiero che un esercizio del diritto non potrebbe mai costituire un illecito⁷¹.

In Italia per lungo tempo si è contestata l'introduzione di un istituto come quello dell'abuso del diritto, visto come elemento indeterminato e quasi pericoloso, anche in virtù di una contraddizione, un assurdo logico, che mette sullo stesso piano due concetti che sembrano scontrarsi tra loro: l'abuso e il diritto. Tuttavia, si può controbattere, l'antinomia è solo apparente. Perché nella figura dell'abuso non si è più nell'ambito di comportamenti che rientrano nell'esercizio normale di un diritto, di quei comportamenti che, cioè, sono consoni rispetto allo spirito della norma posta dal legislatore, ma si tratta di condotte che sono considerabili come abnormi; c'è un utilizzo alterato dello schema posto dalla disposizione che fa sì che solo formalmente si possa considerare come legittimo lo stesso. Il rischio dell'affidarsi a un tale approccio è quello di finire nell'area del metagiuridico; proprio per questo non è stato incluso quello che era l'art. 7 del progetto preliminare del codice civile: *“Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”*⁷². La tutela era affidata a singole disposizioni che punivano l'abuso di determinati diritti, ma col tempo si è fatta strada sempre di più l'ideologia di un *“fallimento della programmazione normativa”*⁷³, dell'inidoneità di un

⁶⁹ C'è chi rimanda invece a un'epoca ancor più risalente, cioè al diritto romano, per cui si veda G. Levi, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.

⁷⁰ L. Carpentieri, *L'Abuso Del Diritto*, Vol. 10, Torino, 2019, p. 2.

⁷¹ *Ibidem*. La giurisprudenza francese continua ancora oggi ad applicare il principio in mancanza di un espresso riconoscimento legislativo.

⁷² *Ivi*, pp. 4-8.

⁷³ A. Gambaro, *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, I, Roma, 1988.

formalismo efferato a far fronte a tutte le situazioni che si possono presentare nella realtà, necessitando il sistema di interventi interpretativi e integrativi. Nel tempo la stessa giurisprudenza è intervenuta molteplici volte, andando a definire i contorni di un tema estremamente sfumato, di difficile lettura e privo di una positivizzazione e codificazione espressa (salvo quanto si è già detto e si dirà per il diritto tributario). Sono molteplici le aree di riferimento in cui il giudice è intervenuto: in particolare in ambito civile, giuslavoristico, societario e tributario. Ma nonostante le varie interpretazioni e teorie che si sono susseguite nel tempo, un nucleo essenziale dell'area dell'abuso può ritrovarsi in determinati elementi costitutivi ricorrenti⁷⁴: titolarità di un diritto soggettivo (inteso in senso lato); possibilità di esercitarlo secondo una pluralità di modalità non formalizzate espressamente dalla norma; esercizio del diritto formalmente rispettoso della normativa di riferimento, ma svolto secondo modalità censurabili; sproporzione tra il beneficio ottenuto dal titolare del diritto e il pregiudizio subito da un terzo soggetto.

Passando a una brevissima esposizione delle branche del diritto in cui l'abuso ha avuto una grande espansione, si può notare come nel diritto civile le aree interessate sono quelle del divieto di atti emulativi (ex art. 833 c.c.) e della tutela contrattuale. Proprio con riguardo alla tutela contrattuale emergono le problematiche più significative, con la giurisprudenza che è propensa ad applicare il concetto della c.d. giustizia contrattuale, da intendere come formula che indica una contrapposizione potenziale tra vincoli contrattuali e giustizia, tra disposizioni contrattuali e gli interessi dalle stesse pregiudicati, ma bisognosi di protezione⁷⁵. E proprio in questa ottica si devono innestare gli interventi della giurisprudenza di legittimità, che vanno a sindacare le condotte dei soggetti "dominanti" nei rapporti contrattuali. In particolare, una base solida è costituita dalla sentenza del 2009, n. 20106 della Corte di Cassazione, la quale elabora il principio secondo cui *"si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, [...] lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed*

⁷⁴ Così come rappresentati da M. Pompei, *Abuso del diritto – Un approccio tra filosofia e storia*, v. 131, Torino, 2019.

⁷⁵ *Ivi*, p. 179 ss. Ma per il concetto di giustizia contrattuale si rinvia a F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 554 ss.

*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*⁷⁶. Si ha quindi una sorta di sovrapposizione fra i concetti di abuso del diritto e della buona fede, con la Corte che richiama quest'ultimo – insieme ai concetti della lealtà dei comportamenti e della correttezza – per fornire un canone interpretativo da adottare per verificare l'abusività degli atti (nel caso di specie, un recesso *ad nutum*) delle parti contrattuali⁷⁷. Ciò che fa emergere alcune perplessità è però la confusione che la Suprema Corte crea fra i due concetti, che in realtà sarebbero da tenere distinti. Difatti, l'utilizzo dell'art. 1375 c.c. per filtrare le condotte abusive si pone in contrasto con il fatto che per la buona fede ad essere rilevanti sono le modalità di esercizio di un diritto, e non tanto lo scopo per cui la condotta si è determinata. L'abuso del diritto, all'opposto, verte anche sul controllo della causa dell'atto compiuto⁷⁸.

Anche nella giurisprudenza dell'area societaria per configurare un abuso del diritto ci si è agganciati ai tanto richiamati principi di correttezza e buona fede (ex artt. 1135 e 1175 c.c.), principalmente in ambito assembleare con riferimento all'esercizio del diritto di voto. La giurisprudenza ha iniziato a muovere i primi passi già agli inizi degli anni '50 per contrastare gli abusi perpetrati dalla maggioranza nei confronti di quei soci che possedessero percentuali di capitale inidonee a far valere, individualmente, la propria volontà in sede assembleare; il vizio veniva individuato nell'illiceità della causa e dell'oggetto⁷⁹. L'impostazione venne ben presto abbandonata, individuando nell'“*abuso della*

⁷⁶ Si rinvia, per un'analisi più accurata della sentenza, a M. Pompei, *L'abuso del diritto è configurabile come principio generale del nostro ordinamento?*, in *Rivista di diritto economico, dei trasporti e dell'ambiente*, 2010, pp. 285-309; M. Pompei, *Abuso del diritto – Un approccio tra filosofia e storia*, cit., p. 180 ss.; V. Amendolagine, *Abuso del diritto e buona fede nei rapporti contrattuali*, in *I Contratti*, n. 8-9, 2016, p. 811.

⁷⁷ Segnatamente anche Cass. Civ., 10-11-2010, n. 22819; Cass. Civ., 7-05-2013, n. 10568; Cass. Civ., 17-02-2012, n. 2334; Cass. civ. Sez. II, Ord. 09-07-2021, n. 19579, con commento di V. Amendolagine, *La valutazione della gravità dell'inadempimento contrattuale tra obbligazioni costitutive del sinallagma ed accessorie*, in *I Contratti*, n. 6, 2021, p. 620; Cass. civ., Sez. II, 12-07-2022, n. 21966, con nota a sentenza di D. Balbino, *L'abuso del diritto nella disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, *I Contratti*, n. 6, 2022, p. 629; F. Colli, F. Rotondi, *Rassegna del merito - Sul sindacato del giudice del merito in caso di contratto che preveda il diritto di recesso ad nutum*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2023, p. 635.

⁷⁸ Il rapporto tra buona fede e abuso del diritto viene esaminato da F. Piraino, *Il divieto di abuso del diritto*, Milano, 2013, p. 111 ss. ed Ead, *Sull'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1, 2023, p. 173.

⁷⁹ Così Cass. 12-05-1951, n. 1177 e Cass. 7-02-1963, n. 195, come approfondite da A. Stabilini, *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Le Società*, n. 7, 2011, p. 841.

maggioranza” un’ipotesi di mera annullabilità⁸⁰ prevista dall’art. 2377 cod. civ. Tra due orientamenti, l’uno che tendeva ad iscrivere il vizio nell’ambito dell’eccesso di potere, l’altro nell’obbligo generale di correttezza e buona fede, prevalse quest’ultimo, anche in virtù della succitata sentenza n. 20106/2009. Nonostante il differente approccio derivante dall’utilizzo delle due teorie, le stesse non si pongono in rapporto antitetico con riguardo ai presupposti. Riprendendo una sentenza del 2005, la Corte a più riprese sottolinea che *“il divieto di abuso rinviene fondamento nella scelta dell’ordinamento di imporre un vincolo alla maggioranza desunto dalla clausola generale di correttezza e buona fede, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 cod. civ. Queste norme hanno funzione integrativa del contratto sociale [...]. Pertanto, può costituire motivo di invalidità della delibera la prova che il voto determinante del socio di maggioranza è stato espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci, ovvero risulta in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, [...] consistendo detto abuso nella intenzionalità specificatamente dannosa del voto, ovvero nella compressione degli altrui diritti in assenza di un apprezzabile interesse del votante”*⁸¹. Si deve però notare come, nella teoria dell’abuso del potere è richiesta la prova della fraudolenza dell’esercizio del diritto di voto, mentre, sulla base della teoria dell’abuso del diritto (secondo buona fede) il comportamento deve essere provato solo nei termini di un comportamento *“ingiustificato”*, cioè che non sussista altra ragione se non quella di pregiudicare l’interesse dei soci di minoranza; nella pratica non si rinviene però, ponendo sotto la lente d’ingrandimento le varie sentenze della Cassazione, che l’utilizzo dell’una o dell’altra impostazione porti a significative differenze sul piano decisorio⁸². È importante constatare che ipotesi di abuso del diritto possono configurarsi anche nel caso di abuso della minoranza⁸³, classificandole in tre possibili casi: 1) ostruzionismo a delibere essenziali (c.d. abuso negativo e/o ostativo o minoranza di “blocco”, 2) utilizzo improprio degli strumenti a protezione delle minoranze (c.d. abuso di strumenti di protezione), in cui

⁸⁰ Cass. 7-02-1979, n. 818, Cass. 21-11-1998, n. 11801.

⁸¹ Cass. civ., Sez. I, 17-07-2007, n. 15950.

⁸² A. Stabilini, *L’abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, op. cit., p. 843.

⁸³ Che secondo S. Brighenti, *Deliberazioni negative: problematiche ed ipotesi di disciplina*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 10, 2017, p. 1454, dovrebbe essere ricostruita attraverso l’analogia dalla disciplina del conflitto di interessi.

rientrano la convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza, la deliberazione sulla responsabilità e sulla revoca degli amministratori, e la nomina di nuovi amministratori, 3) impugnative pretestuose di bilancio⁸⁴. Nel sistema del diritto commerciale è quindi avvenuto, anche con il contributo della giurisprudenza, un ampliamento delle clausole generali che, pur mantenendo tratti di generalità, hanno generato una specifica limitazione della discrezionalità dell'interprete, determinando una perimetrazione del fenomeno attraverso le c.d. "clausole generali-speciali"⁸⁵. Si può però desumere dall'interconnessione presente tra le varie clausole una "clausola generale sincretica"⁸⁶, che è possibile ricavare dalla formula del *business purpose*, cioè della ragionevolezza economica, come *discrimen* tra le operazioni configurabili come abusive e quelle che rientrano nei canoni di legittimità⁸⁷.

L'approccio seguito nel diritto tributario è stato in parte dissimile. Difatti, risulta inusuale la positivizzazione di un principio all'interno di una norma (l'art. 10-bis), che abbraccia il concetto di abuso e lo porta sullo stesso piano dell'elusione fiscale. Si è già detto come una formalizzazione di un concetto tanto labile potrebbe sconfinare nell'ambito del metagiuridico, ingenerando un pericolo per lo stesso principio di legalità che fa da padrone soprattutto nel settore fiscale. Le luci e le ombre generate dalla riforma del 2015, che saranno analizzate nel dettaglio nei successivi paragrafi, inseriscono un ulteriore tassello in una questione già di per sé intricata: è corretto ricollegare il concetto di elusione fiscale a quello dell'abuso del diritto? Dare una risposta al quesito non è particolarmente facile. Gran parte della dottrina e giurisprudenza danno ormai il principio per assodato: l'elusione fiscale è abuso del diritto. Forse però giungere a una simile conclusione parrebbe affrettato, o per lo meno bisognerebbe indagare più a fondo su quali potrebbero essere le possibili distonie fra

⁸⁴ M. Guarini, *Il consenso 'determinante' della minoranza nelle società di capitali tra clausole di salvaguardia e abuso di potere*, in *Rivista di diritto societario*, Fasc. 2, 2018, nota 78.

⁸⁵ Così P. Montalenti, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 4, 2018, p. 873.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Nel contesto della presente trattazione è importante sottolineare che l'obiettivo non è quello di esaminare in dettaglio tutte le possibili forme di abuso del diritto presenti nel nostro ordinamento. Date le limitazioni di spazio e tempo, si rimanda ad autori di riferimento che hanno approfondito ampiamente tale argomento. In particolare, cfr. V. Velluzzi, *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Edizioni ETS, Pisa, 2012; A. Astone, *Il divieto di abuso del diritto: diritto scritto e diritto vivente*, Giuffrè, Milano, 2017; M. Pompei, *Abuso Del Diritto: Un Approccio Tra Filosofia e Teoria*, op. cit., 2019; L. Carpentieri, *L' Abuso Del Diritto*, op. cit., 2019.

i due termini. *Absurda sunt vitanda*, ed infatti non si vuole addivenire a conclusioni eccentriche o sconsiderate. Ciò non vuol dire però che uno spunto, ai limiti della critica, non possa essere trovato (anche e soprattutto partendo dalla dottrina precedente alla riforma).

Innanzitutto, è possibile ipotizzare una differenza marginale tra la nozione generale di abuso del diritto e quella fatta propria dal diritto tributario⁸⁸. Nel primo caso, si trovano a confronto due soggetti: il soggetto pregiudicato dall'abuso e il titolare del diritto che si ritiene abusato. Quest'ultimo trova una (pretesa) giustificazione all'interno degli atti che costituiscono esercizio del diritto di cui è titolare, costituenti in astratto il contenuto del diritto. Nell'abuso così come elaborato nel diritto tributario, i soggetti che si trovano contrapposti sono il contribuente e l'Amministrazione Finanziaria. La pretesa di quest'ultima viene contestata dal contribuente attraverso l'esistenza di uno spazio generale di autonomia negoziale, arrivando addirittura a legittimarsi per il tramite di uno spazio di mera "libertà", potendo includere nell'abuso anche atti non negoziali.

Una presunta distinzione è stata avanzata dalla dottrina: "*è possibile distinguere questi concetti, nella misura in cui è possibile rilevare che il primo (l'elusione, n.d.r.) valorizza il rapporto (di conflitto) tra le norme applicate in ragione della forma della condotta e i fini di altre norme, quelle che la forma adottata ha permesso di non applicare, mentre il secondo (l'abuso, n.d.r.) valorizza il rapporto (di conflitto) tra le norme applicate in ragione della forma della condotta e i fini di queste ultime*"⁸⁹. Ad ogni modo, per raggiungere il nocciolo della questione appare necessario presentare prima le tesi di chi, fondatamente, riconduce i fenomeni ad *unicum*.

Nell'analisi della tripartizione abuso/elusione/evasione, c'è chi ritiene che la stessa rappresenti una visione statica del diritto⁹⁰. "Eviscerando" la tripartizione, l'elusione potrebbe non essere considerata come una categoria del diritto, ma piuttosto deve ricondursi nell'ambito delle categorie economiche, esaurendo la propria utilità nella mera descrizione della fattispecie. La categoria rilevante è quella dell'abuso, perché è solo con la sua

⁸⁸ G. Franson, *Appunti su abuso del diritto e valide ragioni economiche*, in *Rass. Trib.* n. 4, 2010, p. 932.

⁸⁹ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, op. cit., p. 1. L'autore però conclude che presentando tratti comuni, gli stessi possono essere ricondotti a varianti dello stesso fenomeno, potendo trovare una disciplina unitaria.

⁹⁰ A. Giovannini, *La delega unifica elusione e abuso del diritto: nozione e conseguenze*, in *Corr. Trib.*, n. 24, 2014, p. 1827.

violazione che si hanno conseguenze rilevanti dal punto di vista giuridico. Altri autori, prima che entrasse in vigore il D.lgs. n. 128/2015, nell'esaminare i tentativi della giurisprudenza per ricavare una clausola generale antielusiva, prestavano la propria attenzione sui possibili punti di distinguo tra le pronunce della Corte di giustizia e della Corte di Cassazione e la clausola "semigenerale" stabilita dall'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973. In particolare, si ricavava una convergenza fra la definizione di abuso in ambito comunitario e la clausola antielusiva, laddove entrambe valorizzavano la tensione tra lettera e spirito della legge (sebbene l'art. 37-*bis* andasse a circoscriverne la definizione in modo più puntuale), derivante da un'asimmetria fra forma giuridica e il mutamento della sostanza economico-giuridica prodotto⁹¹. Sempre sul piano della condotta abusiva si presenta una dissonanza relativamente agli interessi sottesi all'operazione⁹²: il principio antiabuso va a contrastare tutte quelle pratiche che perseguono un interesse al risparmio dell'imposta che deve risultare essenziale sul piano soggettivo per il compimento dell'operazione, mentre agli interessi extrafiscali è assegnato ruolo marginale, in quanto assumono rilevanza solo nel caso in cui consentissero di escludere il ruolo essenziale dell'interesse al risparmio d'imposta. L'art. 37-*bis* corrobora una tesi differente, vertente su un livello di analisi duplice: il giudizio sulle valide ragioni extrafiscali è autonomo rispetto al parallelo giudizio sull'interesse al risparmio d'imposta. L'impostazione della (ormai abrogata) disciplina nazionale permetteva infatti l'esclusione di una condotta elusiva anche qualora, pur esistendo un preminente interesse al risparmio d'imposta, fosse provata la presenza di valide ragioni extrafiscali. Per quel che concerne quest'ultimo profilo, ad allineare il principio di abuso del diritto e la clausola ex art. 37-*bis* (prima dell'intervento dell'art. 10-*bis*) ci ha pensato la Corte di Cassazione⁹³, che con numerose sentenze a partire dal 2008 si è conformata all'impostazione della clausola antielusiva.

⁹¹ G. Zizzo in G. Maisto (a cura di), op. cit., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, 2009, p. 68 ss.

⁹² *Ivi*, p. 72.

⁹³ Si tratta delle c.d. sentenze gemelle n. 30055/2008, n. 30056/2008 e n. 30057/2008, che saranno però prese in considerazione *infra*, par. 2.2.2. Si veda anche Cass. civ., Sez. Trib., 21-1-2009, n. 1465.

Alcuni autori⁹⁴ ipotizzavano una soluzione in base al principio di specialità, proprio in virtù dei caratteri generali condivisi⁹⁵, della medesima efficacia prescrittiva e della non sovrapposibilità del loro ambito applicativo. Si riduce, cioè, il tema al concorso di norme, da risolvere secondo la regola per cui trovi applicazione la fattispecie che presenta più elementi caratterizzanti⁹⁶. Cosicché, il principio di origine giurisprudenziale troverà applicazione in ogni operazione astrattamente elusiva, con esclusione però delle operazioni che sono oggetto di disciplina del terzo comma dell'art. 37-bis.

Sulla sostanziale omogeneità delle due figure parrebbe utile riportare altri spunti dalla dottrina, come chi afferma che “*Confrontando gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale - così come emergono dal principio antiabuso pretorio e dalla clausola antielusiva codificata all'art. 37-bis - risulta la sostanziale omogeneità delle due figure*”⁹⁷. Per corroborare tale tesi si ricorre alla nozione di elusione data dall'art. 37-bis, dove è possibile identificare tre elementi distintivi: 1) la mancanza di valide motivazioni economiche; 2) l'aggiramento di obblighi e divieti stabiliti dalla normativa fiscale; 3) il risparmio di imposta.

Gli elementi costitutivi del contegno abusivo, così come elaborati dalla giurisprudenza comunitaria⁹⁸ sono: 1) il contrasto tra l'applicazione formale delle condizioni previste dalla sesta direttiva e dalla legislazione nazionale e l'obiettivo che esse perseguono; 2) l'obiettivo primario di ottenere un vantaggio fiscale attraverso una combinazione di elementi oggettivi⁹⁹.

⁹⁴ G. Fransonì, *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in Corr. Trib., n. 1, 2011, p. 13. Ma anche G. Zizzo, in G. Maisto (a cura di), op. cit., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, 2009, p. 72 ss., in cui attraverso una diversa ricostruzione si addiende al medesimo risultato.

⁹⁵ Sulla coincidenza dei concetti si rimanda a Cass. civ., 4-04-2008, n. 8772 e Cass., SS.UU., 23-12-2008, n. 30057.

⁹⁶ G. Fransonì richiama, per la definizione del concetto, ad A. Pagliaro, *Concorso di norme*, in Enc. dir., VIII, Milano, 1961, p. 545, secondo il quale “Ciò importa che tutti i requisiti della fattispecie generale sono contenuti della fattispecie speciale, la quale ha inoltre uno o più requisiti propri e caratteristici che hanno appunto funzione caratterizzante”.

⁹⁷ S. Cipollina, *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in Giurisprudenza Italiana, n. 7, 2010, p. 1724 ss.

⁹⁸ In particolare, la sentenza c.d. Halifax, cit., Corte giust. CE, 21-02-2006, C-255/02, cui verrà dedicato spazio nel par. 2.2.1.

⁹⁹ Entrambe le classificazioni sono riprese da S. Cipollina, *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in Giurisprudenza Italiana, op. cit., p. 1729.

Gli elementi essenziali di entrambi gli schemi sembrano quindi seguire la medesima struttura logico-sistematica¹⁰⁰, residuando solo una differenza strutturale, dato dal grado di analiticità proprio dell'art. 37-bis¹⁰¹. Si argomenta inoltre sul fatto che si tratta di nozioni connotate dalla medesima funzione, cioè quella di contrastare i comportamenti formalmente rispettosi di una norma, ma che ne aggirano la *ratio*, giungendo a un risparmio fiscale indebito¹⁰². Ad un esito equivalente è arrivata altra autorevole dottrina, seppur con atteggiamento critico nei confronti del comportamento della giurisprudenza, qualificato come eccessivamente espansivo con riguardo al concetto di abuso de diritto¹⁰³. Partendo dal presupposto che una eventuale diversa qualificazione dei due concetti (elusione e abuso) non porterebbe a differenze applicative o procedurali, si perviene alla conclusione che i due concetti possono integrarsi tra loro e concorrere nel sistema¹⁰⁴. Infatti, se si ammette che l'abuso presenta alla base una contestazione necessaria dell'Amministrazione finanziaria e figura quale elemento qualificante un risparmio d'imposta indebito, con il quale si infrange una regola (*rectius*, lo spirito di una regola) individuabile nell'ordinamento giuridico, nella concomitante assenza di altre valide ragioni economiche extrafiscali, si può giungere alla sovrapposizione delle nozioni di elusione e abuso¹⁰⁵.

¹⁰⁰ La stessa Cassazione a più riprese ricollega le due nozioni ad un unico fenomeno: “*il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici*”, Cass. civ., 13-05-2009, n. 10981, che fece seguito alle sentenze cit. Cass. civ., n. 30055/2008, n. 30056/2008 e n. 30057/2008.

¹⁰¹ Ancora, per chi intende le due nozioni come sinonimi di uno stesso fenomeno: “La rubrica della nuova disposizione, ove – non casualmente – tra abuso ed elusione è stata impiegata una disgiuntiva, e la sostituzione con il nuovo art. 10-bis del vecchio art. 37-bis, [...] conferma definitivamente che abuso del diritto tributario ed elusione fiscale sono concettualmente equipollenti”, A. Contrino, A. Marcheselli, *Il nuovo abuso del diritto quale clausola di razionalizzazione del sistema nel contrasto ai fenomeni di elusione fiscale*, in C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario: commento al D.lgs. 5 agosto 2015, n.128 e al D.lgs. 24 settembre 2015, n.156*, Assago, 2016, p. 7.

¹⁰² A. Contrino, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2009, I, p. 463.

¹⁰³ G. Zizzo, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 6, 2008, p. 465; M. Beghin, *Abuso del diritto: la confusione persiste*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 8, 2008, p. 649.

¹⁰⁴ M. Basilavecchia, *Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 9, 2008, p. 741.

¹⁰⁵ Ivi, p. 651.

L'abuso del diritto rappresenta certamente un'area grigia, priva di contorni definiti in qualsiasi area del nostro ordinamento, a cui una definizione precisa sta ben stretta, e potrebbe risultare addirittura erroneo attribuirgli una positivizzazione che lascia margini di manovra limitati o perfino inesistenti. Ciononostante, rimane l'atteggiamento quasi reticente della maggioranza degli operatori del diritto che non forniscono un quadro più chiaro della distinzione che era ben presente antecedentemente agli interventi della Suprema Corte e alla venuta dell'art. 10-*bis*. Non bisogna infatti dimenticare che prima di ricondurre l'elusione sotto l'ala dell'abuso si ricorreva alle categorie civilistiche di inesistenza della causa negoziale, della simulazione, del contratto in frode alla legge¹⁰⁶. Qualche dubbio rispetto all'unificazione delle due fattispecie deriva dalla dottrina minoritaria, per lo più riferibile al periodo *ante* riforma del 2015. Sempre confrontando la nozione dataci dalla giurisprudenza comunitaria con la clausola anti-elusiva interna (ex art. 37 *bis*), si evidenzia come il nocciolo duro possa risultare come assai simile, potendo riportare entrambe nell'ambito del brocardo "*Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*"¹⁰⁷. Nella clausola domestica però c'è un riferimento ulteriore, cioè quello del *business purpose*. Si rimane però nel dubbio se ci si trova di fronte a una specificazione tautologica della nozione di elusione ovvero a un elemento essenziale della fattispecie. Una soluzione diversa è avanzata da chi, prima dello stravolgimento operato dall'art. 10-*bis*, riteneva che elusione e abuso si trovassero addirittura in un rapporto di alterità, andando a delineare il divieto di abuso come attinente solo all'esercizio di situazioni giuridiche attive (diritti, poteri e facoltà) e la cui finalità, raggiunta per il tramite di una limitazione alle facoltà del titolare del diritto, è quella di tutela dei terzi che possono subire

¹⁰⁶ Il settore tributario è stato l'apripista per l'introduzione di una definizione espressa di abuso del diritto, e proprio per questo risulterebbe utile dare una definizione distinta di due concetti che comportano pesanti sacrifici della fondamentale esigenza della certezza del diritto, al fine ultimo di limitare il campo di discrezionalità dell'autorità fiscale e dell'interprete. "*Esiste una tensione permanente tra la certezza del diritto e la figura dell'abuso in generale: mentre la prima richiede determinabilità e interpretazione secondo il caso ipotetico, la seconda richiede flessibilità e, in qualche misura, indeterminazione, affinché la legge possa essere applicata correttamente ad ogni singolo caso*" (M. Righi, *Elusione fiscale, abuso del diritto e la prospettiva di una teoria dell'illecito tributario in Brasile*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, n. 1, 2021, p. 89).

¹⁰⁷ G. Tabet, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, in *Bollettino tributario*, 2009, p. 85. Il problema sotteso alla valutazione operata in questo intervento si rinviene nel rimando al concetto di contratto in frode alla legge ex art. 1344 c.c., prospettiva che è stata correttamente abbandonata da giurisprudenza e dottrina ormai da molto tempo, in quanto ad oggi deve essere ricompreso nel campo dell'evasione.

un pregiudizio dall'esercizio delle stesse; l'elusione fiscale, diversamente, rientra nella sfera dei diritti e obblighi inerenti le situazioni soggettive passive del contribuente, che in quanto tali non possono essere oggetto di "utilizzo" e tantomeno "abuso", ma solamente di adeguamento ed osservanza¹⁰⁸. L'autore compie un ulteriore passo, estendendo la critica allo stesso concetto di abuso del diritto tributario, in quanto inidoneo a incidere sulla disciplina positiva nei casi in cui l'abuso si sarebbe verificato: da un lato, la sola presenza di valide ragioni extra-fiscali non dovrebbe permettere di qualificare l'operazione come legittima (come espressamente previsto dalla disciplina positiva); dall'altro lato, l'ulteriore estensione dell'abuso a ogni scelta connotata da soli motivi di convenienza fiscale (sulla base della prassi seguita dall'Amministrazione finanziaria, che precedentemente si basava solamente su tale requisito per qualificare un'operazione come abusiva) fa sì che si fuoriesca dagli stessi concetti di abuso ed elusione, in quanto si ignorano gli ulteriori elementi costitutivi dei due concetti. Una conclusione del genere porta la distinzione all'estremo, forse giungendo a risultati eccessivamente singolari. Si conclude infatti che l'elusione è un fenomeno fisiologico della disciplina tributaria, caratterizzato dalla moltiplicazione delle soluzioni scelte dai contribuenti per trovare la strada fiscalmente meno onerosa; la soluzione dovrebbe ritrovarsi perciò in asistematici interventi normativi, volti a reprimere quelle strade considerate troppo vantaggiose. I possibili comportamenti elusivi sono però estremamente mutevoli e presentano numerose variabili, che non possono essere oggetto di un continuo intervento legislativo volto alla ricerca della certezza del diritto, ove un'inflazione normativa porterebbe solamente al risultato inverso di incertezza e mancanza di sistematicità. Da ultimo, una tesi contrastante con l'orientamento maggioritario si rinviene con riferimento ad alcuni commi dell'art. 10-*bis*¹⁰⁹. Al comma 1 di detto articolo viene enunciata una fattispecie di abuso che coincide sostanzialmente con quella dettata dall'art. 37-*bis* del d.P.R. 600/73. Discorso diverso deve farsi per il comma 2, dove il richiamo non è più all'elusione, ma all'abuso quale costruzione di puro artificio: la norma recita che sono privi di sostanza economica quei fatti, atti e contratti "*inidonei a produrre effetti significativi diversi dai*

¹⁰⁸ S. La Rosa, *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, op. cit., p. 787 ss.

¹⁰⁹ G. Falsitta, *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in Riv. Dir. Trib., n. 4, parte I, p. 333, 2018.

vantaggi fiscali". L'accento viene quindi posto su quelle operazioni carenti di una sostanza imprenditoriale, il cui effetto prevalente o esclusivo è l'idoneità a generare vantaggi fiscali. Il comma 2 continua, disponendo che è indice dell'assenza di sostanza economica "*la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato*": in questo inciso viene accolta dall'autore l'interpretazione secondo cui si riscontra non conformità alle normali logiche di mercato se, attraverso operazioni che ingenerano una variazione di ricavi, costi e redditi, si procede ad occultare i ricavi o si rappresentano costi inesistenti o apparenti, verificandosi il fenomeno dell'"*antieconomicità delle operazioni fiscalmente rilevanti*"¹¹⁰. Anche qui l'elusione non compare: ci ritroviamo davanti a un abuso caratterizzato da costruzioni artificiose, rientrando in tutto e per tutto nell'evasione fiscale, che ben differisce dai concetti fin qui esaminati. Passando alla lett. b del comma 2, essa ritrova i vantaggi fiscali indebiti in quelle operazioni che producono "*benefici, anche non immediati, realizzate in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*". Il riferimento al carattere indebito del risparmio non era presente nell'art 37-bis, dove l'elusione si manifestava essenzialmente con l'aggiramento di una norma elusa e l'applicazione della norma elusiva. L'interrogativo si ripresenta anche qui: si includono quei vantaggi ottenuti in conflitto con la *ratio* delle norme fiscali o perfino in diretta violazione delle stesse, potendo assistere anche in questo caso a un fenomeno evasivo. Come analizzato *supra*¹¹¹, si tratta di fenomeni assolutamente non coincidenti, che presentano caratteristiche definite, ma nella lettera della disposizione ci si ritrova di fronte a una vera e propria violazione delle norme tributarie.

Sembrerebbe, dopo la carrellata dottrinale appena esposta, che i due concetti sono talmente astratti, così insolitamente incerti per un settore così complicato e tecnico come il diritto tributario, che alla formulazione di una distinzione non si giungerà mai. Essi si intrecciano, abbracciano spesso le medesime situazioni sostanziali, ma non sembrano coincidere. Bisognerebbe immaginare due cerchi concentrici, uno più grande (l'abuso), l'altro più piccolo (l'elusione), con quest'ultimo che è ricompreso all'interno del primo. Il

¹¹⁰ Ivi, p. 346

¹¹¹ Si rimanda al par. 1.2.2. per la distinzione tra elusione ed evasione.

legislatore, con l'introduzione dell'art. 10-*bis*, che ha risolto la lacuna ordinamentale riguardante l'assenza di una clausola antielusiva generale, non ha placato i termini della questione. Nella legge delega n. 23/2014, all'art. 5, si espone che *“Il Governo è delegato ad attuare [...] la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto”*; il legislatore però si è limitato a prevedere astrattamente che abuso ed elusione rappresentino lo stesso fenomeno giuridico, senza dare una dimostrazione in termini concreti della coincidenza dei due concetti. Nei successivi paragrafi, come ormai la maggioranza della dottrina e giurisprudenza è solita fare, si utilizzeranno (per fini di semplificazione) i termini elusione e abuso quali sinonimi.

CAPITOLO 2 – L’INQUADRAMENTO LEGISLATIVO E GIURISPRUDENZIALE DELL’ELUSIONE FISCALE

2.1. Evoluzione della fattispecie e origini: l’art. 37-*bis* nel d.lgs. 600/1973

Si è già avuto modo di parlare delle origini della nozione di elusione fiscale nei precedenti paragrafi¹¹². Bisogna adesso affrontare la tematica esaminando le normative e le pronunce giurisprudenziali che si sono succedute nel tempo per poter dare corpo a una disciplina unitaria dell’elusione. Il dibattito italiano intorno all’elusione è cominciato con l’art. 8 del R.D. n. 3269/1923, cioè il testo di legge relativo all’imposta di registro. Al primo comma, recitava che “*Le tasse sono applicate secondo l'intrinseca natura e gli effetti degli atti o dei trasferimenti, se anche non vi corrisponda il titolo o la forma apparente*”. La dottrina si andava però a dividere in due approcci che negavano la rilevanza del fenomeno abusivo, concentrandosi sulla nozione di “*effetti*” cui faceva riferimento la disposizione. C’era chi riteneva che l’art. 8 andasse a rappresentare il principio secondo cui le imposte sono applicate riferendosi alla natura e agli effetti economici degli atti, non alla natura e agli effetti giuridici, attribuendo all’abuso la natura di un falso problema¹¹³. Per gli stessi, il principio espresso dall’art. 8 non poteva essere limitato alle ipotesi in cui vi fosse stata incompatibilità (derivante da frode o errore) fra le clausole contrattuali e la qualificazione attribuita dalle parti, ma andava esteso anche ai casi in cui il titolo giuridico fosse compatibile con le clausole, ma la forma giuridica prescelta fosse stata diversa da quella che normalmente rappresentava l’operazione economica realizzata¹¹⁴. Il criterio di applicazione – fondandosi le fattispecie impositive dei negozi giuridici sulla manifestazione di un contenuto economico – doveva essere quello della sostanza economica dell’operazione, anche qualora la forma giuridica differisse da quelle normalmente utilizzate per la finalità perseguita dalle parti. Erano inoltre irrilevanti gli scopi sottesi al negozio giuridico, sia nel caso in cui consistessero

¹¹² Cfr. par. 1.1. e 1.1.1.

¹¹³ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, op. cit., p. 25.

¹¹⁴ D. Jarach, *Principi per l’applicazione dell’imposta di registro*, Padova, 1936, p. 46.

nell'evitare il pagamento di un tributo sia qualora ci fossero ragioni ulteriori a quelle fiscali¹¹⁵.

L'approccio opposto a quello prima presentato si inserisce nell'ottica di chi riteneva che l'imposizione dovesse essere ricollegata agli effetti giuridici degli atti, considerando l'abuso come fattispecie non rilevante. L'accento veniva posto sulle scelte legislative, che in quanto tali permettevano al contribuente di scegliere tra due o più atti quello fiscalmente meno oneroso. La previsione del legislatore di sottoporre due atti ad imposte diverse si poneva in contrasto con il fenomeno della sostanza economica, che avrebbe portato ad applicare la stessa imposta ad atti per cui era previsto un trattamento fiscale diverso¹¹⁶.

Con l'art. 20 del d.p.r. 131/1986 si è decisamente optato per quest'ultima tesi: si trattava tuttavia di effetti civilistici, salvo che vi fosse una norma tributaria che disponesse altrimenti. Cosicché si era vincolati - dal punto di vista dell'Amministrazione finanziaria - a non poter conseguire uno stravolgimento della qualificazione civilistica e degli effetti giuridici desumibili dall'interpretazione dell'atto, potendo solamente andare oltre il *nomen iuris* attribuito dalle parti per ricostruire la reale natura giuridica dell'atto¹¹⁷.

Ritornando alla legge di registro del R.D. n. 3269/1923, le finalità della norma erano perseguite attraverso la riqualificazione giuridica del solo negozio fiscalmente rilevante, mettendo da parte una valutazione di elementi extratestuali e degli effetti di altri negozi che potessero essere tra loro collegati¹¹⁸. Il rilievo di più negozi collegati tra loro si rinviene invece in una sentenza della Cassazione del 1979, con ribaltamento della decisione del giudice di merito per il quale l'imposta assumeva rilievo con riferimento ai singoli atti¹¹⁹.

¹¹⁵ Ivi, p. 102.

¹¹⁶ A. Berliri, *Negozi giuridici e negozi economici quali basi per l'applicazione dell'imposta di registro*, in *Scritti scelti di diritto tributario*, Milano, 1990, p. 71.

¹¹⁷ F. Marchetti, *La riqualificazione dell'atto soggetto a tassazione ad opera dell'Ufficio del registro: l'interpretazione dell'art. 20 d.p.r. n. 131/1986*, in *Boll. trib.*, 2002, p. 738.

¹¹⁸ Come si può evincere da Cass. civ., Sez. I, 09.01-1987, n. 75, "*Il principio fissato dall'art. 8 della legge di registro di cui al R.D. 30 dicembre 1923 n. 3269 [...], secondo il quale l'atto deve essere tassato in base alla sua intrinseca natura ed agli effetti, ancorché non corrispondenti al titolo od alla forma apparente, esige la ricerca di tale natura e di tali effetti che deve essere condotta attraverso l'interpretazione dei patti negoziali in applicazione delle regole generali di ermeneutica dettate dal codice civile. L'unico limite è costituito dalla circostanza che tale interpretazione deve essere effettuata con esclusivo riferimento all'atto da registrare e senza riferimento ad elementi estrinseci*".

¹¹⁹ F. Tesauro, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4, 2012, p. 10683.

La crescente attenzione al tema dell'elusione emerge in dottrina negli anni Cinquanta grazie all'influenza di autori stranieri tra i quali figurano Albert Hensel ed Ernst Blumenstein, ma si era decisamente lontani dall'elaborazione di una clausola generale: una parte della dottrina riteneva irrilevante il fenomeno vista l'assenza di una normativa unitaria che lo ammettesse¹²⁰, altri si rifugiavano nello strumento interpretativo¹²¹ e un numero limitato lo riconduceva alla disciplina della frode alla legge ex art. 1344¹²². Un tentativo di introduzione di una clausola generale venne fatto negli anni 60 dalla Commissione per lo studio della riforma tributaria; si giunse però a un esito negativo, giudicando come "impossibile" affidarsi a una enunciazione di principio, in vista anche di un eccessivo aumento dei contenziosi tributari che ne sarebbero sorti. Nel tempo si sono continuate ad alternare posizioni molteplici, con il dibattito che risultava inevitabile anche in virtù di un legislatore riluttante a emanare una disposizione di natura generale¹²³. L'utilizzo di mere norme correttive *ad hoc* è risultato però sempre più inadeguato, e proprio l'atteggiamento critico di gran parte della dottrina ha portato alla discussione e all'emanazione di una formulazione contenuta nell'art. 10 della l. 408/1990, che recitava al primo comma "*È consentito all'Amministrazione Finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta*". Nel dare uno sguardo ai lavori preparatori relativi all'art. 9 (poi confluito nell'art. 10 del testo finale) del disegno di legge, si legge che scopo principale del disconoscimento era quello di "*evitare che queste operazioni fossero per il futuro utilizzate - come lo sono state ogni tanto in passato - per*

¹²⁰ In tal senso, segnatamente: E. Antonini, *Evasione ed elusione d'imposta (Gli atti simulati e le imposte di registro)*, in Giur. It., 1959, IV, p. 97 ss.; C. Arena, *Elusione dell'imposta e perequazione tributaria*, in Riv. Guardia Fin., 1954, p. 453.

¹²¹ G. Zizzo, in *La clausola generale antiabuso*, op. cit. cita A.D. Giannini, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, p. 166. Si rimanda al par. 1.1.1., in cui sono esposte, almeno parzialmente, le ragioni di una inadeguatezza del criterio interpretativo.

¹²² F. Santonastaso, *I negozi in frode alla legge fiscale*, in Dir. Prat. Trib., 1970, I, p. 505, ma per una puntuale critica all'utilizzo del fenomeno della frode alla legge si rimanda a quanto dice S. La Rosa, *Elusione ed antielusione fiscale*, op. cit., p. 787.

¹²³ Si veda A. Trivoli, *Contro l'introduzione di una clausola generale antielusione nell'ordinamento vigente*, in Dir. Prat. Trib., 1992, I, p. 1337.

eludere il pagamento dell'imposta"¹²⁴; sempre nei lavori preparatori, lo stesso articolo viene identificato come la norma di carattere più generale, introducendo il potere dell'amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi fiscali ottenuti in operazioni di fusione, liquidazione, riduzione di capitale e simili. A tale potere vengono poste due limitazioni "*concorrenti e non alternative*": le operazioni devono essere state poste senza valide ragioni economiche e allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta. Interessante risulta inoltre il percorso seguito dalla Commissione parlamentare con riguardo all'aggettivo "resta fermo" inserito nel medesimo articolo¹²⁵; si concludeva infatti che una tale statuizione avrebbe generato una pericolosa contraddizione in tema di poteri concessi all'Amministrazione finanziaria, posto che il potere di disconoscimento di un'operazione elusiva - sempre in rapporto alle operazioni oggetto del disegno di legge - non fosse ancora esistente. Si confermava quindi un atteggiamento contrario al riconoscimento di un potere generale dell'Amministrazione di contrasto alle operazioni elusive, perseguendo quindi un approccio atomistico per sanzionare le condotte antielusive. Ancora, come contropartita all'ingerenza dell'Autorità fiscale era necessario introdurre delle garanzie a favore del contribuente (per esempio, l'autorizzazione del tribunale competente) sulla base di valutazioni economico-sostanziali e non giuridico-formali, altrimenti si sarebbero dovuti prevedere dei requisiti di ammissibilità per fruire del particolare regime fiscale di favore.

Un innesto piuttosto ambiguo era quello dell'aggettivo "fraudolentemente". Come ampiamente esposto nei precedenti paragrafi del presente scritto, lo stesso concetto di frodolenza entra in contrasto con l'elusione fiscale. I caratteri essenziali dell'elusione, difatti, divergono dall'*agere in fraudem legis*. Si tratta di comportamenti che formalmente rispettano la lettera della legge, ma non la *ratio* della normativa tributaria; un fenomeno fraudolento mal si concilia con la fattispecie elusiva: può e deve essere incluso in quei

¹²⁴ Seduta Camera dei Deputati n. 539 del 26/10/1990, p. 72098.

¹²⁵ Il Disegno di Legge presentato dal Governo prevedeva, all'art. 9, comma 3, la seguente formulazione: "*Resta fermo, anche successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge, il potere degli uffici di procedere ai controlli al fine di accertare, sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, se l'operazione di fusione sia stata effettuata, anche per la mancanza delle condizioni indicate nel comma 2-bis dell'articolo 123 del testo unico delle imposte sui redditi ..., senza valide ragioni economiche e allo scopo prevalente di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta*".

comportamenti che vanno ad occultare il risparmio d'imposta agli occhi del fisco. Ci si trova inevitabilmente nel territorio dell'evasione fiscale¹²⁶. Si prospettavano così due scuole di pensiero, l'una che intendeva il summenzionato aggettivo come utilizzo di uno strumento per manipolare le corrette regole tributarie¹²⁷, l'altra come un contegno inteso a sottrarsi ad obblighi di comunicazione e documentazione previsti dalla disciplina fiscale, attraverso l'utilizzo di costruzioni complesse ed artificiose (realizzando una violazione di ascendenza penalistica)¹²⁸. Proprio per superare l'aporia logica che si era creata grazie (o meglio, per colpa) all'art. 10 fu necessario intervenire poco tempo più tardi, precisamente con l'art. 7 del d.lgs. n. 358/1997, attuativo dell'art. 3, c. 161, lett. g), della l. n. 662/1996, che ha sostituito la problematica disposizione con l'inserimento dell'art. 37-bis nel d.P.R. n. 600/1973. Come esposto nella relazione al d.lgs. n. 358. *“si è ritenuto opportuno sostituire l'avverbio 'fraudolentemente' con espressioni che rendano al meglio il nucleo essenziale dei comportamenti elusivi, cioè l'utilizzazione di scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici, ottenendo vantaggi che ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova”*. C'era però chi, malgrado l'eliminazione del suddetto avverbio, riteneva che sul piano sostanzialistico anche la nuova formulazione si dovesse riferire alla concezione di elusione quale utilizzazione fraudolenta di *“atti fatti o negozi [...] diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario”*, al fine di ottenere vantaggi tributari altrimenti indebiti¹²⁹. Si riprenderebbe infatti la concezione di frode alla legge di cui all'art. 1344 del Codice civile, facendo leva sull'aggiramento delle norme tributarie, elemento cardine della frode alla legge, e sulla qualificazione dei vantaggi fiscali

¹²⁶ E. Manoni, *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 Dir. Prat. Trib., n. 1, 2019, p. 247, afferma che il legislatore potrebbe essere incorso in una c.d. truffa delle etichette. Non risulta essere dello stesso pensiero, A. Contrino, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto: profili teorici e problematiche operative*, Bologna, Cisalpino ed., 1996, 316.

¹²⁷ A ciò si conformavano S. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992, R. Lupi, *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art. 10 legge 408/1990)*, in Riv. Dir. Trib., 1992, I, p. 439 e A. Contrino, *Ibidem*.

¹²⁸ Così E. Manoni, *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*, op. cit., p. 248 e F. Gallo, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in Dir. Prat. Trib., 1992, I, p. 1778 ss.

¹²⁹ Così, seppur in distonia con la maggioranza della dottrina, P. Piccone Ferrarotti, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del d.lgs. n. 358/1997 (art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973)*, in Rass. Trib., 1997, p. 1164.

come “indebiti”, riferendosi agli effetti degli atti compiuti dal contribuente diretti all’aggiramento delle norme tributarie¹³⁰.

Al comma 1, l’art. 37-bis esordiva: “Sono inopponibili all’amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati fra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall’ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni d’imposta o rimborsi, altrimenti indebiti”. La definizione elaborata dalla riforma del ’97, se da un lato ha rimosso dei dubbi con riguardo all’inclusione di condotte fraudolente, dall’altro ha ingenerato dubbi di diversa natura. Innanzitutto, con riferimento al riferimento al concetto di ‘divieto’, non bisogna cadere nell’errore di qualificarlo nel senso di proibizione, cui deve seguire una sanzione. È bensì opportuno riferirlo a quelle norme che impediscono di fruire di un effetto fiscalmente vantaggioso in presenza di determinati elementi¹³¹. Nell’analisi delle varie operazioni colpibili dalla norma, qualora vi fosse uno schema circolare, l’operazione è da qualificare elusiva in assenza di validi risultati economici. Nel caso di operazioni lineari, bisogna mettere in rapporto i vari schemi concretamente attuabili, fra cui figurano quello fiscalmente più oneroso, evitato, e quello fiscalmente meno oneroso, attuato. E i due schemi possono essere fiscalmente equivalenti anche se uno dei due risulta come meno oneroso, rientrando in tal caso nella scelta discrezionale del contribuente nell’ambito del legittimo risparmio d’imposta. Si dovrà parlare invece di elusione qualora il comportamento diverga con lo spirito del precetto o divieto fiscale¹³². La presenza di valide ragioni economiche, idonee ad escludere elusione, va interpretato nel senso che debbano essere presenti ragioni extrafiscali prevalenti, tali per cui anche in assenza di vantaggi fiscali l’operazione sarebbe stata compiuta ugualmente. Qui si innesta la seconda dinamica problematica presentatasi con la clausola antielusiva semi-generale: nella prassi dell’Amministrazione finanziaria ci si basava su una nozione di

¹³⁰ La prevalente dottrina considerava la frode al Fisco (in quanto creditore d’imposta) esclusa dal concetto di elusione, trattandosi di un’ipotesi di evasione fiscale, mentre l’elusione doveva qualificarsi come frode alla legge fiscale intesa in senso lato. Così F. Gallo, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d’impresa)*, in *Rass. Trib.*, 1989, I, p. 19 e S. Fiorentino, *Il problema dell’elusione nel sistema tributario positivo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, 7, p. 814.

¹³¹ F. Tesauro, *Elusione e abuso nel diritto tributario*, op. cit., p. 683. L’autore esemplifica quali norme rilevanti quelle che escludono l’applicazione di misure agevolative, o limitano la deducibilità di costi ecc.

¹³² Ivi, p. 684.

elusione improntata solamente sul requisito dell'assenza di valide ragioni economiche, ritenendola come sufficiente a riportare a tassazione i vantaggi fiscali realizzati dal contribuente; essa diventa un elemento fondante dell'elusione fiscale. La questione trae le sue radici dalla necessità di differenziare il fenomeno elusivo da quello del legittimo risparmio d'imposta: ci si doveva basare sull'aggettivo "indebito" del risparmio d'imposta, che si verifica allorché il risultato dell'operazione è in contrasto con i principi che permeano l'ordinamento tributario, portando all'aggiramento di una disposizione normativa. La valutazione da effettuare per individuare la *ratio* della norma è, per quanto possibile, da impostare in termini oggettivi, basandosi sull'elemento contenutistico della stessa, senza lasciare che elementi ulteriori ed esterni, quali la massimizzazione del gettito fiscale o lo scopo perseguito dal contribuente, diventino fattori determinanti¹³³. Proprio per l'espletamento di un tale compito – l'analisi del sottosistema o sistema fiscale ove la norma si inserisce e l'individuazione e circoscrizione della *ratio legis* sottesa –, eccessivamente gravoso e complesso per l'interprete, si è giunti ad inalveare l'attenzione sulle valide ragioni economiche. Lentamente si sono andati a oscurare gli altri elementi costitutivi della fattispecie, lasciandosi trascinare da un concetto di elusione che si caratterizzava di soli due fattori determinanti, e cioè la sussistenza di un vantaggio fiscale e l'assenza di valide ragioni extrafiscali; un'indagine sulla natura indebita del risparmio conseguito risultava invece del tutto assente. E vittima di questa particolare tendenza applicativa è proprio la certezza del diritto, che ne risulta profondamente lesa: relegare la natura indebita del costruito negoziale a un ruolo meramente residuale nella giustificazione delle pronunce giurisprudenziali rendeva difficile (se non impossibile) formulare una distinzione con il legittimo risparmio d'imposta, rintracciabile esclusivamente nel "*risparmio d'imposta meramente occasionale*", e cioè ottenuto in via incidentale dal contribuente involontariamente¹³⁴. Tale circostanza

¹³³ A. Manzitti, M. Fanni, *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, in Corr. Trib., n. 15, 2014, p. 1140.

¹³⁴ *Ivi*, p. 1141. L'autore porta come esempio calzante, per evidenziare la fallacia dell'equivoco creata dal comportamento dell'Amministrazione finanziaria, quello di un'impresa che, vicina alla scadenza di un'agevolazione fiscale per l'effettuazione di investimenti produttivi, sia portata ad effettuare degli acquisti che in assenza delle agevolazioni fiscali non avrebbe realizzato. E proprio nell'esempio siffatto risulterebbero entrambi gli elementi che portavano la prassi a qualificare l'operazione come elusiva: il risparmio d'imposta e l'assenza di valide ragioni economiche. Invero, un simile comportamento non poteva (e non doveva) essere

comporta il rischio di sottovalutare la fondamentale libertà spettante al contribuente nell'esercizio del diritto di scelta tra molteplici operazioni, tenendo debitamente conto delle differenze presenti nel possibile carico fiscale caratterizzante l'operazione (sempreché, per l'evidenza, si conservi il rispetto del fine ultimo delle norme tributarie). Risulta inoltre utile considerare con particolare attenzione la vastità ed elasticità della summenzionata espressione "*valide ragioni economiche*", la quale, per sua intrinseca natura – non essendo circoscritta (nemmeno al giorno d'oggi¹³⁵) da disposizioni legislative specifiche – si presta ad un'interpretazione estremamente ampia ed inclusiva. Invero, nella pratica si è potuto constatare come questa locuzione costituisca un fertile terreno per molteplici ricostruzioni da parte dell'organo accertatore, basate sulla valutazione della meritevolezza dell'operazione, con il rischioso pericolo di cadere nell'ambito dell'arbitrio¹³⁶. L'articolo 37-*bis* è così diventato un prodotto obsoleto e superato, fatta eccezione per rari casi, a causa della prassi amministrativa e della giurisprudenza delle Corti (oltre agli interventi normativi che si sono succeduti nel tempo). In tale contesto, le valide ragioni economiche, ove assenti, non possono essere considerate un elemento costitutivo dell'ipotesi di elusione o abuso fiscale. Al contrario, se tali ragioni risultassero effettivamente presenti, diverrebbero una importante esimente rispetto alla configurabilità della medesima fattispecie elusiva; l'assenza di motivazioni extratributarie alla base di una specifica scelta costituisce soltanto un indizio o un segnale di possibile elusione. Spetterà eventualmente all'Amministrazione dimostrare in modo convincente che il vantaggio fiscale ottenuto è "indebito", poiché in palese contrasto con il sistema o sottosistema di norme all'interno del quale è situata la disposizione aggirata. Si richiede, pertanto, una rigorosa e scrupolosa analisi da parte dell'autorità competente,

qualificato come abusivo, forte del fatto che era la stessa legge a incentivare l'investimento effettuato, anche se privo di ragioni economiche ulteriori rispetto al perseguimento dell'agevolazione. Più incerte potevano però essere quelle situazioni in cui non vi era una disposizione incentivante l'effettuazione di operazioni fiscalmente rilevanti, con la legislazione che restava indifferente rispetto alla scelta del contribuente (si pensi alla scelta fra la cessione diretta di un'azienda e l'alienazione delle partecipazioni relative): anche in questo frangente si deve rientrare nell'ambito del legittimo risparmio d'imposta, potendo il contribuente scegliere fra le varie scelte che gli si presentano, senza dover dar conto all'Amministrazione finanziaria della presenza di valide ragioni extrafiscali.

¹³⁵ Il tema sarà oggetto di una puntuale scomposizione durante l'analisi della legislazione vigente nel par. 2.3.3.

¹³⁶ Si veda E. Manoni, *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*, op. cit., p. 250.

volta a valutare attentamente l'eventuale esistenza di giustificate ragioni economiche, al fine di determinare la conformità o meno della pratica fiscale oggetto di scrutinio alle previsioni normative e all'intento legislativo sotteso. Per poter comprendere al meglio la via scelta dalla prassi ai tempi della vigenza dell'art. 37-bis e il percorso interpretativo che si poneva alla base delle numerose pronunce si può prendere in esame la Risoluzione 28 aprile 2008, n. 177/E, attraverso la quale l'Ente impositore ha considerato elusiva la trasformazione di una società per azioni in società a responsabilità limitata il cui fine ultimo ed esclusivo era rappresentato dalla possibilità di effettuare un'opzione per la determinazione del reddito agrario su base catastale, in virtù della legge finanziaria che offriva un'agevolazione fiscale in favore delle società classificate come agricole¹³⁷, limitatamente alle società che presentavano la forma di S.r.l. L'Amministrazione ha evidenziato che la *“disposizione va nella direzione di incentivare la costituzione di società tra imprenditori agricoli e, per questa ragione, non si rivolge alle società per azioni e in accomandita per azioni, le quali, rappresentando la forma più evoluta di società, presentano di regola una struttura più complessa rispetto alle società a responsabilità limitata”*¹³⁸ era dell'avviso che *“nella fattispecie prospettata sussistano tutti gli elementi richiesti dalla norma per considerare elusiva l'operazione prospettata, posto che questa, volta esclusivamente a consentire la tassazione su base catastale, contravviene ai principi dell'ordinamento tributario ...”*. In particolare – secondo l'Amministrazione - si può ricavare un errato utilizzo delle norme giuridiche del diritto civile poiché la tassazione basata sul valore catastale sembrerebbe derivare da una scorretta manipolazione della procedura di trasformazione¹³⁹. Questo si

¹³⁷ *Ibidem*. L'agevolazione era prevista dalla legge finanziaria del 2007, all'art. 1, 1093° comma, (l. 27 dicembre 2006, n. 296).

¹³⁸ D. Stevanato, *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria: è davvero aggirato lo spirito della legge?*, in Corr. Trib., n. 21, 2008, p. 1719, afferma che la società per azioni è da sempre stata considerata dal legislatore come una società di grandi dimensioni, considerando il capitale sociale minimo molto più elevato rispetto alle altre forme giuridiche, e il suo impiego per organizzare generalmente attività economiche di maggior peso. E la legge finanziaria mirava a consentire di usufruire dell'agevolazione solamente a società che potessero essere di dimensioni minori, utilizzando un criterio di tipo dimensionale. Si andavano però ad ignorare quelle situazioni in cui la forma giuridica non rispettasse la 'normalità', potendoci essere da un lato S.r.l. con una base patrimoniale e reddituale ben consistente e dall'altro lato S.p.a. che nonostante la forma adottata fosse organizzata prettamente su base familiare e a livello locale.

¹³⁹ Nella prospettazione avanzata dall'Agenzia delle entrate secondo D. Stevanato, *Ibidem*, si è *“di fatto compiuto l'ultimo passo sulla strada di una totale equiparazione tra l'elusione e la lecita pianificazione fiscale”*, portando il contribuente a dover sempre e comunque scegliere la via fiscalmente più onerosa.

traduce in risultati economici e sostanziali che si discostano significativamente da quelli che il legislatore aveva originariamente considerato come presupposto e giustificazione per l'incentivo preso in considerazione nel caso in esame. Si può riscontrare fin da subito come le argomentazioni dell'Agenzia delle Entrate siano estremamente sommarie e inconcludenti, frutto di una visione delle norme (l'art. 37-bis e la normativa concernente l'agevolazione fiscale) discrasica con un approccio sistematico al nostro ordinamento fiscale. Partendo dalla prima affermazione riportata, è ben risaputo che, nonostante l'utilizzo della categoria civilistica delle S.p.a. risulti più appropriata per lo svolgimento di attività imprenditoriali di rilevanti dimensioni, la stessa è adottata indifferentemente anche per l'organizzazione di un'attività di modesta ampiezza, rientrando tale opzione pienamente nella libera scelta dell'operatore economico; la limitazione dell'agevolazione fiscale a determinate categorie societarie non deve essere intesa nel senso di porre una barriera invalicabile ai soggetti che precedentemente avessero adottato forme differenti da quelle elencate nella disposizione - che porterebbe indubbiamente ad esiti discriminatori a danno dei soggetti già presenti sul mercato -, ma occorre interpretarla semplicemente come scelta legislativa per introdurre un criterio dimensionale basato sulla forma societaria che, seppur in maniera discutibile, inserisce una presunzione che permette di evitare le lungaggini di un accertamento *de facto* di ogni società potenzialmente idonea ad accedere al regime di favore. Qui deve innestarsi una seconda considerazione, basata proprio su uno dei principi cardine caratterizzante il sistema fiscale, e cioè il diritto del contribuente di scegliere le modalità più idonee per il perseguimento dei propri affari, seppur comportanti un minor carico fiscale. La preclusione imposta all'operatore economico di servirsi di uno strumento offerto dal legislatore deve considerarsi come illegittima, in quanto la valutazione offerta dall'Amministrazione finanziaria deve esulare da giudizi basati sull'obiettivo perseguito dal contribuente attraverso il lecito utilizzo di forme giuridiche offerte in ambito civilistico. Il ragionamento dell'ufficio delle entrate non può scavalcare quello che rappresenta il nucleo fondamentale dell'elusione fiscale: esso non si poggia sull'abuso delle forme giuridiche civilistiche, quanto piuttosto

sulla manipolazione e l'aggiramento delle regole fiscali¹⁴⁰. Le argomentazioni, manifestamente errate, purtroppo, non finiscono qui. Nel momento in cui l'Agenzia si basa esclusivamente sulla preordinazione dell'operazione all'ottenimento di un vantaggio fiscale, la stessa erge a elemento costitutivo la marginalità delle valide ragioni extrafiscali, tacciando di elusività anche quelle operazioni che in concreto non contrastano con gli scopi della normativa tributaria. Portando all'estremo queste argomentazioni, ogni operazione intrapresa da un soggetto economico, la quale fosse sorretta esclusivamente o principalmente dall'ottenimento di vantaggi fiscali, sarebbe passibile di una qualificazione abusiva¹⁴¹; solamente l'adozione di forme giuridiche che comportino un carico fiscale maggiore rispetto alle alternative offerte dall'ordinamento potrebbero essere giudicate come fiscalmente lecite. Ci si dimentica perciò, come già detto, di un antecedente necessario rispetto all'assenza di ragioni extrafiscali: si può parlare di elusione solamente ove risulti un comportamento volto *“ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario”* per ottenere un vantaggio indebito. Solo dopo essersi conformato a un tale iter l'Ente impositore potrà andare ad eccepire l'assenza di valide ragioni economiche nell'operazione contestata¹⁴². Queste ultime devono nel caso concreto *“assurgere al rango di fatto impeditivo della operatività della norma antielusiva”*¹⁴³, essendo così compito del contribuente provare, in quanto esimente, che sussistano nel caso di specie ragioni economiche idonee.

In ultima battuta si fa imprescindibile sottolineare come l'art. 37-bis, al contrario dell'odierna nozione di elusione (o abuso) fiscale, integrava al suo interno un elenco di operazioni che ne limitavano la portata a determinati settori. La delimitazione si rendeva palese in due prospettive. Da un lato, infatti, la norma si inseriva nel contesto delle imposte sui redditi, circoscrivendo la sua sfera di applicazione alle stesse e a quelle altre imposte la cui disciplina rimandava specificamente alla normativa delle imposte sui redditi. La stessa

¹⁴⁰ Il fraintendimento fra abuso della strumentazione civilistica e elusione fiscale viene accuratamente esaminato da D. Stevanato, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in Dir. Prat. Trib., n. 5, 2015, p. 695.

¹⁴¹ E. Manoni, *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*, op. cit., p. 253.

¹⁴² G. Frasoni, *Appunti su abuso del diritto e “valide ragioni economiche”*, in Rass. Trib., 2010, p. 932.

¹⁴³ P. Russo, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in Rass. Trib., 1999, p. 68.

circolare illustrativa del d.lgs. n. 358/1997 affermava che “*la norma antielusiva può trovare applicazione soltanto con riferimento al settore delle imposte sui redditi*”¹⁴⁴; il suo ambito applicativo venne poco dopo ampliato con l’inclusione delle imposte sulle successioni e donazioni in ottica di superamento del particolarismo sotteso all’art. 10 l. 408/1990¹⁴⁵, come confermato anche dall’inclusione dell’imposta di registro. Gli interventi però erano “a macchia di leopardo” non delineati da un’ottica sistematica, permanendo in tal modo delle incertezze sulla sua possibile applicazione in via analogica. Particolarmente problematica era l’applicazione in ambito IVA, considerando anche che si tratta di un tributo armonizzato, che in quanto tale era “sottomesso” a logiche interpretative della Corte di Giustizia UE, dove il principio era già stato affermato nei suoi tratti caratterizzanti. Invero, la fattispecie si poneva in “una posizione mediana tra particolarismo e generalità”¹⁴⁶.

Dall’altro lato, le operazioni potenzialmente abusive dovevano rientrare nello schema proposto dal comma 1 dell’art. 37-*bis* e consistere in una delle operazioni elencate nel comma 3¹⁴⁷. Malgrado la formulazione della norma portasse a sostenere la tesi per cui la partecipazione a un piano abusivo, riguardante almeno una delle operazioni tipizzate, costituiva sia una condizione necessaria sia sufficiente per invalidare il comportamento in questione, si doveva considerare che una tale dipendenza non potesse essere casuale, ma

¹⁴⁴ Circ. min., 19-12-1997, n. 320/E.

¹⁴⁵ G. Zizzo, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in M. Miccinesi (a cura di), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, p. 435.

¹⁴⁶ S. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale*, op. cit., p. 233.

¹⁴⁷ Esso si riferiva, nella sua formulazione originaria a: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché' negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni;

f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere c), c-bis) e c-ter), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. Nella sua ultima versione (prima dell'abrogazione intervenuta nel 2015) furono incluse anche 3 lettere aggiuntive: f-bis) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi; f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea; f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio 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.

trovasse una logica tanto nell'ambito astratto della predisposizione normativa, in cui si percepivano le potenziali artificiosità delle operazioni menzionate, quanto nel contesto concreto dell'applicazione delle stesse norme, in cui tali artificiosità venivano effettivamente realizzate. In questa prospettiva, risultava ragionevole ritenere che l'operazione tipizzata, pur non rappresentando l'atto che procurava il vantaggio fiscale, dovesse almeno costituire uno snodo essenziale in esso, e non potesse essere sostituita da un'altra operazione atipica¹⁴⁸. La stessa relazione ministeriale conferma la spiccata connotazione semi-generale della clausola anti-elusione nei suoi commi 1 e 3, quando afferma che “*ben potrebbero costituire una norma antielusiva generale, ma – conformemente alle limitazioni della delega e alla sfera applicativa del precedente art. 10 della legge 408 – è stato previsto che essi scattino solo se il contribuente ha utilizzato una delle operazioni specifiche indicate al comma 3*”¹⁴⁹.

Proprio la connotazione casistica scelta dal legislatore con l'art. 37-bis ha portato la giurisprudenza nazionale – sulla falsariga delle pronunce del giudice comunitario – ad allargare il concetto di elusione e includerlo all'interno della figura dell'abuso del diritto, conferendo al concetto anche una dignità di carattere costituzionale.

2.2. Le clausole generali e la giurisprudenza dell'abuso del diritto

Nel nostro ordinamento fino al 2015 non è esistita la positivizzazione di una clausola generale che permettesse di estrapolare una definizione legislativa di elusione fiscale o abuso

¹⁴⁸ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 30, ma si osservi anche M. Nussi, *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi*, in Riv. Dir. Trib., 1998, I, p. 513. L'autore rimanda poi a P. Piccone Ferrarotti, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del d.lgs. n. 358/1997 (art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973)*, in Rass. Trib., 1997, p. 1164, per un avviso di senso opposto: si afferma che potrebbe giustamente considerarsi censurabile un'operazione comprensiva di uno degli atti espressamente indicati nell'elenco del 37-bis, seppur lo stesso non costituisca tramite necessario per il conseguimento del risultato elusivo (e perciò risulti non essenziale), potendo essere utilizzati in suo luogo altri atti che avrebbero raggiunto il medesimo effetto elusivo. Alla stessa conclusione si giunge per quel che riguarda la presenza di valide ragioni economiche nell'atto tipico e la loro assenza in un diverso atto non considerato dalla norma, qualora questo abbia permesso l'ottenimento di un vantaggio fiscale indebito.

¹⁴⁹ G. Falsitta, in *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Padova, 2020, p. 215 ss., nell'argomentare che “la formulazione dell'istituto è impeccabile [...], pienamente soddisfacente e non bisognevole di riforma”, pone una riserva con riguardo al comma 3 dell'articolo in esame. L'autore infatti addossa al legislatore la colpa di aver immesso tale comma nell'art. 37-bis, in quanto privo di motivazioni con una *ratio* fondata e dunque irragionevoli; la scelta era considerata come in contrasto con i criteri di ragionevolezza contenuti negli artt. 2, 3 e 53 Cost. e “in contraddizione logica con la causa germinale della interpretazione anti-elusiva nata nelle menti sottili di alcuni dei padri fondatori della scienza del diritto tributario in Italia, al fine di dare piena attuazione a due dei postulati fondamentali della fiscalità nel moderno Stato di diritto che sono l'universalità del concorso alle spese pubbliche”.

del diritto. Nonostante la presenza dell'art. 10 nella l. 408/1990 prima e dell'art. 37-*bis* del d.P.R. 600/1973 non era possibile affermare la loro valenza generale, in quanto il loro ambito applicativo era ben definito dalle stesse disposizioni, malgrado il susseguirsi di interventi normativi volti ad allargarne la portata. Emerge *ictu oculi* la difficoltà nell'estensione analogica di clausole che per loro natura risultano inadeguate, possedendo un ambito applicativo ristretto¹⁵⁰. Ciononostante, per riuscire a colpire quelle situazioni che non ricadono nell'area della clausola ex art. 37-*bis*, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, forte del supporto dei giudici europei che cominciavano a partire dal 2006 a elaborare, almeno per quel che riguarda i tributi armonizzati, una definizione generale di abuso del diritto nel settore fiscale.

Innanzitutto, risulta doveroso dare un contorno a ciò che può significare il termine “clausola generale”, che presenta plurimi punti di contatto con altre nozioni giuridiche che “ruotano attorno al concetto di indeterminatezza”¹⁵¹. In particolare, quando si parla di clausole generali, risaltano le nozioni di vaghezza e di indeterminatezza: nella vaghezza, per le clausole generali, si fa rientrare un terzo tipo, denominato vaghezza socialmente tipica o

¹⁵⁰ Alcuni autori *ante* riforma erano abbastanza concordi nel negare l'esistenza di un principio generale di contrasto all'elusione fiscale, non potendosi spiegare altrimenti l'esistenza di una moltitudine di norme antielusive specifiche. Si negava inoltre la possibilità di estendere analogicamente le norme fiscali, dato che, nel momento in cui non assumono connotazioni in termini generali sono norme eccezionali o speciali. In questo senso G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980, p. 371. Contrariamente altri autori ritenevano applicabile l'art. 1344 c.c., come F. Gallo, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. Trib.*, 1989, I, p. 11 ss. Ancora, c'era chi prospettava la sussistenza di una norma generale, come P.M. Tabellini, *L'elusione fiscale*, Milano, 1988, p. 138 ss. e G. Zizzo, *Sul lease back o l'elusione tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, I, p. 237 ss.

¹⁵¹ E. Fabiani, *Clausole generali*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 180 ss. Le distinzioni avanzate dalla dottrina sono copiose, ma si può ricordare, senza pretesa di completezza, la distinzione di risalente dottrina tedesca che distingueva le clausole generali, i concetti giuridici indeterminati, i concetti normativi e i concetti di discrezionalità, per cui si veda K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico* (1956), Milano, 1970, p. 170 ss., ma anche A. Guarneri, *Clausole generali*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., II, 1988, p. 403. Altri hanno distinto fra clausole generali, concetti indeterminati od elastici, quelli normativi e disposizioni normative che attribuiscono ai giudici poteri di libero apprezzamento (A. Di Majo, *Clausole generali e diritti delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.). Ancora, parte della dottrina (sulla falsariga di una terminologia principalmente tedesca) si riferisce alle nozioni “concetti-valvola” e/o “valvole di sicurezza” (P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, II, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 82; Trabucchi, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, t. 2, Milano, 1978, p. 2057 ss.). Le nozioni presentate non verranno approfondite nel presente lavoro, ma si rimanda ad autorevole dottrina per la descrizione di una fittissima rete di definizioni e soluzioni per sovrastare l'arzigogolo di concetti elaborati dalla dottrina civilistica, in particolare: E. Fabiani, *Clausole generali*, op. cit., p. 180 ss.; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, (1977), Bologna, 1982, p. 90 ss. e 157 ss.; L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 3 ss.; V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Milano, 1941; P. Rescigno, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 379 ss.; A. Falzea, *I principi generali del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, p. 455 ss.

da rinvio; l'indeterminatezza invece è parte del fenomeno perché ricorrentemente le clausole generali nelle esposizioni dottrinali sono ritenute come indeterminate, sebbene in alcuni scritti essa viene vista quale sinonimo della vaghezza¹⁵². Ancora, *“il vero significato delle clausole generali risiede nel settore della tecnica legislativa. In virtù della loro grande generalità esse permettono di sottomettere un maggior numero di rapporti concreti di fatto ad una conseguenza giuridica”*¹⁵³. Per elaborare i parametri (seppur in termini approssimativi) della questione, conformemente all'approccio dottrinale predominante, si può affermare che si tratti di *“termini o sintagmi contenuti in uno o più enunciati normativi (e non, dunque, di interi e compiuti enunciati normativi) il cui utilizzo da parte del legislatore si traduce nel ricorso ad una peculiare tecnica di costruzione della fattispecie incentrata sulla indeterminatezza del testo della norma, [...], che mira a salvaguardare la flessibilità dell'ordinamento giuridico, il quale, per l'effetto, può: per un verso, mantenersi “attuale” nonostante il passare del tempo; per altro verso, meglio “adattarsi” alle circostanze concrete del caso da decidere di volta in volta”*¹⁵⁴.

In virtù della fattispecie prettamente indeterminata delle clausole generali, ruolo fondamentale sul piano concreto è svolto, attraverso un’*“integrazione valutativa”*, dall’interprete, imprescindibile per colmare le lacune dell’indeterminatezza. E proprio in questo frangente deve intervenire l’operato del giudice, portato a dover specificare il

¹⁵² Così V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010 (Quaderni di filosofia analitica del diritto, n. 12), p. 35.

¹⁵³ K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 197.

¹⁵⁴ E. Fabiani, *Clausole generali*, op. cit., p. 191. La definizione esposta nel testo è coscientemente generica: mentre la dottrina maggioritaria è concorde nel definire la funzione svolta dalle clausole in un ordinamento giuridico, non altrettanto può affermarsi in relazione alla struttura propria delle stesse. Tuttavia, anche con riguardo alla funzione delle clausole generali è possibile operare delle distinzioni, per cui si veda P. Perlingieri e P. Femia, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p. 21, in cui le possibili funzioni vengono ricondotte in tre categorie: della “recezione”, cioè la funzione tradizionale, ove si rinvia a norme sociali che, pur non rappresentando autentiche norme giuridiche, sono applicate dal giudice; della “trasformazione”, che si sviluppa nel momento in cui norme sociali stabilizzate sono assenti e perciò con la progressiva diversificazione ed evoluzione della società le clausole generali sono portate a recepire i valori sociali, nel senso di “rappresentazioni collettive di valore”, scaturendone un potere del giudice più ampio; della “delegazione”, in cui il giudice non è limitato alla formulazione di valutazioni sulla base di valori sociali, ma grazie alla delega della clausola generale realizza autonomamente delle scelte economico-politiche conformandosi ai valori giuridici dell'ordinamento. Anche in quest’ultimo caso il suo potere è accresciuto.

contenuto della clausola¹⁵⁵; il ruolo del giudice assume una portata delicata nel momento in cui si riconosce un potere discrezionale potere interpretativo, e vi è una stretta correlazione con la scelta di una teoria dell'interpretazione, laddove variazioni nella scelta della teoria interpretativa genera variazioni nella definizione del ruolo assunto dal giudice¹⁵⁶. Sulla scia del pensiero interpretativo antiformalistico il giudice è dotato sempre di un potere discrezionale in sede interpretativa; proprio nelle clausole generali, in cui l'indeterminatezza fa da padrone, sorgono maggiori problemi nel momento in cui si va a qualificare la sua attività, che se limitata al profilo quantitativo rimarrà sempre nell'ambito dell'interpretazione, ma se si intende la stessa sotto un profilo qualitativo si genera uno sconfinamento nell'attività creativa del giudice, un fenomeno di produzione normativa che avvicina la figura giurisdizionale a quella del legislatore¹⁵⁷.

Nel diritto tributario le clausole assumono una connotazione più forte, non tanto con riferimento alla loro pervasività, quanto per il fatto che un ruolo preponderante nella loro interpretazione e applicazione è attribuito all'Amministrazione finanziaria. L'applicazione di norme è riconosciuta a tutti i soggetti dell'ordinamento durante la fase cooperativa dei rapporti giuridici, ma solo l'amministrazione è investita di un potere di autotutela esecutiva caratterizzato da una disciplina particolarmente rafforzata, la quale comprende una serie di prerogative che includono, tra gli alti elementi, poteri istruttori, l'esecutorietà degli atti e la

¹⁵⁵ Cfr. G. Fransonì, *Abuso del diritto: generalità della clausola e determinatezza del procedimento*, in *Rass. Trib.*, n. 2, 2017, p. 297, Bove, *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Pisa, 1993, pp. 21-22 e E. Fabiani, *Clausole generali*, op. cit., p. 193.

¹⁵⁶ Così M. Taruffo, *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 943.

¹⁵⁷ E. Fabiani, *Clausole generali*, op. cit., p. 194. Seguendo il pensiero di G. Fransonì, *Abuso del diritto: generalità della clausola e determinatezza del procedimento*, op. cit., p. 297, nella caratterizzazione del ruolo del giudice nell'interpretazione delle clausole generali non si va a negare un tale potere anche qualora la fattispecie fosse determinata: i giudici comunque potranno adeguare la norma in senso estensivo o restrittivo, con il fine ultimo di includere o espungere determinate fattispecie concrete, ritenute come idonee o inidonee a rientrare nell'ambito applicativo della norma. Ma si tratta di una tecnica ben diversa rispetto a quella da compiere con riferimento alle clausole generali. Nelle fattispecie sufficientemente determinate il giudice sarà chiamato a confrontarsi con la *ratio* della norma, "attribuendo alle parole significati adeguati agli interessi che la disposizione (per come è concepita dal giudice) intende, a seconda dei casi, tutelare, promuovere o reprimere. Il giudice adopera, cioè, un argomento nel quale si dà per presupposta la fonte del suo potere (ossia il "dover seguire le norme di diritto" e l'essere "soggetto solo alla legge" come recitano l'art. 113 c.p.c. e l'art. 101, comma 2, Cost.) e si limita a giustificare espressamente solo il corretto uso che di esso ha fatto e tale giustificazione viene fatta consistere nella conformità della ricostruzione della fattispecie concreta alla persuasiva individuazione della *ratio* normativa". Nell'integrazione valutativa l'organo giurisdizionale dovrà operare sotto un duplice ordine di prospettive: argomenterà sia con riferimento alla sussistenza di un potere integrativo della clausola generale, sia in ordine all'individuazione e comprensione della fonte cui la clausola generale rinvia.

definitività degli atti non impugnati; tale potere si estende in modo significativo anche alla fase “non cooperativa” di attuazione delle norme¹⁵⁸. Questa prospettiva porta il potere applicativo dell’Agenzia ad assurgere a un rango non dissimile da quello giudiziale, con l’integrazione valutativa che viene affidata in prima linea all’Ufficio delle Entrate, per essere portato solo successivamente di fronte al giudice. E ad essere messo in discussione non è più l’equilibrio tra potere legislativo e potere giudiziale, bensì quello che incide sul principio di legalità nell’azione amministrativa. Proprio il principio di legalità è stato un elemento fondante delle prime critiche che sono state mosse nei confronti degli approdi giurisprudenziali sull’elaborazione di un principio del divieto di abuso del diritto in ambito fiscale, potendoci ritrovare di fronte a una collisione con la riserva di legge stabilita dall’art. 23 Cost., motivo per cui si è cercato di dare una copertura costituzionale al principio conformemente all’art. 53 Cost.

In piena contrapposizione con il pensiero giuspositivista tipico del XIX secolo, le clausole rappresentano un vero e proprio punto di rottura, data dalla consapevolezza dell’erroneità della pretesa di completezza di un ordinamento giuridico posto di fronte alla continua evoluzione della realtà sottostante. L’inversione di tendenza di fronte alle clausole generali ha portato la recente dottrina (e il legislatore) a un ripensamento sul particolarismo degli interventi normativi, sconfinato in alcuni casi in fenomeni di elefantiasi legislativa: esse devono rappresentare un elemento imprescindibile in ogni ordinamento, “una tecnica irrinunciabile”¹⁵⁹, alla quale ricorrere qualora ci si trovi di fronte a situazioni il cui verificarsi è raro, inconsueto, ma non trascurabile, per cui l’elaborazione di una norma particolare sarebbe da considerare “antieconomico”¹⁶⁰. È utile osservare come l’esponentiale crescita delle clausole antiabuso generali (GAAR – General anti-avoidance rules) rappresenti un progressivo passo avanti verso l’abbandono di interventi legislativi mirati a contrastare specifici fenomeni elusivi, che si sono rilevati spesso insufficienti a coprire le numerose

¹⁵⁸ G. Frasoni, *Ibidem*.

¹⁵⁹ P. Rescigno, *Appunti sulle «clausole generali»*, in Riv. dir. comm., 1998, p. 2.

¹⁶⁰ Cfr. T. Edgar, *Building a better GAAR*, in 27 Virginia Tax Review, 2008, p. 874; D.A. Weisbach, *An Economic analysis of Anti-avoidance doctrines*, in John M. Olin Law & Economics Working paper, n. 99, 2002, pp. 23-24; Id., *Formalism in tax law*, in 66 University of Chicago Law Review, p. 876.

fattispecie che possono presentarsi nel caso concreto¹⁶¹. Principalmente, le norme correttive sono intrinsecamente inidonee a reagire tempestivamente alle problematiche di condotte elusive che proliferano con il tempo; esse possono intervenire (nella stragrande maggioranza dei casi) solamente in ottica successiva all'emergere di pratiche elusive o abusive, con l'obiettivo di impedirne la continuazione. Si tratta di una "perenne rincorsa" del legislatore¹⁶² che, come Achille e la tartaruga (nel secondo paradosso di Zenone contro il movimento), non riuscirà mai a raggiungere l'obiettivo ultimo di contrastare ogni condotta potenzialmente abusiva, trovandosi perennemente in affanno per occludere le lacune che inevitabilmente si sono lasciate durante il percorso e che i contribuenti sono pronti a sfruttare¹⁶³. Con l'introduzione di una clausola generale si può arrivare a porre fine all'inflazionismo legislativo, generatore anche di problematiche connesse alla sovrabbondante e superflua mole di norme da rispettare; le stesse disposizioni rischiano poi di creare una dimensione asistemica derivante da una regolamentazione caotica e farraginoso, spesso non coordinata e generatrice di un problema ben più grande: quello dell'assenza di certezza del diritto¹⁶⁴.

¹⁶¹ "A GAAR provides the legal systems with an extra layer of protection against practices that exploit certain loopholes, omissions or deficiencies in the wording of legal provisions", in IFA Cahiers, *Anti-avoidance measures of general nature and cope GAAR and other rules*, Cahiers de droit fiscal International, vol. 103 a, 2018, p. 1. Ancora, P. Rosenblatt & M.E. Tron. *General Report*, in *Anti-avoidance measures of general nature and cope GAAR and other rules*, IFA Cahiers vol. 103a, 2018, p.14, sottolineano che "GAARs are in the core of the debate on the (im)proper functioning of tax systems and the protection of the tax base. Described as a war or a game, avoidance reflects a ruthless relationship between tax authorities and the taxpayer, insofar the boundaries of legitimate and illegitimate tax planning remain blurred". In D.G. Duff, *General Anti-Avoidance Rules Revisited: Reflections on Tim Edgar's 'Building a Better GAAR'*, in 68:2 Canadian Tax Journal, 2020, p. 542, richiamando T. Edgar, *Building a Better GAAR*, 27:4 Virginia Tax Review, 2008, pp. 833-906, si evidenzia la necessità di ogni ordinamento tributario di introdurre una clausola generale antiabuso: "According to Edgar's conceptual framework, tax avoidance should be viewed as a negative externality, and its consequential attributes (such as loss of revenue and efficiency) should be eliminated through appropriate policy instruments, such as GAARs". Per essere efficace, le transazioni relative all'elusione fiscale dovrebbero essere classificate in tre tipi: (1) Quelle destinate alla creazione di attributi fiscali ("creation type"); (2) quelle destinate allo scambio di attributi fiscali ("trading type"); e (3) la sostituzione di una transazione a bassa tassazione con una transazione connotata da tassazione superiore ("substitution type"). "Since different types of tax avoidance pose different identification issues, a GAAR provision should be designed to apply differently to different types of transactions".

¹⁶² G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 6.

¹⁶³ "When dealing with other areas of law citizens tend to stick to well-trodden paths; with tax law, they seek new ones", G.S.A. Wheatcroft, *The interpretation of taxation laws with Special Reference to Form and Substance*, in AA. VV., Reports for the 19th International Congress on Financial and Fiscal Law, London, Amsterdam, 1965, p. 7.

¹⁶⁴ Sul tema si legga F. Ciamarelli, *Legislazione e giurisdizione: problemi di metodologia giuridica e teoria dell'interpretazione*, Torino, 2006, p. 79 ss, ma anche G. Teubner, *Le molteplici alienazioni del diritto*, in A. Rufino e G. Teubner (a cura di), *Il diritto possibile. Funzioni e prospettive del medium giuridico*, Milano, 2005, p.109 e G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.

Sotto un'altra prospettiva però è importante notare che anche una clausola può generare incertezza, stante il fatto che essa include terminologie piuttosto vaghe (per natura stessa del concetto di clausola generale¹⁶⁵) nella descrizione dei presupposti applicati. Per ristabilire un minimo di certezza giuridica vengono proposti due percorsi complementari¹⁶⁶.

Per prima cosa è molto importante il dato interpretativo. Nella sentenza c.d. *Halifax* è la Corte di Giustizia UE a richiamarne il concetto: “*la necessità di certezza del diritto s’impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare oneri finanziari, al fine di consentire agli interessati di conoscere con esattezza l’estensione degli obblighi che essa impone loro*”¹⁶⁷. Appare lampante come proprio l’interpretazione possa essere un mezzo per perseguire tale finalità, anche se ciò dovesse comportare un’erosione dei confini della generalità della clausola.

Sul piano procedimentale, è opportuno istituire degli strumenti che consentano la consultazione preventiva con l’Amministrazione finanziaria, sia interpellandola in modo diretto, sia attraverso l’accesso alle risposte date dall’organo competente ad altri soggetti che ne abbiano fatto richiesta per casi simili¹⁶⁸; è necessaria anche l’istituzione di particolari cautele procedurali per permettere l’applicazione della norma generale¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Nell’ambito dell’attuale art. 10-bis della l. 212/2000 osserva G. Franson, in *Abuso del diritto: generalità della clausola e determinatezza del procedimento*, cit., p. 297, che “l’“elasticità” della formula impiegata dall’art. 10-bis appare enfatizzata dalla molteplicità di enunciati indeterminati che ricorrono nel testo della disposizione. Termini come “essenzialmente”, “vantaggi fiscali”, “indebiti”, “significativi”, “non immediati”, “valide ragioni”, “non marginali” [...] possiedono, tutti, quella caratteristica che i filosofi analitici designano come “vaghezza combinatoria”, cioè la vaghezza che dipende, non solo dal fatto che l’estensione dell’enunciato non è, in sé, univocamente determinabile (esistendo più situazioni diverse che possono rientrare in tale estensione), ma anche dal fatto che l’estensione varia a seconda delle circostanze”. Conclude, per di più, che l’indeterminatezza riguarda non solo l’“elemento condizionale della norma”, e cioè la fattispecie, ma anche l’“elemento condizionato” (l’effetto), essendo gli effetti dell’abuso definiti solamente per difetto, ossia stabiliscono esclusivamente ciò che viene meno.

¹⁶⁶ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 9.

¹⁶⁷ Per C. Waerzeggers e C. Hiller, *Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR): Ensuring that a GAAR achieves its purpose*, Tax Law IMF Technical Note, n. 01/2046, p. 1, il successo di una GAAR dipende da: 1) Lo stile e la stesura formale della GAAR e 2) la capacità dell’autorità fiscale di applicare in modo appropriato la GAAR in modo misurato, equo e prevedibile.

¹⁶⁸ Si tratta, nel caso dell’Italia, dell’interpello antiabuso previsto dall’art. 11, c. 1 lett. c) della l. 212/2000.

¹⁶⁹ Ci si riferisce all’art. 10-bis, commi 6-8 della l. 212/2000, i quali prevedono delle tutele (di stampo garantistico) alquanto penetranti rispetto al diritto all’informazione del contribuente.

2.2.1. (segue) Il percorso comunitario

Compreso il funzionamento e la struttura delle clausole generali, sono maturi i tempi per analizzare il percorso seguito per arrivare all'elaborazione di una clausola generale, in prima battuta di matrice solamente giurisprudenziale. Antesignana della "rivoluzione" è la sentenza c.d. Halifax¹⁷⁰, attraverso la quale la Corte di Giustizia UE ha esteso il principio del divieto dell'abuso del diritto o dell'uso fraudolento del diritto comunitario¹⁷¹, già

¹⁷⁰ Sentenza 21-2-2006, causa C-255/02, cit. Data l'importanza della sentenza per il diritto comunitario e per gli ordinamenti nazionali, si possono richiamare numerosissimi commenti, tra i quali segnatamente: P. Pistone, *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria internazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, in G. Maisto (a cura di), op. cit., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, p. 320; Id., *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in tema di Iva*, in Riv. Dir. Trib., 2007, IV, p. 17; C. Attardi, *L'elusione nell'Iva: l'impatto del divieto comunitario di abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 2007, p. 1816; A. Lovisolo, *Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in Dir. Prat. Trib., 2007, II, p. 723; C. Piccolo, *Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*, in Rass. Trib., 2006, p. 1040 ss.; M. Poggioli, *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, II, p. 122.

¹⁷¹ Nei fatti oggetto della decisione, una banca ("Halifax plc") effettuava principalmente forniture esenti ai fini dell'IVA, cosicché la sua capacità di recuperare l'imposta a monte sulle forniture era limitata dalla normativa relativa all'esenzione parziale in ragione del pro rata di detrazione. Halifax era titolare di partecipazioni totalitarie in due società registrate separatamente ai fini dell'IVA (Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments Ltd) e, al fine di ottenere una detrazione ai fini IVA maggiore, ha organizzato una serie di transazioni in base alle quali le società controllate avrebbero dovuto sostenere l'imposta a monte sui lavori di costruzione di quattro call center in siti di sua proprietà. Le autorità doganali hanno successivamente rifiutato le richieste di detrazione dell'imposta presentate da LPDS e CWPI perché, da un'analisi generale svolta sulle transazioni effettuate, i servizi di costruzione sono stati forniti esclusivamente nei confronti di Halifax e l'unico motivo per cui sono state effettuate le transazioni con le filiali è stato quello di evadere o mitigare la responsabilità in termini di IVA del gruppo Halifax. Pertanto, le transazioni in questione non erano né qualificabili come forniture né potevano essere considerate come effettuate a sostegno di un'attività economica. Le tre società hanno presentato ricorso al VAT and Duties Tribunal sostenendo che le controllate avevano pieno diritto alla detrazione dell'imposta pagata a monte poiché le transazioni avevano dato luogo a vere e proprie forniture di servizi e avevano un business purpose, oltre che una finalità di ottenimento di vantaggi fiscali, dal momento che sia LPDS che CWPI avevano ottenuto un profitto dalla partecipazione alle operazioni. Il VAT and Duties Tribunal ha ritenuto che le autorità doganali non fossero tenute ad accogliere la richiesta di detrazione, a meno che alla base dell'accordo tra Halifax e le sue controllate fosse riscontrabile uno scopo commerciale diverso dal vantaggio fiscale. In questo caso, l'unico scopo dell'accordo era l'ottenimento di un vantaggio fiscale, qualificabile come evasione fiscale poiché non vi era alcun beneficio aggiuntivo per le società controllate. L'High Court ha accolto l'appello delle società, ha annullato la decisione del tribunale e ha rimesso nuovamente il caso al VAT and Duties Tribunal sulla base del fatto che esistesse un dubbio concreto sul fatto che il tribunale avesse posto correttamente le domande e avesse dato delle risposte adeguate. Il tribunale, argomentando che le società, orchestrando un piano di evasione fiscale, perseguissero l'unico scopo di eludere l'IVA, sospende il procedimento e sottopone alla Corte due questioni pregiudiziali.

enunciato in altri ambiti, all'imposta sul valore aggiunto¹⁷². Con la prima questione pregiudiziale si chiedeva alla Corte se le operazioni condotte con il solo fine di evasione fiscale, senza alcun altro fine economico, potessero essere incasellate in una cessione di beni o prestazioni di servizi, ovvero in un qualsiasi atto compiuto nell'ambito di un'attività economica ai sensi di diversi articoli della sesta direttiva¹⁷³. La seconda questione poneva l'accento sulla portata della nozione di abuso del diritto. Nello specifico, ci si chiedeva se la Direttiva dovesse essere interpretata nel senso che un soggetto passivo non ha diritto alla detrazione dell'IVA quando le operazioni su cui si basa tale diritto costituiscono una pratica abusiva, e a quali condizioni l'IVA possa essere recuperata quando è stata accertata l'esistenza di una pratica abusiva.

Quanto alla prima questione, argomenta la corte, *“La nozione di «attività economiche» è definita all’art. 4, n. 2, della sesta direttiva come comprensiva di «tutte» le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi e, secondo la giurisprudenza, essa include tutte le fasi produttive, distributive e della prestazione dei servizi¹⁷⁴. [...] l’attività viene considerata di per sé, indipendentemente dai suoi scopi o dai*

¹⁷² Nello stesso giorno venne affrontata anche la causa C-223/03, c.d. *University of Huddersfield Higher Education Corporation*, con delle circostanze che presentavano somiglianze significative con Halifax. In particolare, si tratta di una situazione in cui un'università intendeva procedere alla ristrutturazione di due mulini. Come nel caso *Halifax*, poiché le prestazioni effettuate sarebbero prevalentemente esenti dall'IVA, con l'applicazione del *pro rata* l'università non avrebbe potuto procedere alla detrazione integrale dei costi sopportati a monte. Pertanto, l'università ha creato una base di operazioni attive imponibili, riguardanti i due mulini, al fine di consentire la detrazione dell'IVA relativa alle spese di ristrutturazione. L'università costituisce un trust, con cui stipula nello stesso giorno due contratti relativi all'immobile in ristrutturazione: una locazione e una sublocazione, entrambe imponibili. L'Amministrazione, svelato il disegno elusivo, aveva negato il diritto alla detrazione dell'IVA relativa ai costi sostenuti per la ristrutturazione. A completare la “triade” delle sentenze emanate nello stesso giorno vi era la sentenza della Cort. Giust., 21-02-2006, C-419/02, c.d. *Bupa Hospitals Ltd*, in Corr. Trib., 2006, 1105, con nota di CENTORE, *La detrazione IVA ai confini dell’elusione*. In questo caso la Corte si ritrovava di fronte un ospedale britannico che, come per gli altri due casi, effettuava operazioni esenti ed era quindi impossibilitato a detrarre gli oneri sostenuti per gli acquisti effettuati per lo svolgimento di tali operazioni. Al fine di aggirare la disciplina fiscale, il soggetto passivo ha approfittato di una normativa dell'ordinamento anglosassone, secondo cui alcune operazioni, fra cui rientravano le cessioni di medicinali e protesi, permettevano la detrazione dell'IVA. In vista di un'imminente abrogazione della disciplina di favore, sono state emesse dal contribuente una serie di fatture in acconto verso determinati fornitori, con cui si addebitava l'IVA in rivalsa, con riferimento a delle operazioni che sarebbero state eseguite solamente in un periodo di tempo successivo. Potendo così detrarre l'imposta delle operazioni non ancora realizzate, la società avrebbe conseguito un vantaggio fiscale indebito, non spettando tale risparmio d'imposta (data la successiva abrogazione del regime fiscale agevolato) se le fatture fossero state registrate nel momento effettivo di svolgimento delle operazioni.

¹⁷³ Direttiva del Consiglio 17-05-1977, n. 77/388/CEE, così come modificata dalla direttiva del Consiglio 10-04-1995, n. 95/7/CE.

¹⁷⁴ La Corte rimanda alle sentenze 4-12-1990, causa C-186/89, c.d. *Van Tiem*, Racc. p. I-4363, punto 17, e sentenza 26-06-2003, causa C-305/01, c.d. *MGK-Kraftfahrzeuge-Factoring*, Racc. p. I-6729, punto 42.

suoi risultati¹⁷⁵. [...] tali nozioni, che definiscono le operazioni imponibili ai sensi della sesta direttiva, hanno tutte un carattere obiettivo e si applicano indipendentemente dagli scopi e dai risultati delle operazioni di cui trattasi¹⁷⁶”. Ai sensi degli artt. 2, 4 e 6 della sesta direttiva, la Corte ha risolto la prima questione nel senso che le operazioni oggetto del procedimento principale costituiscono a tutti gli effetti operazioni di cessioni di beni o prestazioni di servizi e un’attività economica, giacché conformi ai criteri oggettivi dettati dalle nozioni degli articoli richiamati, quantunque effettuate al solo fine di ricavarne un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico. Non pare possibile avanzare delle osservazioni sulle conclusioni date dalla Corte con riferimento a questa prima questione, essendo il ragionamento estremamente lineare e basato sui dati oggettivi espressi dalla Direttiva. Le considerazioni della Corte in riferimento alla seconda questione appaiono invece più idonee ad essere oggetto di riprensione. La Corte, nel ricordare che, secondo una costante giurisprudenza¹⁷⁷, i soggetti dell’ordinamento comunitario non sono autorizzati ad avvalersi in modo fraudolento o abusivo degli strumenti offerti dal diritto comunitario, afferma che “L’applicazione della normativa comunitaria non può [...] estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell’ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario¹⁷⁸”. Significativo è il

¹⁷⁵ V., anche, sentenza 26-03-1987, causa 235/85, Commissione/Paesi Bassi, Racc. p. 1471, punto 8, nonché, in questo senso, sentenze 14-02-1985, causa 268/83, c.d. *Rompelman*, Racc. p. 655, punto 19, e 27-11-2003, causa C-497/01, c.d. *Zita Modes*, Racc. p. I-14393, punto 38.

¹⁷⁶ Le conclusioni dell’Avvocato generale Poiarés Maduro sono espresse nei medesimi termini. Nell’analisi di tre fattispecie diverse, ma che pongono gli stessi problemi giuridici, l’Avvocato generale analizza la disciplina contenuta nella sesta direttiva, la quale richiede una verifica obiettiva e che si consideri l’attività per sé stessa, senza guardare le finalità sottese all’attività o ai motivi perseguiti dalle parti. Sottolinea, chiarificando le motivazioni alla base di una simile impostazione, che “Questa regola si basa sul presupposto che il sistema comune dell’IVA deve essere neutrale e sul principio della certezza del diritto, in forza del quale l’applicazione della normativa comunitaria dev’essere prevedibile per coloro che vi sono sottoposti. La certezza del diritto va garantita con rigore anche maggiore quando si tratta di una normativa che può avere conseguenze finanziarie, al fine di consentire agli interessati di riconoscere con esattezza l’estensione dei loro diritti e dei loro obblighi”.

¹⁷⁷ Cfr sentenze 12-05-1998, causa C-367/96, c.d. *Kefalas e a.*, Racc. p. I-2843, punto 20; 23-03-2000, causa C-373/97, c.d. *Diamantis*, Racc. p. I-1705, punto 33, e 3-03-2005, causa C-32/03, c.d. *Fini H*, Racc. p. I-1599, punto 32.

¹⁷⁸ La Corte si riferisce a sentenze in cui si era elaborato un concetto di abuso del diritto in termini generali nell’ordinamento comunitario, rimandando alla sentenza 3-03-1993, causa C-8/92, c.d. *General Milk Products*, Racc. p. I-779, punto 21 e alla sentenza 14-12-2000, causa C-110/99, c.d. *Emsland-Stärke* (Racc. p. I-11569, punto 51). Proprio con riguardo a quest’ultima, M. Beghin, in *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all’abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in G. Maisto (a cura

passo in cui riconduce il succitato principio anche al settore IVA: *“la lotta contro ogni possibile frode, evasione ed abuso è, infatti, un obiettivo riconosciuto e promosso dalla sesta direttiva”*. La parte più importante della sentenza nella causa C-255/02 è però il seguente passaggio: *“risulta che, nel settore IVA, perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l’applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all’obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l’ottenimento di un vantaggio fiscale. Come ha precisato l’avvocato generale al paragrafo 89 delle conclusioni, “il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali”*¹⁷⁹. Ciò non può però comportare la negazione di un margine di discrezionalità per il contribuente nella scelta tra operazioni esenti e operazioni soggette ad imposta in quanto, basandosi su una serie di elementi, può includere nella valutazione anche ragioni di natura fiscale concernenti il regime IVA: *“A un soggetto passivo che ha la scelta tra due operazioni la sesta direttiva non impone di scegliere quella che implica un maggiore pagamento IVA”*¹⁸⁰. Sul profilo sanzionatorio la Corte appare perentoria, negando la legittimazione delle

di), op. cit., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, p. 32, evidenzia il ruolo fondamentale attribuito dalla disciplina comunitaria alla nozione di abuso del diritto. Ad ogni modo, l’abuso viene elaborato in chiave sovranazionale, senza però che se ne dia una precisa collocazione. Soprattutto, non si può ricavare, dalle sentenze menzionate, se il concetto appartenga al novero delle clausole generali antielusive ovvero possa essere utilizzato quale criterio-guida nell’ambito delle operazioni interpretative.

¹⁷⁹ In via incidentale il giudice comunitario ricorda anche che il sistema delle detrazioni della sesta direttiva *“intende sollevare interamente l’imprenditore dall’IVA dovuta o pagata nell’ambito di tutte le sue attività economiche. Il sistema comune dell’IVA garantisce, di conseguenza, la perfetta neutralità dell’imposizione fiscale per tutte le attività economiche, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di tali attività, purché queste siano, in linea di principio, di per sé soggette all’IVA”*.

¹⁸⁰ Anche qui La Corte si rifà ai ragionamenti dell’Avvocato Maduro, che al par. 85 delle conclusioni, analizzando le sentenze della Corte di Giustizia – con riguardo alle pratiche assunte all’interno degli Stati membri nel settore tributario – asserisce che *“i contribuenti sono liberi di organizzare i loro affari cercando di limitare il proprio carico fiscale. Nella sentenza BLP Group la Corte ha affermato che «la scelta, da parte di un imprenditore, tra operazioni esenti e operazioni soggette ad imposta può basarsi su tutta una serie di elementi, in particolare su considerazioni di carattere fiscale riguardanti il regime dell’IVA»*”. Il principio da rispettare è quello della libertà di scelta nella forma di conduzione degli affari, anche se mirata alla minimizzazione dei costi attraverso una riduzione della pretesa fiscale. Appare pleonastico dire che le scelte devono comunque essere poste in subordine rispetto al regime giuridico stabilito nel sistema IVA, proprio in ragione del principio del divieto di abuso del sistema.

autorità nazionali a sottoporre le condotte abusive a una sanzione, necessitando quest'ultima di uno sfondo normativo "chiaro e univoco"; la soluzione viene invece trovata nell'obbligo del contribuente al rimborso del risparmio d'imposta indebito realizzato per il tramite dell'operazione abusiva (nel caso di specie le detrazioni indebite dell'IVA), ristabilendo la situazione che sarebbe esistita qualora le operazioni non fossero state compiute. Parallelamente, l'Amministrazione fiscale dovrà riconoscere un diritto alla detrazione per le imposte versate dal soggetto passivo nell'attuazione del piano abusivo, e dovrà rimborsare le eventuali eccedenze. Essa deve altresì consentire al reale beneficiario la detrazione dell'imposta a monte in conformità con le disposizioni della sesta Direttiva¹⁸¹.

L'analisi da effettuare è piuttosto ampia ed elaborata, ma prima bisogna partire dalla definizione data di abuso di diritto. Nello specifico, ci si domanda se essa possa essere qualificata (considerando anche *l'exkursus* effettuato all'inizio del paragrafo) come clausola generale o perlomeno un principio. L'assenza di una fattispecie normativa sui cui poggiare l'argomentazione della Corte dovrebbe portare a un esito negativo, potendo ascrivere la stessa nel genus dei principi interpretativi¹⁸². Senonché, un approccio simile rischierebbe di minare le fondamenta necessarie per sorreggere il ragionamento della CGUE: mediante i principi di proporzionalità e di neutralità (proprio della disciplina IVA) si conclude che, se gli atti compiuti dal soggetto passivo si inseriscono in un contesto complessivo di abuso, l'operazione deve essere considerata come se non si fosse mai verificata ai fini del calcolo dell'onere tributario complessivo. Ragionando solamente in termini puramente interpretativi, sulla falsariga del sistema giuridico comunitario e delle disposizioni specifiche in tema IVA¹⁸³, si può solamente giustificare un'interpretazione della norma sulla detrazione in modo da prevenire l'abuso del relativo diritto da parte di un contribuente che non perseguiva lo scopo sottostante alla disposizione; è invece complesso e frutto di un potere

¹⁸¹ Al par. 96 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ripreso anche nella sentenza al par. 81, si segnala che sarà responsabilità del giudice nazionale valutare se le attività economiche svolte dai soggetti interessati siano effettivamente dirette a scopi diversi dal mero vantaggio fiscale. I giudici nazionali dovranno determinare se le attività in questione possano essere considerate come aventi una giustificazione economica autonoma, al di là dell'intento di eliminare o ritardare il pagamento dell'IVA.

¹⁸² E. Manoni, *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*, op. cit., p. 254.

¹⁸³ L. Salvini, *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, in Corr. Trib., 2006, p. 3101.

potenzialmente abnorme interpretare la norma così da escludere l'applicabilità dell'IVA a un'operazione semplicemente perché essa fa parte di un fenomeno abusivo, né a conclusioni diverse si può arrivare consentendo in via interpretativa la detrazione dell'imposta, assolta a monte da un soggetto “*formalmente passivo*”, da parte del soggetto che risulta “*sostanzialmente passivo*”, sebbene non titolare nemmeno di una fattura a lui intestata¹⁸⁴.

La sentenza in esame si pone nel contesto di una serie di pronunce che hanno progressivamente instaurato e formato il principio secondo cui i soggetti dell'ordinamento comunitario non possono avvalersi in modo fraudolento o abusivo del diritto comunitario, partendo dall'Imposta sul valore aggiunto (la sentenza in esame e la sentenza del 21 febbraio 2008, C.425/06, c.d. Part Service) e abbracciano anche il principio della libertà di stabilimento (innovatrice in tal senso è stata la sentenza 12 settembre 2006, C-196/04, c.d. Cadbury Schweppes)¹⁸⁵.

I tratti fondamentali della nozione di abuso data dalla giurisprudenza comunitaria si possono sintetizzare, secondo le ricostruzioni effettuate dalla dottrina, in due elementi costitutivi: il primo, di stampo oggettivo, rappresentato dalla circostanza che si persegua un vantaggio fiscale contrario a una o più finalità stabilite dalla sesta direttiva; l'altro, di connotazione soggettiva, è la volontà di ottenere un vantaggio fiscale attraverso una o più operazioni tra loro collegate, dovendo rappresentare lo scopo essenziale dello schema negoziale prescelto¹⁸⁶. Negli scritti immediatamente successivi all'emanazione della sentenza, si evidenzia come nonostante l'indicazione del termine “abuso” nelle sentenze della Corte, la definizione data deve riferirsi al fenomeno dell'elusione fiscale¹⁸⁷, fermo restando il fatto che la definizione comunitaria presenta dei profili in cui è possibile notare

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Nel tempo si sono succedute numerose sentenze sul tema, tra le quali possono ricordarsi le sentenze della Corte di giustizia: 22-12-2010, C-103/09, c.d. *Weald Weasing Ltd*; 22-12-2010, C-277/09, c.d. *RBS Deutschland Holding*; 27-10-2011, C-504/10, c.d. *Tanoarch*; 17-12-2015, C-419/2014, c.d. *Webmindlicenses Kft*.

¹⁸⁶ C. Piccolo, *Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*, in Rass. Trib., n. 3, 2006, p. 1040 e G. Zizzo, *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in G. Maisto (a cura di), op. cit., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, p. 62.

¹⁸⁷ L. Salvini, *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, op. cit., p. 3100, ma si vedano anche le considerazioni di C. Piccolo, Ivi, p. 1042 e G. Zoppini, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in Riv. Dir. Trib., 2005, p. 809.

un discostamento dalla categoria nazionale dell'elusione “per tre elementi: il primo è la necessità che il fine elusivo sia esclusivo e quindi la necessità che le motivazioni economiche dell'operazione siano completamente assenti; il secondo è che non è essenziale la presenza nella complessiva fattispecie elusiva di particolari «atti, fatti o negozi» quali quelli individuati nell'art. 37-*bis*, secondo comma; il terzo è, ovviamente, che il principio affermato dalla Corte si applica all'IVA, cui non è invece applicabile l'art. 37-*bis*”¹⁸⁸.

Passando all'elemento psicologico insito nelle operazioni abusive, nella sentenza *Halifax*, nonostante l'utilizzo dell'aggettivo “essenziale” con riferimento all'ottenimento di un vantaggio fiscale, la Corte non si sofferma sulla definizione del concetto stesso¹⁸⁹ lasciando inizialmente un vuoto nel dare una connotazione precisa delle definizioni utilizzate, ampliando le problematiche interpretative nel momento in cui nel par. 60 si riferisce ad operazioni “*effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico*”. La soluzione al problema è estremamente rilevante, in quanto sussiste una precisa differenza tra le due terminologie adottate dalla Corte negli anni. Se si parte dalla prospettiva dell'essenzialità delle finalità abusive del contribuente, ben potrebbero sussistere delle finalità extrafiscali alternative o concorrenti¹⁹⁰. Discorso diverso deve farsi laddove il termine utilizzato è quello di fine “esclusivo”: in tal caso, la convivenza con finalità extrafiscali sarebbe stato ostativo alla qualificazione della condotta come abusiva. Non sarebbe perciò necessario un “*bilanciamento dei fini*”, finalizzato a comprendere quale è lo scopo prevalente sotteso alle operazioni negoziali, ma sarebbe necessaria l'esistenza di una certezza che il soggetto passivo avesse come obiettivo esclusivo quello di realizzare un risparmio d'imposta. Le incertezze si sono placate con la sentenza c.d. *Part Service*, che vedeva coinvolto direttamente lo Stato italiano nella persona del Ministero dell'Economia e

¹⁸⁸ L. Salvini, *Ibidem*. All'epoca, non essendo ancora intervenute le varie sentenze della Cassazione che hanno riportato ad *unicum* i due concetti, correttamente li si analizzava differenziandoli. A questo si aggiunge, secondo l'autrice, che la fattispecie oggetto del giudizio, può (e dovrebbe, se ci si confrontasse con gli istituti del nostro ordinamento) essere riqualificata come evasione fiscale, risultando perfettamente idonea a rappresentare tutti gli elementi della simulazione; le distinzioni tipiche del nostro ordinamento però non manifestano sufficiente rilevanza per altri sistemi giuridici, come quello anglosassone e forse anche per quello dell'Unione europea.

¹⁸⁹ Così come in altre pronunce, come può ricavarsi dalla causa C-419/02 c.d. *Bupa Hospitals*, cit., commentata da P. Centore, *La detrazione Iva ai confini dell'elusione*, in Corr. Trib., 2006, p. 1105.

¹⁹⁰ C. Attardi, *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, in Dir. Prat. Trib., n. 4, 2008, p. 627.

delle Finanze¹⁹¹ dopo che la Corte di Cassazione aveva sollevato una questione pregiudiziale in merito ai caratteri dell'elemento soggettivo sottaciuto nelle sentenze della CGE. La risposta offerta dal giudice comunitario è piuttosto chiara nell'affermare che *“la sesta direttiva deve essere interpretata nel senso che l'esistenza di una pratica abusiva può essere riconosciuta qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell'operazione o delle operazioni controverse”*. Nell'argomentare la sua prospettiva, il giudice fa riferimento proprio alla sentenza progenitrice *Halifax*, dove in più punti (74, 75 e 81) si dichiara che una pratica può definirsi abusiva solamente qualora (oltre al risultato dell'ottenimento di un vantaggio fiscale contrario all'obiettivo perseguito dalle disposizioni comunitarie) *“risulta che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale”*. L'utilizzo del termine *“unico scopo”* nel punto 81 viene giustificato con il fatto che tale appunto era stato sottolineato solamente per indicare che nella controversia pendente di fronte al giudice del rinvio *“la soglia minima [...] era stata addirittura superata”*. A tale riguardo, occorre verificare che l'interesse al vantaggio fiscale emerga come determinante rispetto alla decisione presa, senza che i concorrenti interessi economici o semplicemente extrafiscali costituiscano un ruolo prevalente nel percorso mentale elaborato dal contribuente. Delicato è proprio l'accertamento probatorio dell'elemento soggettivo: come si può provare la volontà del soggetto economico di

¹⁹¹ Cort. Giust., 21-02-2008, Causa C-425/06. c.d. *Part Service*. Nel corso del 1987 Italservice e la società di leasing IFIM Leasing Sas ("IFIM"), entrambe appartenenti al medesimo gruppo finanziario, hanno effettuato congiuntamente operazioni di leasing aventi ad oggetto prevalentemente autoveicoli. Tali operazioni venivano strutturate nel seguente modo: IFIM stipulava un contratto con un cliente per l'utilizzo di un autoveicolo con opzione di acquisto, a fronte del pagamento dei canoni di leasing, della costituzione di una cauzione corrispondente ai costi dell'autoveicolo non coperti dai canoni di leasing e della prestazione di una fideiussione illimitata. Italservice stipulava con il cliente un contratto in base al quale assicurava il veicolo contro tutti i rischi, ad eccezione della responsabilità civile, e garantiva - finanziando la fideiussione e fornendo la garanzia illimitata - l'adempimento delle obbligazioni, a favore di IFIM, assunte da tale cliente. A fronte di ciò il cliente pagava in anticipo a Italservice un importo che riduceva il totale dei canoni di leasing concordati tra il cliente e IFIM, riducendo tale totale, nella maggior parte dei casi, a un importo appena superiore al costo del veicolo, oltre a una commissione dell'1% pagata a un consulente. Il cliente incaricava Italservice di versare l'importo finanziato a IFIM, per suo conto, tramite la fideiussione prevista dal contratto di utilizzo del veicolo. Italservice dall'altra parte affidava l'esecuzione del contratto con il cliente a IFIM. Ai sensi dell'articolo 3 del DPR n. 633/72, l'IFIM ha riscosso l'IVA sui canoni di locazione del cliente. Invece, in base all'articolo 10 del DPR n. 633/72, il corrispettivo pagato dal cliente a Italservice e da Italservice a IFIM è stato fatturato senza IVA. A seguito di indagini condotte su Italservice, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che i diversi accordi sottoscritti dalle parti interessate, pur essendo contenuti in contratti distinti, costituissero un unico contratto stipulato tra tre parti. Secondo tale ufficio, il corrispettivo pagato dal cliente per il contratto di leasing era stato artificialmente ripartito per ridurre la base imponibile, in quanto il ruolo di locatore era stato suddiviso tra Italservice e IFIM.

perseguire essenzialmente un vantaggio fiscale? Alla luce delle affermazioni dell'Avvocato generale, a dover fornire la prova è l'Amministrazione finanziaria ed è inevitabile che la lente d'ingrandimento si sposti su una serie di elementi obiettivi¹⁹² delle condotte sul piano concreto, tra i quali possono figurare il carattere meramente fittizio delle operazioni o i nessi personali, giuridici ed economici intercorrenti fra i soggetti coinvolti¹⁹³. Bisogna cogliere gli elementi di contraddizione, analizzare i fatti in modo da far risaltare lo scopo di beneficiare di una norma che, *rebus sic stantibus*, non poteva essere applicata. Il *quid*, appunto, verte sul grado di approfondimento che bisognerebbe seguire nel compimento di tale accertamento; e, rifacendosi alle pratiche seguite nel sistema sanzionatorio amministrativo in ambito tributario (nell'adeguamento dei criteri di imputabilità e colpevolezza), si rendono palesi la complessità e farraginosità delle attività che l'Amministrazione finanziaria deve effettuare per l'indagine sull'elemento soggettivo¹⁹⁴. Difficoltà che sono sfociate (nel sistema sanzionatorio tributario) nella rinuncia *in toto* da parte dell'Amministrazione a un tale approfondimento, trasformando la responsabilità del trasgressore da soggettiva a oggettiva.

Come detto, alla luce dei dettami del giudice europeo, l'abuso presuppone un requisito oggettivo: nonostante il rispetto formale delle disposizioni normative, il vantaggio ottenuto deve essere in contrasto con la *ratio*, l'obiettivo intrinseco alla normativa stessa. Si possono riscontrare due modelli in merito¹⁹⁵. Il primo, illustrato nelle sentenze Halifax e Cadbury Schweppes, riguarda l'applicazione del regime ordinario utilizzabile nell'operazione, in distonia con la *ratio* del regime stesso; si verifica l'esercizio di un diritto specificamente attribuito dalla legge in un contesto che differisce rispetto a quello che ne

¹⁹² Per S. Cipollina, *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. dir. fin., fasc.1, 2007, p. 3, secondo una rilettura sostanzialistica della sentenza Emsland Stärke, e confermato dalla sentenza Halifax, "ritenere esistente l'abuso quando l'attività controversa non abbia altro scopo o giustificazione che attivare le norme comunitarie in modo contrario al loro scopo, equivale ad adottare un criterio oggettivo di valutazione". Di conseguenza si oggettivizza l'elemento soggettivo: non si analizza più l'intenzione dell'agente in termini volitivi, ma si riscontra lo stesso "come analisi dell'azione informata dalla volizione" sulla base delle circostanze oggettive.

¹⁹³ G. Zizzo, *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in G. Maisto (a cura di), op. cit., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, p. 62, che si riferisce ad Halifax, punto 81 e Part Service, punto 62.

¹⁹⁴ C. Attardi, *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, op. cit., p. 645.

¹⁹⁵ G. Zizzo, *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in in G. Maisto (a cura di), op. cit., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, p. 63.

giustifica l'attribuzione. Nel secondo modello, rappresentato dalla causa (già approfondita) C-425/06 (*Part Service*), l'applicazione del regime ordinario è in contrasto con lo spirito sotteso a una diversa disposizione, meno favorevole, che si è disapplicata grazie allo schema negoziale macchinato dal contribuente; qui vi è un abuso della libertà nella scelta delle forme giuridiche, utilizzandole in vista di una finalità non propria di tale libertà, cioè quella di eludere il presupposto di un obbligo o divieto.

Un piccolo spazio nelle considerazioni che vengono va dedicato al settore delle imposte non armonizzate, in cui si riscontra un differente approccio seguito dalla Corte del Kirchberg, dove viene data importanza non tanto a elementi oggettivi e soggettivi come nel settore IVA, quanto piuttosto all'esistenza di “*costruzioni puramente artificiali*”¹⁹⁶. Si fuoriesce con tale pronuncia dal settore delle imposte indirette, realizzando un allargamento dell'efficacia del principio antiabuso anche nelle imposte dirette non armonizzate¹⁹⁷. Nei fatti, si realizzerebbe però un dualismo tra principi di elaborazione eurounionale: si fa spazio a una teoria antiabusiva ai fini delle imposte dirette che verte su una costruzione di puro artificio unicamente diretta al conseguimento di un vantaggio fiscale, mentre per il comparto IVA la stessa costruzione artificiosa non presenta equivalente importanza, essendo sufficiente la prevalenza dello scopo fiscale rispetto alle finalità extrafiscali¹⁹⁸. La distinzione appare più marcata se si pensa alla configurazione dell'elemento soggettivo nelle due teorie, ove nel settore IVA, come confermato nella sentenza *Part Service*, il perseguimento di finalità meramente fiscali deve rispettare i connotati dell'essenzialità. Viceversa, nelle imposte non armonizzate la Corte lussemburghese utilizza un'unica regola: se è presente una transazione economica effettiva sulla base di criteri oggettivi, il motivo fiscale diviene irrilevante, anche se nel momento volitivo rappresentasse la circostanza più importante. La riconduzione ad *unicum* dei due concetti può vertere sulla considerazione che il confine fra tassazione armonizzata e non armonizzata è evanescente, in quanto la Corte di

¹⁹⁶ Corte di Giust., 12-09-2006, causa C-196/04, c.d. *Cadbury Schweppes*.

¹⁹⁷ Vanistendael F., in *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax Law?*, EC Tax Review, 2006, p. 194, sostiene che “In CS the ECJ has ‘denationalized’ the concept of abuse and ‘Europeanized’ this concept by putting the focus on its effectiveness in the Internal Market, not in the national market”.

¹⁹⁸ E. Manoni, *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, op cit., p. 256.

Giustizia si ritiene sempre legittimata a emanare una sentenza qualora una questione divenga rilevante per il sistema comunitario. Gli Stati sono portati a rispettare i principi dei Trattati UE e delle disposizioni del diritto derivato non solo nel settore delle imposte indirette, ma anche in quello delle imposte dirette sia qualora si tratti di una materia regolata dalle Direttive, sia nel caso in cui non vi siano disposizioni a riguardo. Nel tentativo di fornire una definizione generale, si può affermare che “*Individuals must not improperly take advantage of provisions of Community Law*”¹⁹⁹: ad essere messo in pericolo è il primato del diritto comunitario e la sua uniforme applicazione. L’applicazione del siffatto principio, così come elaborato dalla Corte di Giustizia, nell’ordinamento nazionale è stato piuttosto immediato, ma ha portato con sé nuovi dubbi sulla compatibilità di un simile ragionamento con il sistema di diritto positivo vigente all’epoca.

2.2.2. (segue) Il percorso nazionale

La strategia seguita nel territorio italiano è stata tortuosa, con i giudici di legittimità che inizialmente si sono serviti di diverse categorie civilistiche per colpire condotte qualificabili come abusive, rifacendosi a volte alla nozione di negozio indiretto, seppur inizialmente nel rispetto delle forme giuridiche adottate dal contribuente²⁰⁰. Non sono mancate pronunce che si affidavano alle categorie della nullità per difetto di causa e della frode alla legge, specialmente durante il 2005, per sanzionare le operazioni di *dividend stripping* e *dividend washing*²⁰¹.

¹⁹⁹ P. Piantavigna, *Tax abuse in european Union Law: A Theory*, in EC Tax Review, Issue 3, 2011, p. 146.

²⁰⁰ Segnatamente, Cass., sez. trib., 3-4-2000, n. 3979, in Rass. Trib., 2000, n. 917, con nota di E. Nuzzo, *Il dividend washing tra cessione temporanea dei titoli azionari e dell’usufrutto di azioni*; E. Perego, *Elusione di imposta; il risparmio di imposta e il negozio in frode alla legge fiscale nell’ottica del diritto civile*, in Rass. Trib., 1989, I, p. 507; G. Zoppini, *Prospettiva critica della giurisprudenza ‘antielusiva’ della Corte di Cassazione (1969-1999)*, in Riv. Dir. Trib., 1999, I, p. 919.

²⁰¹ Ci si riferisce in particolare a: Cass., Sez. trib., 21-10-2005, n. 20398; Cass., Sez. trib., 26-10-2005, n. 20816; Cass., Sez. trib., 14-11-2005, n. 22932, in GT - Riv. giur. trib. n. 3/2006, 212, con commento di M. Beghin, *L’usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*. Con riferimento alla Cass., Sez. trib., 26-10-2005, n. 20816, interessante è il contributo dato da D. Stevanato, *Le “ragioni economiche” nel dividend washing e l’indagine sulla “causa concreta” del negozio: spunti per un approfondimento*, in Rass. Trib., n. 1, 2006, p. 309, ove si analizza come la Cassazione, partendo dal presupposto che i negozi di compravendita tra loro collegati risultassero come mancanti di un qualsiasi scopo o vantaggio economico, giunge alla conclusione che in tal modo si privi il negozio di un elemento essenziale, individuato nella causa. Più precisamente nella sentenza non figurava una fattispecie di simulazione o interposizione fittizia, ma ci si rifaceva ad un difetto di causa del contratto che ex art. 1418 cod.

All'epoca non era presente una normativa specifica che permettesse all'Amministrazione di ostare la realizzazione delle operazioni poste sotto esame, per questo si era ritenuto corretto ricondurre il fenomeno nell'area della simulazione dei contratti. Ma proprio la volontà dei soggetti che gli effetti giuridici dei contratti conclusi si verificassero e l'assenza di una normativa fiscale di contrasto che permettesse l'inopponibilità delle operazioni impediva di qualificare le operazioni come fenomeni di simulazione o elusione fiscale. Quantunque la posizione del giudice di legittimità possa essere considerata comprensibile, vista l'assenza di disposizioni che ne permettessero una censura e l'apparente assenza di vantaggi economici per le parti²⁰², la nullità era un effetto abnorme rispetto alle finalità perseguite dal Fisco, che mira non tanto a invalidare le operazioni negoziali dei soggetti privati o a limitarne gli effetti, quanto piuttosto a tassare le manifestazioni di capacità contributiva derivanti dalle predette operazioni²⁰³. Dopo questa breve parentesi, si è avviato il percorso che ha portato alla riconduzione attuale dell'elusione fiscale sotto il fenomeno dell'abuso del diritto²⁰⁴.

La scossa iniziale necessaria per poter addivenire a un fenomeno comune è stata data dalla giurisprudenza UE della Corte di Lussemburgo. Il sistema italiano (su spinta dei giudici di legittimità) era indirizzato verso la medesima soluzione raggiunta in sede europea, senza però che vi potesse essere una base normativa sufficiente per riuscire a scardinare

civ. genera la nullità dei contratti tipici di acquisto e rivendita delle azioni, essendo i contratti fini a sé stessi e inidonei a generare un vantaggio economico diverso da quello fiscale. Cfr. anche A. C. Pelosi, *Riflessioni su recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto e di abuso del diritto*, in G. Maisto (a cura di), op. cit., *Elusione ed abuso del diritto tributario*, p. 49 ss.

²⁰² G. Zizzo, *Nullità negoziali ed elusione tributaria*, commento a Cass., sez. trib., ord. 13 aprile 2006-24 maggio 2006, n. 12301, Pres. Saccucci, Relatore Genovese, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 2143 ss.

²⁰³ Così M. Beghin, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in G. Maisto, *Elusione ed abuso del diritto tributario: Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, op. cit., p. 23 ss.

²⁰⁴ G. Zoppini, *Prospettiva critica della giurisprudenza 'antielusiva' della Corte di Cassazione (1969-1999)*, op. cit., pp. 969-970, censurava le modalità con cui si stava facendo strada nella giurisprudenza di legittimità il principio del divieto di abuso del diritto, argomentando come "La Corte ha surrettiziamente introdotto l'istituto dell'abuso del diritto nel corpo del diritto tributario, vale a dire un istituto che non ha ancora ottenuto diritto di cittadinanza in quella che è la sua sede, per così dire, naturale, cioè il diritto civile. Sede che peraltro è caratterizzata dal (tendenziale) principio di autonomia delle parti rispetto agli schemi previsti dalla legge e non certo dal principio di legalità, che invece caratterizza, storicamente e necessariamente, il diritto tributario". Non trovandoci in un ordinamento di *common law* il giudice non può disporre di poteri di equità, per cui non trovava legittimazione la produzione di un'"ermeneutica sostanziale" nella materia tributaria, pervasa dal principio di legalità e (all'epoca) da un sistema casistico.

l'approccio che fino ai primi anni duemila era preferibile e preferito dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria, e cioè quello di repressione del fenomeno elusivo attraverso interventi normativi determinati e circostanziati. All'alba della sentenza Halifax, il *revirement* giurisprudenziale degli Ermellini si era avviato già con le sentenze relative al *dividend stripping* e al *dividend washing*, laddove si menzionavano diversi orientamenti della Corte di giustizia sull'abuso del diritto: “il principio affermato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte [...], secondo cui, prima dell'introduzione, da parte del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7, comma 1, del nuovo testo del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, non esisteva una clausola generale antielusiva nell'ordinamento fiscale italiano, deve essere riveduto, alla luce di alcuni principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria sul concetto di abuso del diritto. La Corte ha, infatti, ripetutamente affermato [...] che i singoli non possono avvalersi abusivamente delle norme comunitarie”. Il percorso argomentativo subiva però una brusca interruzione, atteso che “l'esistenza di una clausola generale anti-abuso [...] nell'intero campo dell'imposizione fiscale non è stata ancora affermata dalla giurisprudenza comunitaria”²⁰⁵. La Corte di Cassazione auspicava inoltre al fatto che un tale principio venisse affermato, essendo evidente che si sarebbe riversato sull'intero sistema impositivo, comprendendo tutti quei tributi che, sebbene rientranti sotto la competenza degli stati membri, dovevano essere soggetti ai principi fondamentali dell'ordinamento europeo. Il passo decisivo, di tutta evidenza, è stato compiuto dopo la pubblicazione del trittico di Sentenze del 21 febbraio 2006 (Sentenze cc.dd. *Halifax, University of Huddersfield e Bupa Hospitals Ltd*).

La Corte Suprema non ha esitato, senza riserva alcuna, a fare proprio il verdetto del Giudice comunitario²⁰⁶, giustificando la propria posizione con il fatto che “pur non esistendo nell'ordinamento fiscale italiano una clausola generale antielusiva, non può negarsi l'emergenza di un principio tendenziale, desumibile dalle fonti comunitarie e dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio

²⁰⁵ Cass. civ., sez. trib., 14-11-2005, n. 22932.

²⁰⁶ Cass., Sez. trib., 5-05-2006, n. 10353.

fiscale". Qualche mese più tardi, con sentenza n. 21221 del 2006²⁰⁷, si compie un ulteriore step, asserendo che *"l'ottica dei rapporti elusione/norma legislativa si è così ribaltata e le singole norme anti-elusive vengono invocate non più come eccezioni ad una regola, ma come sintomo dell'esistenza di una regola"*, ma il passo della sentenza più importante è quello in cui si ricorda che *"il principio secondo cui non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti che costituiscano abuso del diritto trova applicazione in tutti i settori dell'ordinamento tributario e dunque anche nell'ambito delle imposte dirette"*; tale principio deve rappresentare *"un canone interpretativo"* del sistema. Tutto molto chiaro all'apparenza. Senonché, attraverso questo comodo escamotage, il Giudice di legittimità ha lasciato molti pezzi logici per strada. Nonostante fosse da considerare consolidato il fatto che in un ordinamento come quello dell'Unione Europea un simile principio fosse perfettamente operante, così come enunciato in più sentenze della Corte di giustizia, ci si è dimenticati del contesto in cui tali pronunce sono state rilasciate. Una forbita schiera di autorevole dottrina ha fermamente criticato la posizione assunta dai nostri giudici²⁰⁸: il giudice lussemburghese si confronta con norme di derivazione comunitaria. Una strumentalizzazione di norme di matrice domestica esula dall'ambito applicativo del principio interpretativo in questione. Il vincolo per il giudice nazionale mal si concilia con l'interpretazione e applicazione della normativa non-comunitaria, nei settori non armonizzati, che differiscono (soprattutto quando si parla di imposte dirette) dalla normativa in ambito di imposta sul valore aggiunto, in cui il suddetto obbligo doveva applicarsi. Ma si può andare oltre: alla luce delle difficoltà riscontrabili guardando all'applicazione in veste interpretativa del principio del divieto di

²⁰⁷ Cass., Sez. trib., 29-9-2006, n. 21221. Si legge 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"*. Si veda anche Cass., Sez. trib., 13-10-2006, n. 22023, che in tema di *transfer pricing* ha richiamato i principi comunitari sull'abuso del diritto.

²⁰⁸ Su tutti, L. Salvini, *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, op. cit., p. 3101 ss.; M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., p. 332; L. Carpentieri, *L'ordinamento tributario tra abuso e incertezza del diritto*, in Riv. Dir. Trib., fasc.12, 2008, p. 1055; G. Zizzo, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in GT – Riv. giur. trib., 2008, p. 465 ss.; F. Tesaro, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte generale, Torino, 2006, p. 249 ss.; F. Vanistendael, *Le nuovi fonti del diritto ed il ruolo dei principi comuni nel diritto tributario*, in A. Di Pietro (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 114; M. Poggioli, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia di Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in Riv. Dir. Trib., 2006, III, p. 107 ss.

abuso²⁰⁹, sembra difficile immaginarsi che simili implicazioni non possano presentarsi con ancora più veemenza in un sistema come il nostro, la cui rigidità era stata confermata dalla stessa Cassazione²¹⁰, la quale argomentava come fosse impossibile approdare a una clausola generale nazionale se non per via legislativa²¹¹. L'unica via percorribile, sempre secondo la dottrina, sarebbe stata quella di un'applicazione del principio di diritto limitata *ratione materiae*. La sentenza Halifax indubbiamente si riferisce solo al caso dell'applicazione dell'IVA, ancor più nello specifico si trattava dell'abuso del diritto di detrazione dell'imposta assoluta a monte sugli acquisti: un'estensione indistinta dell'efficacia diretta del principio era incongruente con le considerazioni della CGUE, mentre un esito più felice poteva avere la conclusione che propendeva per l'applicazione della clausola interpretativa in maniera circostanziata ai tributi armonizzati²¹². I dubbi sono stati amplificati con il caso c.d. *Kofoed*²¹³, dove si discuteva sulla possibilità di applicazione del principio di abuso del diritto ove fosse presente una disposizione antielusiva specifica (nel caso di specie, l'art. 11, n. 1, lett. a) della Direttiva 90/434 sulla fiscalità comune di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di partecipazioni tra società residenti in Stati membri dell'Unione Europea) non recepita dallo Stato membro. La Corte di giustizia in tale evenienza aveva stabilito che, sulla base del principio della certezza del diritto, le direttive non trasposte negli ordinamenti nazionali attraverso il recepimento non possono di per sé generare obblighi in capo ai singoli soggetti dell'ordinamento, né gli stessi Stati possono invocare il disposto della direttiva contro i singoli in assenza di recepimento. Le conclusioni dell'Avvocato generale Juliane

²⁰⁹ Per cui si veda *supra*, par. 1.3.

²¹⁰ Ci si riferisce in particolare alle sentenze Cass. 2000/3979 e 2002/3345, in tema di *dividend washing e dividend stripping*, nonché Cass. 2001/11351, in tema di riduzione di IVA conseguita da una società che aveva posto in essere locazioni finanziarie (leasing)

²¹¹ L. Salvini, *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, op. cit., p. 3102. L'accento viene posto anche sul sistema di garanzie proprio dell'art. 37-bis vigente all'epoca. Difatti, un'applicazione incontrastata del principio interpretativo sarebbe andata a scardinare l'insieme di tutele garantite al contribuente per le operazioni rientranti nell'ambito applicativo della clausola semi-generale.

²¹² Ipotizzata da L. Salvini, *Ibidem*, ma ripresa anche da M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., p. 333, G. Zizzo, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in GT – Riv. giur. trib., 2008, p. 465 ss. e *Id*, *La clausola generale antiabuso*, cit., pp. 34-35, L. Carpentieri, *L'ordinamento tributario tra abuso e incertezza del diritto*, in Riv. Dir. Trib., fasc.12, 2008, p. 1055.

²¹³ Corte di Giust., 5-07-2007, causa C- 321/05, c.d. *Kofoed*. Una lettura approfondita del contenuto della sentenza viene offerta da M. Marzano, *Note a margine della sentenza della Corte di Giustizia 5 luglio 2007, causa C- 321/05, (caso Kofoed). Sulla non applicabilità del principio di divieto di abuso come criterio generale al cospetto di fattispecie elusive realizzate nell'ambito del regime delle "fusioni" comunitarie*, in Riv. dir. fin., fasc.2, 2009, p. 23.

Kokott (par. 67) sono piuttosto chiare in merito: “*Le autorità competenti, d'altra parte, non potrebbero nemmeno invocare direttamente nei confronti del singolo un eventuale principio generale di diritto comunitario già esistente che vieti di abusare del diritto*”. In relazione ai casi rientranti nella sfera di applicazione della direttiva 90/434 è già presente una disposizione di contrasto al fenomeno elusivo (l'art. 11), se si dovesse consentire agli Stati di ricorrere anche a un principio generale di diritto, necessariamente meno chiaro e preciso, si genera il rischio di disancorare l'obiettivo della direttiva (quello di armonizzare la disciplina in materia di ristrutturazione delle società di capitali) dal principio di certezza del diritto. Solamente l'esistenza, già nell'ordinamento interno, di una clausola generale antiabusiva (anche se di origine giurisprudenziale) permetterebbe allo Stato membro la contestazione dell'operazione fiscalmente rilevante. Il raggiungimento degli obiettivi della direttiva comunitaria attraverso una clausola generale antiabusiva, idonea ad includere anche la disposizione contenuta nella direttiva, non legittima la Corte di giustizia a contestare i mezzi utilizzati, essendo l'ordinamento “*già naturalmente conforme alla direttiva*”²¹⁴. La domanda però sorge spontanea: il principio di diritto elaborato sul solco della giurisprudenza Halifax subisce le stesse sorti del principio cui si riferisce l'Avvocato generale? Secondo alcuni autori no²¹⁵. Anzi, proprio con riferimento alla materia dell'art. 395 della direttiva IVA – che autorizza gli stati a introdurre specifiche misure di contrasto a evasione o elusione dell'imposta solamente seguendo un determinato procedimento – si può fare un ragionamento più ampio. Secondo il percorso argomentativo della sentenza *Kofoed* uno Stato non potrà invocare direttamente la direttiva IVA senza azionare il procedimento autorizzatorio per l'introduzione di specifiche misure antiabuso, ma l'esistenza di un principio (così come quello affermato nella giurisprudenza della Corte) che prescinde dall'intervento degli Stati membri e non fondato sull'art. 395 permette di aggirare il contenuto stesso della direttiva, cosicché lo Stato che intenda far valere il principio generale nei confronti del singolo contribuente non dovrà preoccuparsi dell'esistenza di una specifica

²¹⁴ L. Carpentieri, *L'ordinamento tributario tra abuso e incertezza del diritto*, cit., p. 1055.

²¹⁵ V. Liprino, *Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso di diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Part Service*, Riv. dir. trib., fasc.5, 2008, p. 113.

disposizione antielusiva²¹⁶. Queste conclusioni non appaiono determinanti, posto che l'unico settore in cui si sarebbe potuta immaginare un'applicazione diretta del principio è solamente quello delle imposte armonizzate. Non era sostenibile la tesi, come proposta dalla giurisprudenza nazionale, di una diretta precipitazione del principio nell'intero sistema tributario²¹⁷. Non ci si deve dimenticare che nella nostra Costituzione, in materia tributaria, è cristallizzato il principio di riserva di legge ex art. 23²¹⁸, il cui fine principale è quello di tutela del soggetto passivo e di certezza nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria: il primo deve poter conoscere *ex ante* quale sarà la pretesa impositiva connessa alle operazioni poste in essere durante il periodo d'imposta e i possibili rischi futuri in relazione ad un'attività accertatrice del Fisco²¹⁹.

Le fondamenta per fissare anche nel nostro ordinamento il divieto di abuso del diritto erano ormai poste, ma le aspre critiche all'operato della Corte di Cassazione rimanevano, motivo per cui si è tentata la via della ricerca di una copertura costituzionale nei principi di

²¹⁶ *Ibidem*. L'autore sulla base di un tale ragionamento giunge alla conclusione che “non si pone alcuna necessità di norme nazionali di attuazione [...] Del resto l'abuso di diritto pare costituire unicamente un principio interpretativo, come afferma l'Avvocato generale nelle conclusioni Halifax: per questa via si aprono ampie prospettive per trasporre la giurisprudenza della Corte di giustizia nell'ordinamento interno anche in assenza di un espresso divieto di abuso”. Sullo stesso filone, ma attraverso riflessioni in parte differenti, si veda, C. Attardi, *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, cit., p. 627 ss e P. Pistone, *L'elusione fiscale ed il diritto comunitario*, in AA.VV., *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle Corti e nella nuova legislatura*, Atti del Convegno «Gli ottanta anni di in Dir. Prat. Trib.» (Genova, 9-10 febbraio 2007) coord. da Uckmar, Padova, 2007, p. 93. Questi ultimi si basano sulle pesanti conseguenze della qualificazione del divieto di abuso del diritto come principio generale comunitario. Invero, la prassi applicativa dei principi generali nell'ordinamento UE ha confermato come gli stessi sono passati dall'aver una mera valenza interpretativa ad essere parificati alle fonti di diritto nel sistema comunitario (si menziona il caso *Bela-Mhledel*, Corte di giust., 5-07-1977, C-114/76, riguardante il principio di proporzionalità, che la Corte ha qualificato come principio generale da osservare anche nel diritto derivato). Trattandosi di un principio, esso si pone nella gerarchia delle fonti in posizione sovraordinata rispetto al diritto derivato, nel rango delle fonti comunitarie primarie: le fonti primarie informano tutto il sistema del diritto comunitario, coinvolgendo anche gli ordinamenti nazionali. Il contrasto tra una disposizione nazionale e il principio di diritto dovrà essere risolto con la disapplicazione della regola di diritto interno. E nel caso in cui dovesse mancare la stessa disciplina nazionale, *ictu oculi*, sarà applicata la norma ricavabile dal principio comunitario.

²¹⁷ Il giudice di legittimità negli anni non ha inteso indietreggiare, come confermato nella sentenza 4 aprile 2008, n. 8772, affermando che “non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano abuso del diritto, cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale, deve estendersi a tutti i settori dell'ordinamento tributario, e dunque anche all'ambito delle imposte dirette”, in GT – Riv. giur. trib., 2008, p. 695, con nota di S. Orsini, *L'abuso del diritto rende l'atto inefficace: sul contribuente l'onere della prova contraria*.

²¹⁸ Il predetto articolo recita: “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

²¹⁹ M. Beghin, *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e abuso del diritto*, in Corr. Trib., n. 22, 2008, p. 1777.

capacità contributiva e progressività, ma la precarietà di un tale ragionamento logico si è confermata, arrivando perfino ad aggravarne le conseguenze. Ci si riferisce alle c.d. tre sentenze gemelle datate 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057 della Cassazione a Sezioni Unite, cui ha fatto seguito la sentenza n. 1465 del 21 gennaio 2009. Attraverso le stesse è avvenuto un distacco della nozione interna di abuso rispetto alle elaborazioni giurisprudenziali della Corte di giustizia, riconducendola agli artt. 3 e 53 Cost. Nel par. 3.2. della sentenza 30057 si ha una statuizione fondamentale: *“Ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all’indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/08 e 25374/08), fondato sul riconoscimento dell’esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l’ordinamento tributario italiano”* e ancora *“i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., comma 1) e di progressività dell’imposizione (art. 53 Cost., comma 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi”*; da ciò gli Ermellini ricavano, come diretta derivazione delle norme costituzionali, un principio insito nell’ordinamento *“in base al quale il contribuente non può trarre vantaggi fiscali indebiti mediante l’utilizzo distorto, seppur non contrastante con disposizioni specifiche, di strumenti giuridici idonei a conseguire un risparmio fiscale. Tale operazione non deve essere giustificata da ragioni economicamente apprezzabili diverse dalla mera aspettativa di ottenere un risparmio fiscale”*²²⁰. I temi sono tanti: il fatto che ci si riferisca solamente all’art. 53 Cost., senza espressa menzione dell’art. 3 Cost. può considerarsi

²²⁰ Nella sentenza cit. n. 8872/2008 si sottolinea che *“Non contrasta con l’individuazione nell’ordinamento di un generale principio antielusione la constatazione del sopravvenire di specifiche norme antielusive, che appaiono, anzi, come questa Corte ha osservato, mero sintomo dell’esistenza di una regola generale”* e ancora *“l’ottica dei rapporti elusione/norma legislativa si è così ribaltata e le singole norme ‘anti-elusive’ vengono invocate non più come eccezioni ad una regola, ma come sintomo dell’esistenza di una regola”*. Come già detto, la dottrina e la giurisprudenza antecedenti erano piuttosto concordi nell’affermare che proprio la presenza di specifiche disposizioni anti-elusive dovesse essere interpretata come indice di una volontà legislativa contraria all’introduzione di una clausola generale.

accettabile? È possibile utilizzare l'art. 53 Cost. come norma da cui desumere un principio generale di abuso del diritto? L'estensione di un tale principio anche al di fuori dei casi regolati dall'art. 37-bis costituisce una violazione del principio di legalità? Procedendo con ordine, per la prima questione, autorevolissima dottrina²²¹ ha criticato la colpevole omissione dei Giudici di piazza Cavour nel mancato raccordo con i parametri costituzionali dell'art. 3 della Costituzione, che costituisce una delle finalità dell'interpretazione antielusiva. Nel momento in cui si trasferisce il principio di eguaglianza nello spazio tributario, esso assorbe in sé il principio di capacità contributiva, che va a completare il primo, nel senso che gli indici di capacità contributiva devono essere utilmente considerati quali fattori fondamentali per ponderare il rispetto della parità di trattamento; nella prospettiva dell'elusione si configura “una clausola generale di giustizia nella ripartizione del carico tributario tra i consociati”, che dà concretezza al principio di equità tributaria, e la stessa deve essere fondata e supportata dal combinato disposto degli artt. 3 e 53 della Costituzione²²². Questa analisi abbraccia completamente anche gli altri interrogativi che sono stati avanzati. Bisogna sforzarsi di riflettere sulla funzione svolta dall'art. 53. Esso rappresenta un importante elemento legittimante del potere impositivo nel momento in cui sancisce la doverosità di concorrere alle spese pubbliche, ma costituisce altresì il limite al suo esercizio sulla base della sussistenza di una capacità economica nel soggetto passivo²²³. È, tuttavia, compito del legislatore ordinario quello di specificare e modellare il principio di capacità contributiva, individuando quei comportamenti ritenuti idonei a manifestare una capacità economica in capo ai contribuenti tale da poter essere soggetta a una fattispecie impositiva, motivo per cui sembrerebbe inidoneo giustificare il principio del divieto di abuso sulla base del principio di capacità contributiva, andando incontro altrimenti a una possibile divergenza con il principio di legalità che ex art. 23 della Costituzione²²⁴. L'art. 53 non pone in capo al soggetto passivo

²²¹ Su tutti, G. Falsitta, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 293 ss. e G. Corasaniti, *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 2, 2009, p. 213.

²²² G. Falsitta, *Ibidem*, ma anche *Id*, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, *passim*.

²²³ F. Moschetti, *Capacità contributiva*, Torino, V, 1988, p. 2.

²²⁴ R. Lupi e D. Stevanato, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, in *Corr. Trib.*, n. 6, 2009, p. 403. Su questa posizione anche M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., p. 289; G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 37; G. Corasaniti, *Il dibattito*

degli obblighi specifici, bensì postula il dovere generico di partecipazione alle spese pubbliche in rapporto alla propria capacità contributiva; né tantomeno legittima l'autorità giurisdizionale ad intervenire in luogo dell'autorità legislativa²²⁵. Ancor più in generale, bisognerebbe guardare alle norme costituzionali come norme-parametro, sulle quali l'attività del legislatore (ma anche dell'intero sistema giuridico) deve informarsi; non costituiscono però un presupposto idoneo per desumere l'esistenza di un principio generale su cui fondare una pretesa fiscale²²⁶. In ultimo, occorre ricordare che all'epoca vigeva l'art. 37-*bis* del d.P.R. 600/1973, contenitore di una disciplina assai più articolata e definita rispetto a quelle date dalla giurisprudenza del Supremo Consesso²²⁷, che in alcune pronunce finiva per trascurare il disallineamento fra risultato ottenuto e *ratio* della norma elusa, dando prevalentemente importanza all'assenza di valide ragioni economiche, cadendo nel medesimo errore in cui era incorsa precedentemente l'Amministrazione finanziaria in riferimento all'applicazione dell'art. 37-*bis* e finendo per obliterare ogni possibile *distinguo* tra pianificazione fiscale e abuso²²⁸. Perdipiù, la vigenza della clausola semi-generale doveva essere indice di una scelta legislativa finalizzata al contemperamento di due interessi contrapposti, cioè quello relativo alla repressione di operazioni elusive e l'altro relativo alla certezza del diritto: non si poteva arrivare in sede interpretativa – posta l'applicabilità generale del principio elaborato dalla giurisprudenza, perciò anche in luogo delle fattispecie rientranti nel 37-*bis* – a ribaltare il sistema normativo, così come non era possibile negare il complesso di garanzie procedurali

sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario, in Dir. Prat. Trib., n. 2, 2016, p. 465. Si veda inoltre G. Marongiu, *L'abuso del diritto nella legge di registro tra principi veri e principi asseriti*, in Dir. e prat. Trib., 2013, vol. II, p. 361, che mette in luce le possibili ambiguità derivanti da un'applicazione retroattiva del principio antielusivo.

²²⁵ G. Ingraio, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in Dir. Prat. Trib., n. 4, 2016, p. 1433.

²²⁶ G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, cit., p. 465

²²⁷ *Ex multis*: Cass., sez. trib., 21-01-2009, n. 1465; Cass., sez. trib., 22-09-2010, n. 20030; Cass., sez. trib., 12-11-2010, n. 22994; Cass., sez. trib., 09-03-2011, n. 5583.

²²⁸ In maniera più approfondita *cf.*: A. Carinci, *Elusione tributaria, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, in Dir. Prat. Trib., 2012, p. 786; V. Ficari, *Clausola generale antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in Rass. Trib., 2009, p. 390; G. Zizzo, *L'abuso del diritto*, cit., p. 465; A. Lovisolo, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in Riv. Dir. Trib., 2009, I, pp. 70 ss.; S. Cipollina, *Elusione fiscale e abuso del diritto*, cit., p. 1729; P. Adonnino, *Abuso della contestazione dell'abuso del diritto della U.E.*, in Dir. Prat. Trib., 2012, I, p. 895.

fornite dall'articolo citato al contribuente²²⁹. La situazione fino alla 2014 non ha subito grandi mutazioni, con la giurisprudenza del giudice di legittimità che è rimasta alquanto legata alla nozione di abuso così come confermata nelle tre sentenze del 2008. Si riscontrano però alcune pronunce degne di menzione, come una sentenza della Corte di Cassazione del 2011²³⁰, dove i giudici hanno delineato alcune regole di cautela da applicare nella valutazione di condotte volte al risparmio d'imposta, "*essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche*"²³¹. A generare ancor più confusione ci ha pensato una pronuncia del 2014²³² del Supremo Collegio, che formulava (realizzando una rottura quasi totale con la giurisprudenza di legittimità che si era succeduta nel tempo) una teoria secondo cui la normativa di cui all'art. 37-bis dovesse porsi in rapporto di species ad genus rispetto al principio generale del divieto di abuso del diritto, non potendo condividere perciò la prassi dell'applicazione del principio anche ad operazioni che non potrebbero essere sussunte nell'elencazione contenuta nell'art. 37-bis del d.P.R. 600 del 1973. La scelta legislativa, secondo la Cassazione, è diretta a "*riconoscere determinati elementi di tipicità alla figura dell'abuso di diritto, mediante la previsione espressa di presupposti di fatto, ovvero di condotte negoziali o qualità soggettive, considerati come elementi costitutivi della pratica abusiva, senza i quali, quindi, non è dato ravvisare abuso del diritto*"²³³. Si sono succedute svariate pronunce²³⁴ in cui si conferma la volontà di circoscrivere l'abuso dello strumento antielusivo, con cui la Corte di Cassazione ha dimostrato di voler abbandonare il principio

²²⁹ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., pp. 37-38. Ma si veda anche: G. Zoppini, *Nuove prospettive giurisprudenziali in tema di abuso*, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 1255; S. La Rosa, *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, cit., pp. 1305-1306. L'amministrazione finanziaria, secondo il comma 4 dell'art. 37-bis, era tenuta a formulare una richiesta di chiarimenti prima di procedere a notificare l'avviso di accertamento e a motivare l'avviso anche con specifico riguardo ai chiarimenti forniti in risposta alla richiesta di chiarimenti; la Cassazione, d'altra parte, propendeva per una soluzione considerevolmente più sfavorevole, posto che un eventuale questione vertente sull'abuso poteva essere introdotta anche d'ufficio direttamente in giudizio.

²³⁰ Cass. civ., Sez. V, 21-01-2011, n. 1372.

²³¹ I passaggi giurisprudenziali più importanti nel periodo compreso fra le sentenze gemelle del 2008 e la legge delega n. 23 del 2014 sono efficacemente esposti da G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, cit., p. 465.

²³² Cass. civ., 19-12-2014, n. 27087.

²³³ Si veda M. Fanni, *La Cassazione rivaluta i propri precedenti su presunzione di onerosità e "transfer pricing" in una pronuncia sui finanziamenti infragruppo*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2015, pp. 322 ss.

²³⁴ Fra le tante; Cass. civ., 5-12-2014, 25758; Cass. civ., 8-10-2014, n. 21190; Cass. civ., 14-01-2015, n. 405; Cass. civ., 27-03-2015, n. 6226.

di capacità contributiva come punto di partenza del principio di abuso del diritto, concentrandosi piuttosto sulla specificazione degli elementi costitutivi dello stesso (utilizzo distorto della strumentazione giuridica, aggiramento della legge e indebito vantaggio fiscale)²³⁵. Una riforma era ormai inevitabile, non potendo sottostare agli interventi estemporanei del giudice di legittimità e della prassi amministrativa che nel tentativo di dare contorni chiari al fenomeno non hanno fatto altro che generare un'aporìa giuridica. Proprio per tale ragione si è intervenuti con la legge delega n. 23 del 2014, che ha introdotto il tanto agognato articolo 10-*bis* nello Statuto dei diritti del contribuente.

2.3. L'art. 10-*bis* nel d.lgs. 212/2000

Per il tramite di un dibattito parlamentare che ha generato un insieme di principi e disposizioni per nulla omogenei – a causa dei numerosi emendamenti che si sono progressivamente accumulati – si è giunti all'emanazione della legge delega n. 23 del 2014, che all'art. 5 recava la rubrica “*Disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale*”, riproducendo però i problematici principi giurisprudenziali che si erano consolidati tempo²³⁶. Abbandonata quindi l'idea di interventi legislativi *ad hoc* per limitare il campo di applicazione della clausola antielusiva a specifiche operazioni²³⁷, il legislatore ha inteso confermare la volontà di unificare il concetto di elusione fiscale con quello di abuso del diritto, disponendo al comma 1 quanto segue: “*Il Governo è delegato ad attuare, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di*

²³⁵ G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, cit., p. 465.

²³⁶ Così M. Basilavecchia, *Per un coordinamento sistematico nell'attuazione della delega fiscale: giocare all'attacco*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 2994, ma anche V. Velluzzi, *Abuso del diritto ed interpretazione giuridica. Alcune questioni ed una proposta*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2019, I, p. 499, nota 5), che riprendendo le parole di P. Ferrua, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto vigente e diritto vivente*, in F. Alonzi (a cura di), *Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, Milano, 2018, p. 23, afferma che nell'elaborazione di una clausola generale antiabuso si è avuto un caso paradigmatico del mutamento dei rapporti tra diritto vigente e diritto vivente, ove il secondo, che dovrebbe essere determinato dal primo, arriva a divenire la sua matrice. Si ha un'inversione del rapporto tra i due, “nel senso che è il diritto vigente a inseguire quello vivente”.

²³⁷ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 39, afferma che si sarebbe potuto lavorare anche sullo stesso art. 37-bis, andando ad eliminare semplicemente il c. 3 che andava a limitarne il campo applicativo e a ricollocare l'articolo in un documento legislativo non settoriale. Anche M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., pp. 435-437, avanzava dei dubbi sulla possibilità di introdurre una clausola generale dai confini indefiniti in una disposizione di legge, posto che nonostante fosse il miglior modo per garantire il principio di uguaglianza, si poteva verificare un conflitto sul piano sostanziale con la riserva di legge stabilita dall'art. 23 Cost. trovandoci di fronte a una norma in bianco, che sarebbe stata di volta in volta riempita di significato dall'Ente impositore o dal magistrato.

unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto, in applicazione dei seguenti principi e criteri direttivi, coordinandoli con quelli contenuti nella raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012". Un aspetto meritevole di considerazione è il richiamo alla raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva, con la quale la Commissione esortava gli Stati membri a promulgare una disposizione generale antiabuso nel campo delle imposte dirette, di applicazione sia nazionale che transnazionale, seguendo lo schema di *"una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale ... Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro "sostanza economica"*²³⁸. Come sottolineato da autorevole dottrina²³⁹, la doppia matrice (nazionale ed europea) che ha ispirato l'introduzione dell'art. 10-bis si può riscontrare nei commi da 1 a 4. Nei primi due, si ripresenta il nocciolo duro della definizione così come impostata nella Raccomandazione, mentre nei commi 3 e 4 si rende palese l'influenza data dalla giurisprudenza di legittimità nazionale. Prima di passare all'analisi del prodotto della legge delega, è d'obbligo chiarire che obiettivo principale della riforma era quello di recuperare la certezza del diritto, superando i problemi applicativi generati dalle prassi applicative dell'art. 37-bis e del principio del divieto di abuso del diritto come elaborato in via giurisprudenziale, anche sulla scorta di esperienze maturate in altri paesi che *"mostrano che la codificazione dell'abuso del diritto consente di dare alle imprese un quadro di certezza e stabilità normativa e amministrativa [...] La definizione di un quadro normativo chiaro ha effetti positivi anche per l'amministrazione finanziaria che può svolgere con*

²³⁸ Nella prima parte della Raccomandazione, dedicata a enunciazioni di carattere generale, si chiarisce inoltre che *"una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale"*; *"la finalità [...] consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili"* e la finalità è essenziale se *"qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso"*. Nella seconda parte invece vi è un'elencazione di ipotesi cui le autorità nazionali devono prestare attenzione per riscontrare la presenza di un'operazione abusiva. Per un'esposizione delle ipotesi *Cfr.* G. Falsitta, *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, cit., pp. 337-338.

²³⁹ S. Cipollina, *Abuso del diritto o elusione fiscale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. commerciale*, Aggiornamento, Torino, 2017, p. 3 si riferisce a *"una sorta di tecnica 'a mosaico': materiali giuridici di diversa origine scomposti e ricomposti, si fondono in un'entità normativa nuova"*. Anche G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 40, riprende tale impostazione.

maggior rapidità ed efficacia la sua funzione di contrasto dell'elusione, indirizzando la propria attenzione sui casi meno dubbi e riducendo così le possibilità di contenzioso e l'incertezza sulle sanzioni"²⁴⁰. Le intenzioni del legislatore sono meritevoli di lode, e sarebbe ingeneroso non riconoscere come con questa legge delega si sia dato un taglio fondamentale alla deriva giurisprudenziale e della prassi amministrativa che si stava facendo sempre più penetrante e di difficile comprensione agli occhi del contribuente. Cionondimeno, sono rimasti anche nella "nuova" immagine data al fenomeno elusivo alcuni punti critici, aggravati principalmente dalle letture interpretative date dall'Amministrazione finanziaria dell'art. 10-bis²⁴¹. In ogni caso, la lett. a) dell'art. 5 della legge delega prevede che la condotta abusiva venga definita "come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione". Nella lett. b), delega il Governo a "garantire la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti un diverso carico fiscale", e a tal fine prescrive di "considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva" e di "escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali". Più di una perplessità è emersa con riferimento alla terminologia utilizzata dal legislatore delegante²⁴². In particolare, quando ci si riferisce ad "uso distorto di strumenti giuridici", non viene fornita una norma che possa dare la definizione di utilizzo distorto, creando così un terreno fertile per approcci creativi di giurisprudenza e prassi amministrativa a scapito della certezza del diritto²⁴³. Forti ambiguità venivano poi generate dall'apparente

²⁴⁰ Tali considerazioni sono riportate dalla relazione del Servizio Studi – Dipartimento Finanze nella documentazione per l'esame di progetti di legge nella *Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita*, A.C. 282-950-1122-1339-A, n. 29/2, del 20 settembre 2013.

²⁴¹ Appare improduttivo dare una prospettazione delle problematiche connesse alla disposizione antielusiva prima di esporre la stessa disciplina; per tale motivo, la rassegna sarà "razionata" lungo l'illustrazione dell'articolo in questo e nei successivi paragrafi.

²⁴² *Ex multis*: G. Zizzo, *L'abuso del diritto tra incertezze della delega e raccomandazioni europee*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 2997; G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, cit., p. 465; G. La Rosa, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenze*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2012, I, p. 707.

²⁴³ Secondo F. Gallo, *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 6, 2014, p. 947, "Definendo la condotta abusiva come l'uso distorto di strumenti giuridici aventi lo scopo prevalente di ottenere indebiti vantaggi fiscali, il legislatore

contraddittorietà nel rapporto tra ragioni fiscali e valide ragioni extrafiscali: se da un lato, si richiedeva la prevalenza dello scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali sulle altre ragioni, dall'altro si doveva escludere la configurabilità di una fattispecie abusiva laddove le ragioni extrafiscali apparissero come non marginali²⁴⁴. Poca chiarezza ruotava attorno alla connotazione indebita del risparmio d'imposta menzionata nella lettera b), che probabilmente doveva essere inclusa nella definizione generale fornita dalla lettera a)²⁴⁵; il pericolo, connesso anche a una mancata definizione di "assenza di sostanza economica", consisteva nel fatto che si potesse naufragare nuovamente in una deriva giurisprudenziale (come più volte avveniva con riferimento all'art. 37-bis) che ritenesse l'assenza di valide ragioni economiche extrafiscali come sufficiente a giustificare la pretesa di inopponibilità dell'operazione da parte del Fisco, relegando gli altri requisiti a elementi solamente marginali²⁴⁶. Secondo la dottrina prevalente però il rischio era verosimilmente ridotto con il riferimento alla Raccomandazione n. 2012/772/UE, che al contrario dava la giusta importanza alla natura indebita del risparmio d'imposta²⁴⁷. Profili di novità sono altrimenti riscontrabili nella disciplina procedimentale²⁴⁸: è stato posto a carico dell'Amministrazione finanziaria l'onere probatorio in relazione alla dimostrazione dell'abusività del disegno abusivo, con l'obbligo (sanzionato con la nullità) di una motivazione rafforzata in riguardo alle ragioni dell'elusività dell'operazione; si è inoltre incaricato il legislatore delegato a introdurre un contraddittorio preventivo tra Amministrazione finanziaria e contribuente, con

delegante ha voluto significare che il principio di capacità contributiva, per essere concretamente operante e costituire un limite costituzionale all'autonomia negoziale, deve essere accompagnato dalla contestuale applicazione del principio generale della buona fede e dell'affidamento, oltretutto da quello della prevalenza della sostanza sulla forma".

²⁴⁴ G. Zizzo, A. Contrino, M. Beghin, *Abuso Del Diritto Ed Elusione Fiscale*, Vol. 2, Torino, 2016, p. 5.

²⁴⁵ A. Manzitti e M. Fanni, *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, in *Corr. Trib.*, n. 15, 2014, p. 1140

²⁴⁶ F. Gallo, *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, cit., p. 948, ma anche G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, cit., p. 465.

²⁴⁷ Gran parte della dottrina attribuisce alla Raccomandazione della Commissione un ruolo importante nella delimitazione delle perplessità generate dalla formulazione della legge delegata, fra cui: A. Manzitti e M. Fanni, *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, op. cit., p. 1140; F. Gallo, *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, cit., p. 949. G. Zizzo, *La nozione di abuso nell'art. 10 bis dello statuto dei diritti del contribuente*, in G. Zizzo, A. Contrino, M. Beghin, *Abuso Del Diritto Ed Elusione Fiscale*, Vol. 2, Torino, 2016, p. 5, definisce la Raccomandazione come un "potente antidoto" alle perplessità offerte dall'art. 5.

²⁴⁸ Si veda a riguardo T. Lamedica, *Abuso del diritto ed elusione: disciplina unificata*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 1429.

fini deflattivi del contenzioso tributario, individuando fin da subito quali siano le ragioni extra-fiscali non marginali²⁴⁹.

Il D.lgs. n. 128/2015 ha dato attuazione alla delega legislativa ricevuta nel 2014, con l'inserimento dell'art. 10-bis nello Statuto dei diritti del contribuente (L. 212/2000), rubricato "*Disciplina dell'abuso del diritto o dell'elusione fiscale*", confermando la totale coincidenza tra il concetto di elusione fiscale e quello di abuso del diritto²⁵⁰; contemporaneamente è stato abrogato l'art. 37-bis del d.p.r. n. 600/1973 ed è stato previsto al secondo comma dell'art. 1 che "*Le disposizioni che richiamano tale articolo si intendono riferite all'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, in quanto compatibili*". La collocazione nello Statuto dei diritti del contribuente è stata motivata seguendo due ordini di ragioni²⁵¹: innanzitutto in ragione della portata applicativa dello Statuto che è pressoché generale, trovando applicazione nella generalità dei tributi; in secondo luogo, si ristabilisce il collegamento tra il principio antiabuso e i principi costituzionali di capacità contributiva e progressività come richiamati dalla giurisprudenza di legittimità. L'art. 10-bis è composto da ben 13 commi²⁵² che, come già detto, subiscono l'influenza dell'ordinamento

²⁴⁹ Per un'analisi delle perplessità emerse dall'interpretazione giurisprudenziale della disciplina procedimentale cfr. G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, cit., p. 465 e A. Marcheselli, *Il contraddittorio deve precedere ogni provvedimento tributario*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 3019 ss.

²⁵⁰ Per gli spunti critici a tale scelta legislativa si rimanda al par. 1.3.

²⁵¹ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 43.

²⁵² L'articolo recita, nella sua versione originaria: "1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.

2. Ai fini del comma 1 si considerano: a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato; b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

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

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

5. Il contribuente può proporre interpello secondo la procedura e con gli effetti dell'articolo 11 della presente legge per conoscere se le operazioni che intende realizzare, o che siano state realizzate, costituiscano fattispecie di abuso del diritto. L'istanza è presentata prima della scadenza dei termini per la presentazione della

comunitario²⁵³ così come quella dei principi affermati dalla Corte di Cassazione nel periodo precedente al 2015. Il primo comma, di matrice europea, fornisce la definizione di abuso del diritto e ne elenca gli elementi costitutivi, che si concretano nella realizzazione di un'operazione priva di sostanza economica e nell'ottenimento essenzialmente di un vantaggio fiscale indebito. Viene quindi in rilievo un requisito aggiuntivo, non presente nella nozione fornita dall'art. 37-bis, e cioè il carattere essenziale del perseguimento di un vantaggio fiscale indebito. La rilevanza di tale elemento costitutivo si manifesta nel momento in cui – nell'ambito di un'attività accertativa – l'Amministrazione finanziaria

dichiarazione o per l'assolvimento di altri obblighi tributari connessi alla fattispecie cui si riferisce l'istanza medesima.

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

7. La richiesta di chiarimenti è notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni.

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

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

10. In caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e, successive modificazioni, e dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472.

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

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

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

L'unico aggiornamento all'atto attualmente concerne il comma 5, che è stato riformulato con D.lgs. 24 settembre 2015, n. 156, sostituendolo con la seguente composizione: “5. Il contribuente può proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto”.

²⁵³ Per G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Padova, 2020, pp. 220-225, l'abuso come formulato nella raccomandazione risulta ben diverso rispetto a quello contenuto nell'art. 10-bis, provenendo il primo da un filone giurisprudenziale della Corte di giustizia in cui si discuteva prevalentemente di fenomeni di simulazione e dissimulazione; proprio per questo, secondo l'autore, il legislatore doveva astenersi dall'integrare la nozione nazionale con quella elaborata in sede comunitaria.

dovrà provare la sussistenza anche di tale ulteriore requisito, trovandosi a dover indagare sulle ragioni extrafiscali e motivare adeguatamente sulla circostanza dell'essenzialità del perseguimento di un vantaggio fiscale rispetto alle finalità avulse dalle ragioni fiscali²⁵⁴. I successivi commi 2, 3 e 4 forniscono chiarimenti in riferimento alla nozione data dal primo comma, andando a specificare innanzitutto cosa debba intendersi per assenza di sostanza economica e per vantaggi fiscali indebiti. Si procede poi a fornire al contribuente un'esimente data dalla presenza di ragioni extrafiscali non marginali idonee a giustificare il compimento dell'operazione (3° comma), rimanendo comunque ferma la libertà del contribuente nella scelta fra più regimi fiscali offerti dalla legge (4° comma), seppur mosso da un intento di risparmio dell'imposta. Sul versante procedurale di grande aiuto è stato l'art. 37-bis, da cui sono state riprese gran parte delle disposizioni, implementando i profili riguardanti le garanzie procedurali, soprattutto con riferimento al contraddittorio endoprocedimentale. È stato infatti previsto l'obbligo dell'Ente impositore di notificare al contribuente, prima di procedere alla comunicazione dell'atto di accertamento, una richiesta di chiarimenti (che deve essere recapitata all'Amministrazione finanziaria entro 60 giorni) contenente i motivi per cui si sta procedendo in relazione alla condotta abusiva. Il successivo atto impositivo, ove emanato, dovrà contenere una motivazione minuziosa relativamente alla condotta abusiva, alle norme di legge eluse, agli indebiti vantaggi, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente, pena la nullità dell'atto²⁵⁵. Si noti però che l'attività accertatrice dell'Agenzia delle Entrate, seguendo la scelta del legislatore delegato, rientra nella categoria dell'accertamento parziale, escludendo il rischio di contestazioni pretestuose basate sulla qualità di "accertamento parziale"²⁵⁶. Procedendo nella lettura della norma, al comma 9 si opera il riparto dell'onere della prova tra Fisco e contribuente, con il primo che è gravato dall'onere di dimostrare i caratteri costitutivi della fattispecie abusiva, mentre è a carico del

²⁵⁴ C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino., *La definizione di abuso del diritto nell'art. 10-bis e gli effetti sul piano impositivo*, in *Abuso del diritto e novità sul processo tributario: Commento al D.lgs. 5 agosto 2015, n.128 e al D.lgs. 24 settembre 2015, n.156*, Assago, 2016, p. 17.

²⁵⁵ Cfr. Cass. civ., 27-03-2015, n. 6226, in *Corr. Trib.*, n. 24, 2015, p. 1827, con commento di M. Beghin, "Elusione", tassazione differenziale e impatto sulla motivazione degli avvisi di accertamento, secondo cui l'Ufficio impositore nella motivazione deve indicare anche l'operazione congrua, cioè quell'operazione che il contribuente avrebbe dovuto realizzare se non fosse stato mosso da intenti prevalentemente fiscali.

²⁵⁶ G. Ingraio, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, op. cit., p. 1433.

contribuente l'onere di provare la sussistenza di ragioni extrafiscali non residuali. L'Ufficio impositore deve comunque tenere conto, nella quantificazione del vantaggio fiscale da disconoscere, dell'eventuale imposta già versata dal soggetto passivo in adempimento dell'assetto abusivo, al fine di eliminare eventuali duplicazioni d'imposta e richieste di rimborso da parte del contribuente colpito dalla pretesa impositiva. Al riguardo, si è verificata una limitazione dell'ampio potere di rilevazione d'ufficio della fattispecie abusiva, che precedentemente era stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità: il giudice non dispone più della facoltà di effettuare tale rilevazione d'ufficio, ma è invece richiesta un'esplicita eccezione da parte del contribuente²⁵⁷. In aggiunta a ciò, a favore dei soggetti diversi dal contribuente cui è stata eccepita l'inopponibilità dell'operazione elusiva, il legislatore ha previsto espressamente che se nella contestazione risultano coinvolti soggetti ulteriori rispetto al contribuente colpito dalle disposizioni antielusive, questi sono autorizzati a richiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni elusive, inoltrando entro un anno dalla definitività dell'avviso di accertamento un'istanza all'Agenzia delle entrate, nei limiti di imposta e interessi effettivamente corrisposti e riscossi dal Fisco²⁵⁸. Al comma 12 si esprime la preferenza del legislatore verso la residualità dell'abuso del diritto rispetto a specifiche disposizioni tributarie, potendo configurare un abuso del diritto in sede di accertamento solamente se il disconoscimento non possa essere effettuato contestando la violazione di specifiche norme dell'ordinamento tributario. In chiusura, si ricorda che l'elusione fiscale (o abuso del diritto) non configura una condotta penalmente sanzionabile, bensì solamente una condotta con riferimento alla quale è possibile irrogare delle sanzioni amministrative tributarie²⁵⁹.

²⁵⁷ Sul punto si veda G. Frasoni, *Abuso del diritto: generalità della clausola e determinatezza del procedimento*, in Rass. Trib., n. 2, 2017, p. 297.

²⁵⁸ Si veda S. La Rosa, *L'accertamento tributario antielusivo: profili procedimenti e processuali*, in Riv. dir. trib., 2014, I, p. 514. Secondo l'A. nel computo del vantaggio fiscale inopponibile rientrano anche le imposte corrisposte da soggetti diversi dal contribuente soggetto alla pretesa impositiva, configurandosi un'incostituzionalità laddove fosse riconoscibile solo ai "soggetti diversi" il diritto al rimborso, e non al contribuente nei cui confronti l'Ufficio delle entrate ha agito. Si propone quindi la soppressione di una disposizione "ambigua".

²⁵⁹ Si rimanda al par. 1.1.2. per l'approfondimento della sanzionabilità penale dell'abuso del diritto. Cfr. anche: V. Ficari, *Spigolature tributarie sulla rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva e abusiva*, Riv. dir. trib., 2012, I, p. 1117; L. Salvini, *L'elusione iva*, cit., p. 3103; A. Giovannini, *Note controcorrente sulla sanzionabilità dell'abuso del diritto*, in Corr. Trib., 2015, p. 823 ss.; M. Beghin, *Elusione fiscale, abuso del diritto e profili*

2.3.1. Il vantaggio fiscale indebito

Il primo elemento costitutivo da sottoporre alla lente di ingrandimento è il “*vantaggio fiscale indebito*”, cioè quel beneficio derivante dallo schema abusivo che risulta in contrasto con la *ratio* delle norme fiscali o con i principi dell’ordinamento tributario. Perciò, non è più sufficiente la mera realizzazione di un vantaggio fiscale per poter configurare l’inopponibilità del risparmio d’imposta, al contrario della lettura monodimensionale²⁶⁰ dell’elusione fiscale fatta propria dall’Amministrazione finanziaria – basata sulla sola insussistenza di valide ragioni economiche – nel periodo che precedeva l’emanazione della normativa delegata. È altresì necessaria la disarmonia tra i benefici fiscali ottenuti, anche se non immediati²⁶¹, e lo spirito di una o più norme fiscali²⁶². Qui si innesta però un dilemma di non poco conto: la violazione della *ratio* della norma deve riferirsi alle finalità sottese alla norma di cui il contribuente si è avvalso, oppure bisogna prendere in considerazione la disposizione che si sarebbe dovuta applicare seguendo lo schema lineare previsto dal legislatore?

Occorre procedere con ordine. Lo spirito, la finalità, la *ratio* di una norma tributaria può essere definita come “lo scopo o l’interesse che la disposizione intende tutelare, nel suo sottosistema impositivo ed a prescindere dalle intenzioni soggettive di chi ne ha redatto il

sanzionatori, Boll. trib., 2015, p. 805; R. Lupi, *Elusione, valide ragioni economiche, aggiramenti e sanzioni*, in Dialoghi dir. trib., 2007, p. 386; G. Ingraio, *L’evoluzione dell’abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, op. cit., p. 1433; E. Della Valle, *Brevi note in tema di rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva/abusiva*, in Rass. Trib., 2012, p. 1118.

²⁶⁰ Assonime, circolare n. 21 del 4 agosto 2016, “La disciplina sull’abuso del diritto”.

²⁶¹ Ciò vuol dire che la clausola copre anche le ipotesi in cui il contribuente tragga beneficio dai vantaggi fiscali che si manifestano in periodi d’imposta successivi rispetto a quello in cui l’operazione è realizzata. Vengono ricompresi anche, secondo G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 74 ss., i vantaggi di natura temporanea derivanti da un *tax deferral*, cioè quando il vantaggio tributario risulterà assorbito attraverso corrispondenti svantaggi nei periodi d’imposta successivi. In questo caso, se l’assorbimento è già avvenuto l’Agenzia delle Entrate potrà comunque contestare l’operazione con riferimento agli interessi da mancato pagamento, essendosi realizzato comunque un vantaggio di tipo finanziario in virtù del differimento del pagamento. Se invece l’assorbimento non si è ancora verificato, ben potrà l’Amministrazione finanziaria contestare anche un debito tributario.

²⁶² Nella risoluzione n. 101/E del 3 novembre 2016, l’Agenzia delle entrate considera necessaria in via pregiudiziale la “verifica dell’esistenza del primo elemento costitutivo - l’indebito vantaggio fiscale - in assenza del quale l’analisi antiabusiva si deve intendere terminata. Diversamente, al riscontro della presenza di indebito vantaggio, si proseguirà nell’analisi della sussistenza degli ulteriori elementi costitutivi (assenza di sostanza economica e essenzialità del vantaggio indebito)”.

testo”²⁶³. La dottrina si divide in due schieramenti contrapposti. Secondo alcuni²⁶⁴ si deve verificare la conformità delle operazioni potenzialmente elusive con la *ratio* del regime formalmente applicabile, senza rendere conto di un eventuale discrepanza con il regime disapplicato²⁶⁵. Chi si pone sotto l’ala del secondo orientamento, ritiene che le norme fiscali da porre in relazione all’operazione elusiva sono quelle astrattamente applicabili qualora si fosse applicata la via alternativa più lineare (che avrebbe permesso di conseguire lo stesso risultato economico e giuridico dell’assetto concretamente attuato). Ricercando una risposta nella prassi dell’Agenzia delle Entrate, si può constatare che vengono in rilievo sia fattispecie concrete in cui vi è un contrasto con la *ratio* della disciplina applicata, sia casi in cui ad essere violata è la *ratio* di una disposizione elusa: in entrambi i casi l’Agenzia risolve la questione in termini di abusività²⁶⁶. Senonché, sembrerebbe che andando più a fondo nella questione si stia parlando di un non-problema. O, per meglio dire, di un problema la cui soluzione sta in un approccio più equilibrato, riscontrandosi solitamente la violazione di entrambe le *ratio* (della norma applicata e delle norme eluse) nella stessa fattispecie²⁶⁷. Si dovrebbe così partire, nella valutazione dello schema asseritamente abusivo, dall’analisi

²⁶³ F. de Rosa, *Abuso del diritto, vantaggio fiscale indebito e lettura monodimensionale*, in Corr. Trib., n. 1, 2022, p. 76.

²⁶⁴ Assonime, op. cit., p. 62. Anche la Corte di giustizia a più riprese ha richiamato la necessità di far riferimento allo spirito delle disposizioni che disciplinano lo schema adottato (più recentemente Corte giust., 17-12-2015, causa C-419/14, c.d. *WebMindLicenses*, par. 36; 22-11-2017, causa C-251/16, c.d. *Cussens e a.*, par. 70; conclusioni dell’Avvocato Generale Sharpston, 6-02-2020, causa C-276/18, c.d. *Krak Vet Marek Batko*, par. 85).

²⁶⁵ Secondo L. Miele, *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, in Corr. Trib., n. 2, 2020, p. 125, tale orientamento non è in linea con la Raccomandazione 2012//772/UE, che fa riferimento al contrasto con le finalità delle norme “altrimenti applicabili”.

²⁶⁶ Si nota un tale approccio in L. Miele, *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, cit., p. 126, nella risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate, del 23 agosto 2019, n. 341 e nel Principio di diritto dell’Agenzia delle Entrate, 23-07-2019, n. 20 riguardanti entrambi delle operazioni di *family cash out*, ovvero sia operazioni finalizzate generalmente al passaggio generazionale, in cui i soci persone fisiche procedevano alla costituzione di una società neocostituita, cedevano le proprie partecipazioni – previamente rivalutate – in una società *target* direttamente alla società neocostituita che avrebbe poi proceduto a fondersi con la stessa società *target*. Così facendo si aggiravano le disposizioni in materia di recesso che, se applicate, avrebbero dato luogo all’applicazione della disciplina dei redditi di capitale e non a quella dei redditi diversi (in cui la rivalutazione del costo fiscale della partecipazione assumeva rilevanza). Nel caso della Risposta n. 341 si contestava la violazione della *ratio* delle norme, non applicate dal contribuente, in tema di recesso, mentre nel Principio n. 20 si affermava l’aggiramento della *ratio* delle norme, applicate dal contribuente, in tema di rivalutazione fiscale delle partecipazioni. Una ricerca relativa alla prassi più recente è compiuta da R. Michelutti e F. Capitta, *Il vantaggio fiscale indebito nella prassi dell’Agenzia delle entrate in materia di abuso del diritto*, in Corr. Trib., n. 6, 2022, p. 524 in relazione alle Risposte a interpello nn. 892/2021 e 86/2022.

²⁶⁷ F. De Rosa, *Abuso del diritto, vantaggio fiscale indebito e lettura monodimensionale*, op. cit., p. 76.

dell'abuso della *ratio* della norma utilizzata, procedendo poi in caso di esito positivo (sussistenza della violazione della *ratio*) all'individuazione della disciplina elusa. Solamente l'esistenza della seconda disciplina permette infatti al Fisco di disconoscere i vantaggi fiscali, che sono tali proprio grazie all'esistenza di una tassazione più gravosa prevista dalla disciplina elusa²⁶⁸. L'Ufficio delle imposte dovrà in ultimo confrontare in termini di tassazione differenziale le due discipline che entrano in gioco. Si procederà in tal modo a richiedere al contribuente la differenza tra l'imposta versata in ragione dell'operazione elusiva e quanto richiesto in ragione dell'operazione elusa. È onere dell'amministrazione individuare quale fattispecie ipotetica poteva (*rectius*, doveva) essere seguita dal contribuente in alternativa a quella effettivamente applicata, trovandoci nel campo di un ragionamento che si sposta al piano concreto a un piano ipotetico²⁶⁹. Esclusivamente attraverso tale percorso argomentativo l'Ente impositore potrà avanzare l'inopponibilità dei vantaggi fiscali.

Ci si è già velocemente soffermati sull'essenzialità che deve caratterizzare il perseguimento del vantaggio fiscale, su cui si afferma che “*sul piano meramente lessicale si potrebbe dire che il legislatore si sia voluto mantenere in una posizione di compromesso dicendo col termine “essenziale” qualcosa di più di “prevalente”, ma sicuramente meno di “esclusivo”*”²⁷⁰. L'elemento costitutivo dell'essenzialità è ricorrente quando le finalità economiche sono irrilevanti, marginali, mentre i vantaggi fiscali indebiti devono essere “fondamentali” rispetto agli altri fini perseguiti dal contribuente, rappresentando il rovescio della medaglia dell'esimente prevista dal comma 3 dell'art. 10-*bis* (riguardante la marginalità delle valide ragioni extrafiscali)²⁷¹.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ M. Beghin, *L'elusione fiscale dominata dal “senso economico” dell'operazione realizzata dal contribuente*, in Corr. Trib., n. 2, 2023, p. 126 e *Idem*, “*Elusione*”, *tassazione differenziale e impatto sulla motivazione degli avvisi di accertamento*, in Corr. Trib., n. 24, 2015, p. 1827.

²⁷⁰ F. Gallo, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in Rass. Trib., 2015, p. 1315.

²⁷¹ A. Contrino e A. Marcheselli, *I tre elementi costitutivi della fattispecie legale*, in C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario: commento al D.lgs. 5 agosto 2015, n.128 e al D.lgs. 24 settembre 2015, n.156*, op. cit. p. 21. È prudente però constatare che portando all'estremo un ragionamento logico di questo tipo si arriverebbe a compiere il percorso inverso che era stato tracciato dalla giurisprudenza ante-riforma: si qualifica come elemento costitutivo dell'abuso del diritto non più l'essenzialità del vantaggio fiscale indebito, ma piuttosto la natura marginale delle ragioni economiche ulteriori, andando a screditare lo stesso comma 3 dell'art. 10-*bis* che prevede le stesse in termini di esimente (come tale facente parte dell'onere probatorio del contribuente).

2.3.2. Il difetto di sostanza economica

L'elemento soggettivo dell'abuso del diritto viene individuato (così come avveniva nell'art. 10 della l. 408/1990, poi ripreso nell'art. 37-*bis* del d.P.R. 600/1973) nell'assenza di sostanza economica. La norma la identifica con l'incapacità dei fatti, atti e contratti "a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali". Nella valorizzazione delle costruzioni di puro artificio²⁷² come configurate nella Raccomandazione UE sulla pianificazione fiscale aggressiva, il requisito dell'assenza di sostanza economica assolve la stessa funzione, e riprendendone lo schema prospettato, la norma al comma 2, lett. a) presenta due esempi-indici che circoscrivono il fenomeno: "*la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato*"²⁷³. Si deve tenere distinto il concetto di assenza di sostanza economica, elemento costitutivo dell'abuso/elusione, dall'esimente dell'esistenza di valide ragioni economiche. Sarà infatti onere dell'Ufficio impositore dimostrare il difetto di sostanza economica (insieme all'esistenza degli altri presupposti), e – qualora una simile dimostrazione andasse in porto – sarà onere del contribuente dimostrare la presenza di ragioni extrafiscali apprezzabili²⁷⁴. Nel dare una visione concreta della nozione di assenza di sostanza economica, si può affermare rientrano al suo interno tutte quelle operazioni che possano apparire come sproporzionate, abnormi, ingiustificabili nell'ottica della normalità imprenditoriale o

²⁷² G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, cit., pp. 227-229, ritiene sbagliato includere nella nozione di abuso dei concetti che poco si differenziano dalle convenzioni di puro artificio. Si rimanda al par. 1.3. per l'esposizione delle ragioni dell'Autore sul fraintendimento occorso nell'elaborazione della disciplina delegata.

²⁷³ La Raccomandazione individuava altri esempi a supporto della definizione, ma secondo F. Gallo, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, cit., p. 1315, la loro non inclusione nella definizione nazionale non deve risultare in un'esclusione *ex ante* di tali condotte come fattispecie tipiche di operazioni prive di sostanza economica. Significa semplicemente che il legislatore ha ritenuto più idoneo includere solamente i due indici dal carattere più generale, prestandosi meglio a includere gran parte delle operazioni prive di sostanza economica; non viene perciò preclusa un'azione accertatrice dell'Amministrazione finanziaria al di fuori della cornice fornita dagli indici in questione.

²⁷⁴ Così M. Beghin, *L'abuso del diritto tra operazioni antieconomiche e contrarietà alle "normali logiche di mercato*, in *Corr. Trib.*, n. 3, 2022, p. 225. L'A. eleva la distinzione anche sul piano sostanziale, dal momento che "le ragioni economiche rispondono all'interrogativo "perché lo hai fatto?", mentre la sostanza economica implica un giudizio di congruità dell'operazione compiuta rispetto all'obiettivo che il contribuente si era prefigurato".

dell'operatore medio ("la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato", art. 10-*bis*, comma 2, lett. a), di fronte all'obiettivo economico e giuridico perseguito²⁷⁵. Un tale complesso intricato di assetti negoziali si riconosce nell'assenza di un valore aggiunto rilevante, diverso dal risparmio fiscale, rispetto ad altre operazioni più lineari²⁷⁶. L'attenzione alla sostanza economica è colonna portante del *business purpose test* come elaborato dall'esperienza tributaria statunitense, che ha inquadrato il test su due binari, uno di natura oggettiva, relativo alla sostanza economica dell'operazione, e uno di natura soggettiva, indirizzato verso le ragioni della sua realizzazione²⁷⁷. Il primo elemento consiste nella valutazione sull'esistenza di effetti economici pratici alternativi rispetto alla creazione di un vantaggio fiscale, rendendo l'operazione inopponibile nei confronti dell'Ente impositore nel caso di una loro assenza²⁷⁸; il secondo è improntato sulla verifica di un intento razionalmente indirizzato verso un obiettivo extrafiscale plausibile, alla luce della condotta del contribuente e della sua situazione economica²⁷⁹. L'adozione di un quadro sinottico del genere però, come dimostrato dall'esperienza giurisprudenziale statunitense, ha portato a marginalizzare la valutazione sulle reali intenzioni del soggetto passivo²⁸⁰, oggettivizzando l'approccio dell'interprete. Ritornando alla disciplina nazionale, affinché si possa uscire dai parametri di abusività e quindi conferire sostanza economica all'operazione, è necessario che gli effetti economici siano rilevanti, significativi, potendo così escludere il carattere essenziale degli effetti

²⁷⁵ A. Contrino e A. Marcheselli, *I tre elementi costitutivi della fattispecie legale*, in C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario: commento al D.lgs. 5 agosto 2015, n.128 e al D.lgs. 24 settembre 2015, n.156*, cit., p. 18.

²⁷⁶ G. Giusti, *Assenza di sostanza economica e indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, p. 1437, evidenzia come la rilevanza del difetto di sostanza economica quale elemento costitutivo dell'abuso rappresenta una scelta infelice, rischiando una deviazione dell'attenzione dell'interprete dall'analisi sul rispetto della *ratio* delle norme impositive e dei principi dell'ordinamento alla ricerca di indici di anormalità della condotta. Così facendo, si potrebbe considerare abusiva un'operazione soltanto in ragione di una non linearità e non conformità alle normali logiche di mercato.

²⁷⁷ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 91. Le origini del *business purpose test* secondo l'Autore si possono collocare negli anni Trenta con il caso *Gregory v. Helvering*, una controversia che verteva sulle riorganizzazioni societarie.

²⁷⁸ *ACM Partnership v. Commissioner*, in 157 F.3d, p. 248 (3d Circ., 1998).

²⁷⁹ *Compaq Computer Corp v. Commissioner*, in 113 T.C., p. 224 (1999).

²⁸⁰ W.J. Blum, *Motive, intent and Purpose in Federal Income Taxation*, in *University of Chicago Law Review*, 1967, p. 523.

fiscali²⁸¹. Il ricorrere dei criteri sopra elencati è piuttosto elementare nelle operazioni circolari, che appaiono *ictu oculi* in violazione della clausola generale; in concreto è assente una modifica della situazione giuridica ed economica del soggetto passivo dopo che è stato portato a compimento lo schema circolare. La situazione sostanziale dell'operatore economico è rimasta invariata, visto l'unico obiettivo perseguito è la realizzazione di un risultato fiscale positivo per l'impresa²⁸². Per le operazioni lineari, cioè idonee a modificare anche la situazione giuridico-sostanziale del contribuente, possono presentarsi problemi interpretativi più importanti. Gli effetti extrafiscali sono infatti evidenti, ma il percorso ideato per raggiungere l'assetto economico finale è portato avanti con dei profili di ambiguità, utilizzando un *iter* che si disperde in atti bizzarri e divergenti in confronto al regime tipico previsto dall'ordinamento²⁸³.

È imprescindibile, per una corretta scomposizione del fenomeno abusivo, spostare l'attenzione sul significato delle “*normali logiche di mercato*”²⁸⁴ menzionate dal comma 2, lett. a). Si è già detto che gli esempi-indice sono un precipitato diretto della Raccomandazione, precisamente delle lettere a) e b) del punto 4.4. Seguendo l'impostazione datane nella normativa nazionale, il riferimento alle normali logiche di mercato deve rivolgersi a quelle situazioni in cui è presente una motivazione fiscale che ha portato il contribuente a discostarsi in modo anomalo dalle alternative più “accomodanti” e dirette previste dalle pratiche generalmente seguite²⁸⁵. Ciò non significa che la sostanza economica sia garantita dall'utilizzo di strumenti “normali”, così come non può comportare *ex ante* l'assenza di sostanza economica delle operazioni connotate da un certo grado di anormalità; ad assumere rilevanza saranno degli aspetti non solamente giuridici, ma anche economico-aziendali²⁸⁶. Gli Uffici impositori dovranno affidarsi al metagiuridico, esaminando

²⁸¹ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, p. 111. Il giudizio da effettuare deve seguire quindi due termini di comparazione: la consistenza degli effetti economici e di quelli fiscali. Non richiede però la prevalenza dei secondi sui primi, ma semplicemente che gli effetti extrafiscali non siano trascurabili in rapporto ai secondi.

²⁸² Così L. Miele, *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, op. cit., p. 125.

²⁸³ Assonime, cit., p. 72.

²⁸⁴ Si veda G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, cit., p. 228, per una critica verso l'inclusione delle normali logiche di mercato nel comma 2. L'Autore riporta infatti i fenomeni nell'area dell'evasione fiscale.

²⁸⁵ Assonime, cit., p. 70.

²⁸⁶ V. Ficari, *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10 bis della l. n. 212/2000*, in Riv. Tri. Dir. Trib., n. 2. 2016, p. 320.

l'andamento degli interessi economici nel mercato di riferimento e degli elementi patologici che possono presentarsi nello stesso²⁸⁷. Come conclusione, si può illustrare una distinzione supplementare che può sorgere dall'indeterminatezza legislativa: la normalità delle logiche di mercato deve riferirsi a profili quantitativi o qualitativi? L'aspetto qualitativo si riferisce alle caratteristiche degli schemi contrattuali utilizzati dal contribuente, e nello specifico a quegli assetti che allungano in maniera ingiustificata la sequenza negoziale; quello qualitativo riguarda invece il profilo della congruità dei prezzi o dei valori adottati nell'operazione negoziale, con riferimento ai parametri stabiliti dalla prassi del mercato²⁸⁸. La questione costituisce uno spazio prolifico di incertezze, principalmente derivanti dall'estensione del concetto ai profili qualitativi di normalità. Sembrerebbe perciò impossibile dare una risposta certa al quesito, posto comunque che nella maggioranza dei casi l'utilizzo di una sequenza negoziale più articolata rispetto alla prassi ordinaria non può costituire indice di per sé di assenza di sostanza economica²⁸⁹.

2.3.3. Le valide ragioni extrafiscali

Al comma 3 dell'art. 10-*bis* si stabilisce che non si può opporre l'abusività delle operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali. Il comma 9 va invece ad equilibrare la posizione delle parti in conflitto, ponendo sul contribuente l'onere di dimostrare la presenza delle valide ragioni economiche e sull'Amministrazione l'onere probatorio relativo agli elementi costitutivi dei commi 1 e 2²⁹⁰. Nella relazione illustrativa al d.lgs. 128/2015 si afferma che la non marginalità delle ragioni extrafiscali è idonea a escludere l'abusività solamente quando, in loro assenza, l'operazione non sarebbe stata

²⁸⁷ Cfr. M. Miscali, *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in Dir. Prat. Trib., n. 4, 2017, p. 1391 ss., che fornisce le diverse definizioni di "mercato" che sono state prospettate nel tempo e dell'importanza della dimensione concorrenziale nella valutazione della condotta elusiva da parte dell'Amministrazione finanziaria.

²⁸⁸ M. Beghin, *L'abuso del diritto tra operazioni antieconomiche e contrarietà alle "normali logiche di mercato*, cit., p. 226 ss.

²⁸⁹ *Ibidem*. Si veda in particolare l'esempio relativo alle varie strade perseguibili per un trasferimento a titolo oneroso di un'azienda.

²⁹⁰ È la stessa Cass., sez. trib., 22-09-2010, n. 20030, a confermare la natura di esimente della valide ragioni extrafiscali già prima della riforma: "grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di reale spessore che giustifichino operazioni in quel modo strutturate". In questo senso anche Cass., sez. trib., 21-01-2011, n. 1372; Cass., sez. trib., 29-01-2021, n. 2073; Cass., sez. trib., 22-06-2021, n. 17743.

compiuta; in altre parole, le motivazioni economiche o gestionali devono esser determinanti²⁹¹ nell'indurre il contribuente a compiere l'operazione²⁹². Quando la norma si riferisce alle "ragioni extrafiscali", specifica che le stesse possono caratterizzarsi anche in scelte di ordine organizzativo o gestionale, per "finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente"²⁹³. Se il solo aggettivo "extrafiscali" sembrerebbe equivalere all'aggettivo "economiche"²⁹⁴, la menzione delle scelte di ordine organizzativo o gestionale pongono degli interrogativi. Si dovrebbe infatti allargare il campo d'azione dell'interprete, volto ad attenzionare non solo le ragioni attinenti alla sfera economica, ma anche a quella personale o familiare²⁹⁵. Secondo alcuni autori il riferimento delle finalità a fenomeni imprenditoriali o professionali – collegate alle ragioni extrafiscali – porta a una restrizione della possibilità di avvalersi dell'esimente da parte di soggetti passivi non imprenditori o professionisti²⁹⁶. Il problema viene superato attraverso la qualificazione di tali finalità in termini di esemplificazione, come specificazione delle ragioni di ordine organizzativo o gestionale²⁹⁷. Quale che sia l'interpretazione data della disposizione, certamente devono essere escluse la pianificazione fiscale e la riduzione del carico fiscale (compresa la presenza di ragioni fiscali concernenti

²⁹¹ Ragonano in termini contrari G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 133 e P. Piantavigna, *Italy*, in AA.VV., *Anti-Avoidance Measures of General Nature and Scope – GAAR and other Rules*, IFA, Rotterdam, 2018, p. 193. Si discute infatti sul ruolo determinante dato dalla relazione alle ragioni extrafiscali. Sarebbe sufficiente, secondo gli AA., la non trascurabilità delle stesse, cioè l'idoneità a dare una giustificazione ragionevole alla condotta tenuta.

²⁹² La relazione al d.lgs. 358/1997, riferendosi all'art. 37-bis, sottolineava che per "valide ragioni economiche" dovesse intendersi una "apprezzabilità economico gestionale" e non, illogicamente, nel senso di validità giuridica. Si trattava perciò di ragionare in termini di serietà e significatività. Per quel che concerne l'art. 10-bis, la "validità" non può tenersi distinta dal concetto di marginalità, nonostante la norma menzioni entrambe (in senso analogo G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 133). Secondo M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., p. 10, l'aggettivo "Non marginali significa "non di puro stile", non fumose, non sganciate dal contesto imprenditoriale, professionale o personale del contribuente. Insomma, non bagatellari, ma serie".

²⁹³ La relazione illustrativa precisa che l'integrazione delle attività professionali nel novero delle ragioni extrafiscali è dovuta al fatto che, in un'ottica di maggiore chiarezza, fosse necessario eliminare ogni dubbio in ordine al fatto che le esigenze sopracitate potessero rilevare solamente per attività di tipo imprenditoriale.

²⁹⁴ M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., p. 8.

²⁹⁵ G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 130, si riferisce al fenomeno già presente in altri ordinamenti attraverso l'utilizzo delle figure della *bona fide purpose* o del *family purpose*, come accade in Canada (nell'art. 245 dell'*Income Tax Act*).

²⁹⁶ In particolare D. Stevanato, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 5, 2015, p. 695.

²⁹⁷ A. Contrino, A. Marcheselli, *Le valide ragioni extrafiscali, non marginali, nella dinamica della contestazione dell'abuso*, in C. Glendi, C. Consolo, A. Contrino (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario: commento al D.lgs. 5 agosto 2015, n.128 e al D.lgs. 24 settembre 2015, n.156*, cit., p. 24.

altri ordinamenti²⁹⁸) dal *range* delle ragioni extrafiscali. Certamente le valide ragioni economiche devono abbracciare anche delle scelte che non generano in modo immediato redditività, come nel caso di scelte organizzative volte a migliorare il funzionamento dell'impresa, nonostante la loro apparente artificiosità²⁹⁹. Sembrerebbe inoltre che lo spettro dell'indagine dell'Ufficio impositore debba coinvolgere gli interessi nell'operazione di tutti gli operatori economici coinvolti; perciò, non solo quelli del contribuente che si avvantaggia del risparmio d'imposta conseguito, ma anche quelli dei soggetti che hanno avuto un ruolo nella decisione di realizzare la condotta³⁰⁰.

Le valide ragioni extrafiscali indubitabilmente si collegano con l'accertamento della sostanza economica ex art. 10-*bis*, comma 1. Nel tentativo di conciliare l'esistenza dei due requisiti³⁰¹, secondo una prima tesi bisogna tenerli su piani distinti e non sovrapposti: mentre il difetto di sostanza economica va analizzato su un piano più teorico, indagando sulla normalità e congruità dell'assetto negoziale prescelto dal contribuente (riguardante, perciò, il profilo oggettivo dell'operazione), la rilevazione delle ragioni economiche dovrebbe riguardare il profilo soggettivo – incentrato su un piano più concreto, relativo anche al contesto in cui operava il contribuente – indagando sui motivi che possono aver indirizzato il soggetto passivo³⁰². Secondo una tesi divergente, i due concetti non possono che riferirsi al medesimo fenomeno: perciò se si dovesse confermare l'assenza di sostanza economica, sarebbe certamente impossibile affermare la presenza di valide ragioni extrafiscali. L'Agenzia delle entrate sembra appoggiare quest'ultima tesi³⁰³.

²⁹⁸ E. Iascone, R. Michelutti, *Rilevanza transnazionale degli elementi costitutivi dell'abuso del diritto di cui all'art. 10-bis della L. 27.7.200 n. 212*, in L. Miele (a cura di), *Il nuovo abuso del diritto*, Torino, 2016, p. 280.

²⁹⁹ In questi termini M. Procopio, *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4, 2019, p. 1445 e Agenzia delle entrate, ris. 25-07-2017, n. 98/E.

³⁰⁰ Sono concordi in tal senso G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., pp. 131-132 e A. Contrino, A. Marcheselli, *Le valide ragioni extrafiscali, non marginali*, cit., p. 24.

³⁰¹ Si veda L. Miele, *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, cit., p. 130 ss.

³⁰² Segue questa tesi M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, cit., pp. 9-10.

³⁰³ Cfr. Risposta a interpello dell'Agenzia delle entrate, del 8 ottobre 2018, n. 30 e Risposta a interpello del 23 agosto 2019, n. 341.

2.4. Il rapporto tra l'art. 10-bis del d.lgs. 212/2000 e la clausola anti-abuso della Direttiva ATAD.

Nella fase successiva all'elaborazione di una clausola giurisprudenziale di abuso del diritto, il legislatore europeo ha deciso di recepire l'indirizzo dato dalla Corte di giustizia e per il tramite della Direttiva 2016/1164 del 12 luglio 2016 (c.d. *Anti Tax Avoidance Directive* – ATAD)³⁰⁴, ha presentato degli strumenti volti a fornire un minimo comune denominatore, che gli Stati membri devono rispettare nel contrastare le pratiche di abuso o elusione fiscale e per garantire un'imposizione efficace nel territorio UE. L'art. 6 della Direttiva contiene una clausola generale antiabuso (c.d. GAAR), il cui obiettivo era quello di superare il rischio di disallineamenti legislativi, nell'attuazione dei principi dell'ordinamento europeo, in tema di elusione e abuso del diritto³⁰⁵. Il nostro sistema fiscale, come ampiamente approfondito in questa trattazione, era già dotato di una clausola generale; si è così posto un problema di coordinamento con la disposizione europea³⁰⁶. Innanzitutto, l'ambito di applicazione (perlomeno dal lato soggettivo) dell'art. 6 è più ristretto rispetto a quello della normativa

³⁰⁴ La Direttiva è stata emanata seguendo i criteri direttivi elaborati in sede OCSE con il Progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Obiettivo del Progetto è quello di combattere la pianificazione fiscale aggressiva impiegata dai gruppi multinazionali, proponendo un blocco di 15 azioni per il coordinamento della legislazione fiscale in ambito internazionale. Per approfondire il tema si veda R. Rizzardi, *Con la convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*, in *Corr. Trib.*, n. 3, 2017, p. 223; F. Antonacchio, *Pianificazione fiscale aggressiva nell'era post-BEPS*, in *Il fisco*, n. 9, 2020, p. 854; L.U. Cavelti, C. Jaag, T.F. Rohner, *Why Corporate Taxation Should Mean Source Taxation: A Response to the OECD's Actions against Base Erosion and Profit Splitting*, in *World Tax Journal*, 2017, pp. 352-390; C. Hji Panayi, *Advances issues in international and European tax law*, Bloomsbury Publishing, 2015, p. 47 ss; AA.VV., *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, Amsterdam, 2015.

³⁰⁵ La clausola si compone di 3 commi: “1. *Ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte.* 2. *Ai fini del paragrafo 1, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica.* 3. *Quando le costruzioni o una serie di costruzioni sono ignorate a norma del paragrafo 1, l'imposta dovuta è calcolata in conformità del diritto nazionale*”.

³⁰⁶ Precedentemente, in sede comunitaria si era intervenuti con diverse direttive indirizzate a reprimere specifici fenomeni elusivi. Si pensi alla Direttiva del Consiglio 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune per le operazioni straordinarie, che all'art. 11 dettava una norma antiabuso; vi è poi l'art. 5 della Direttiva 2003/49/CE, riguardante la disciplina fiscale armonizzata relativa a pagamenti di interessi e canoni, anch'esso contenente una clausola anti-elusiva. Infine si può ricordare l'introduzione di una disposizione espressamente volta alla repressione di fenomeni abusivi attraverso la modifica con Direttiva del Consiglio 2015/96/UE dell'art. 1, par. 2-3, della Direttiva 2011/96/UE (c.d. Direttiva madre-figlia) sul regime fiscale dei dividendi distribuiti a società figlie. Cfr. G. Escalar, *Per una rilettura critica della nozione unionale di abuso del diritto fiscale*, in *Corr. Trib.*, n. 3, 2019, p. 291 e R. Baboro, *Le declinazioni della clausola generale antiabuso nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Riv. Dott. Comm.*, fasc. 1, 2023, p. 165.

nazionale: si applica solamente ai contribuenti che sono assoggettati a imposta sulle società in uno Stato membro, escludendo perciò tutte le persone fisiche e le società che usufruiscono del regime della tassazione per trasparenza. Sotto il profilo oggettivo l'ambito di applicazione è invece molto più ampio, applicandosi non solo ad operazioni intracomunitarie o interne a uno Stato membro, ma anche a situazioni negoziali che vedono come controparte paesi terzi. La nozione eurounionale si basa su due presupposti: lo scopo (principale o uno degli scopi principali) di ottenere un vantaggio fiscale in contrasto con la finalità o l'oggetto della normativa applicabile; la non genuinità dello schema negoziale.

Nel primo presupposto della GAAR europea si inglobano un test soggettivo e un test oggettivo. Il test soggettivo raggiunge un esito positivo con la prova del perseguimento da parte del contribuente di un vantaggio fiscale come scopo principale, o uno degli scopi principali (escludendone quelle operazioni in cui la realizzazione di un vantaggio fiscale è semplicemente accessorio), mentre il secondo test è indirizzato verso l'individuazione della *ratio* di una o più disposizioni specifiche che si assume violata³⁰⁷.

A primo impatto, i tratti distintivi dell'abuso in ottica interna³⁰⁸ possono riscontrarsi nei summenzionati presupposti, motivo per cui il legislatore ha deciso di non recepire la disciplina³⁰⁹. Senonché, è possibile notare alcuni punti di distacco soprattutto sotto l'aspetto terminologico, su cui è doveroso porre l'attenzione.

Ci si riferisce in particolare alla mancata inclusione dei requisiti della sostanza economica (che è sostituito dalla "*costruzione non genuina*") e dell'essenzialità del risparmio fiscale come formulati nell'art. 10-*bis*. Per quel che riguarda l'essenzialità dei vantaggi fiscali indebiti, la Direttiva ATAD adotta una definizione di abuso più chiara, richiedendo solamente che il risparmio fiscale debba rappresentare lo scopo principale, o uno degli scopi principali, dell'operazione. Come si è già detto, l'aggettivo "essenziale" al contrario ha generato non pochi problemi sul suo inquadramento in termini concreti,

³⁰⁷ L. Bonfanti, *Riflessioni, a partire da Assonime, sul recepimento della clausola generale antiabuso dell'ATAD*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 6, 2019, p. 26.

³⁰⁸ Per cui si veda *supra*.

³⁰⁹ In senso analogo A. Marcheselli, S.M. Ronco, *La formulazione dell'abuso del diritto contenuta nella Direttiva europea*, in *Corr. Trib.*, n. 7, 2017, p. 525 e F. Gallo, *L'abuso del diritto nell'art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE e nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente: confronto fra le due nozioni*, in *Rass. Trib.*, n. 2, 2018, p. 271.

richiedendo un *quid pluris* rispetto allo scopo principale³¹⁰. L'assenza del riferimento alla sostanza economica (che era compresa nella proposta di Direttiva presentata dalla Commissione) è giustificata da una scelta metodologica volta ad evitare le incertezze generate da principi sostanzialistici³¹¹: si sarebbe verificato un accorpamento dei due test contenuti nella clausola se si fosse stabilito che scopo della normativa fosse quello di tassare l'operazione sostanziale, e non quella formale. Il riferimento alla non genuinità della costruzione, al contrario, non parrebbe determinante per rendere necessaria una modifica dell'art. 10-*bis* nella menzione dell'"assenza di sostanza economica". Entrambe le disposizioni difatti hanno alla loro base l'intento di ricomprendere nella nozione di abuso quelle operazioni che sono prive di valide ragioni commerciali e che si discostano da normali logiche di mercato³¹².

D'altro canto, secondo una riflessione di autorevole dottrina, la norma comunitaria – nel definire la non genuinità dell'operazione come una costruzione che non rispecchia la realtà economica – ha comunque lasciato uno spazio di libertà ai legislatori nazionali, consistente nel potere di regolare in maniera distinta fenomeni abusivi in quanto solamente apparenti, simulati, e comportamenti che non rispecchiano la realtà economica, ma non simulati. Nel nostro ordinamento il legislatore ha abbracciato questa distinzione, sanzionando in modo distinto le condotte simulatorie (e quindi fraudolente) e le condotte che comportano un abuso del diritto fiscale ex art. 10-*bis*³¹³. Infine, secondo Assonime, l'art. 10-*bis* costituisce un regime antesignano dell'art. 6 della Direttiva ATAD, con sfumature lessicali diverse, ma con i medesimi parametri alla base, motivo per cui non sarebbe stato necessario un intervento di riforma della disposizione nazionale³¹⁴. Sembrerebbe dunque che la disposizione interna sia conforme alla GAAR adottata dal legislatore europeo, senza

³¹⁰ A. Cimelli, *L'armonizzazione (e il ravvicinamento) fiscale tra lo "spazio unico europeo dell'iva", la direttiva del consiglio "contro le pratiche di elusione fiscale" e l'abuso del diritto*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4, 2018, p. 1397.

³¹¹ L. Bonfanti, *Riflessioni, a partire da Assonime, sul recepimento della clausola generale antiabuso dell'ATAD*, op. cit., p. 26.

³¹² A. Marcheselli, S.M. Ronco, *La formulazione dell'abuso del diritto contenuta nella Direttiva europea*, op. cit., p. 525.

³¹³ F. Gallo, *L'abuso del diritto nell'art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE e nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente: confronto fra le due nozioni*, cit., p. 271.

³¹⁴ Assonime, circolare n. 27/2018. Dello stesso avviso G. Zizzo, *La clausola generale antiabuso*, cit., p. 45.

dimenticare però che il divieto di abuso del diritto, come configurato nella giurisprudenza europea³¹⁵ e nella Direttiva ATAD, comprende sia fenomeni propriamente elusivi, sia condotte che rientrano invece nello spettro dell'evasione fiscale (in cui rientrano le ipotesi di condotte simulatorie e di interposizione fittizia)³¹⁶.

2.5. La *General Anti Avoidance Rule* negli ordinamenti internazionali

La clausola generale antiabuso dell'ordinamento comunitario non costituisce un *unicum* nel panorama internazionale. Nonostante sia pratica comune, sia nei paesi di *civil law* che in quelli di *common law*, affidarsi alle *Special Anti Avoidance Rules* (c.d. SAAR), ovvero sia disposizioni antielusive particolari, il cui ambito applicativo è limitato a casi specifici, in ogni sistema legislativo è venuto alla luce un problema comune: non è possibile anticipare e regolare ogni situazione concreta attraverso una normativa *ad hoc*³¹⁷. Entrano così in gioco le GAAR, che mirano a disconoscere tutte quelle operazioni non astrattamente previste da norme antielusive particolari, attraverso una formulazione più o meno generale³¹⁸, elaborata in sede giurisprudenziale o legislativa (a seconda del tipo di ordinamento in cui ci si trova). La previsione di una clausola antiabuso generale è contemplata anche in ordinamenti ben distanti dal nostro, come per esempio in India, dove,

³¹⁵ Cfr. AG M. Bobek, Conclusioni, causa C-251/2016, c.d. *Cussens*, punto 28; AG J. Kokott, Conclusioni, causa C-116/16, c.d. *T Danmark*, punto 52; Corte di Giust., 12-09-2006, causa C-196/04, c.d. *Cadbury Schweppes*.

³¹⁶ A supporto di questa tesi: L. Bonfanti, *Riflessioni, a partire da Assonime, sul recepimento della clausola generale antiabuso dell'ATAD*, op. cit., p. 26; F. Gallo, *L'abuso del diritto nell'art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE e nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente: confronto fra le due nozioni*, cit., p. 271; G. Falsitta, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in Riv. Dir. Trib., n. 1, 2017 1, p. 707 ss.

³¹⁷ In T.P. Ostwal, V. Vijayaraghavan, *Anti-Avoidance Measures*, in National Law School of India Review, V. 22, 2010, p. 74, viene citato il *Justice Murphy in Federal Commissioner of Taxation v. Hancock*, 1961, secondo cui “*The resource of ingenious minds to avoid revenue laws has always proved inexhaustible and for that reason it is neither possible nor safe to say in advance what must be found [...]*”.

³¹⁸ La genericità delle GAAR è stata oggetto di diverse contestazioni di fronte alle autorità giurisdizionali nazionali, sulla base di una presunta violazione della certezza del diritto e del principio dello Stato di diritto. In Polonia, come riportato da K. Lasinski-Sulecki, W. Morawski & E. Prejs, *General Principles of Law and Taxation*, in Review of European and Comparative Law, 2022, p. 92 ss., il Trybunał Konstytucyjny (Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia) nella pronuncia K 4/03, Journal of Laws 2004, No. 122, item 1288, ha fissato i criteri da seguire per poter introdurre una GAAR. Secondo il Tribunale, affinché il legislatore possa introdurre una clausola generale antiabuso, bisogna rispettare il “*rule of law principle*”. Il principio non è rispettato se la formulazione della previsione legale genera incertezza in capo ai destinatari (con riguardo ai loro diritti e doveri) a causa della sua vaghezza e imprecisione, tale per cui si concede alla autorità fiscali uno spazio applicativo talmente ampio da assumere il ruolo di legislatore di fatto.

anche grazie al *Vodafone case*³¹⁹, nel 2017 è divenuta efficace la clausola generale antiabuso contenuta nell'*Income Tax Act* del 1961. La clausola si basa sulla dottrina della prevalenza della sostanza sulla forma, secondo la quale ad assumere importanza, per determinare la reale intenzione delle parti, è la volontà di porre in essere un'operazione per conseguire vantaggi fiscali, indipendentemente dalla legge formalmente applicabile³²⁰. Gli indici sintomatici a cui prestare attenzione sono quattro: 1) l'operazione prevede diritti e obblighi che si escludono a vicenda; 2) l'accordo porta all'abuso o all'uso improprio di una previsione di legge; 3) l'operazione non è economicamente conveniente; 4) l'accordo non è stato raggiunto in modo legittimo.

Sempre sul versante asiatico, la Legge della Repubblica Popolare Cinese sull'imposta sul reddito delle società – divenuta efficace nel 2008 – contiene, all'art. 47, una clausola antiabuso generale. La disposizione presenta caratteri essenzialmente generici, limitandosi ad affermare che l'autorità fiscale è autorizzata a rettificare, seguendo criteri di ragionevolezza, una costruzione realizzata da un'impresa, se questa non manifesta alcuno scopo economico ragionevole (e sempre che si tratti di un evento fiscalmente rilevante). Una simile formulazione è rintracciabile anche nell'articolo 8, paragrafo 1, sottoparagrafo 3 della Legge sull'imposta sul reddito individuale, introdotto con la riforma del sistema fiscale cinese del 2018. L'ingresso nell'ordinamento cinese di una GAAR è stato dettato dalle medesime ragioni già esposte in precedenza: è impossibile per il legislatore emanare una

³¹⁹ N. Hegde, H. Mathruia, *The Vodafone case looking back, looking ahead*, in *Corporate Business Taxation Monthly*, 13, 2012, pp. 15-44, analizzano in maniera approfondita il *Vodafone International Holdings BV v. Union of India* (2012), che è forse il più importante precedente giurisprudenziale in materia fiscale indiana. La controversia si basava sulla contestazione dell'IRA (*Indian Revenue Authorities*) per il pagamento della *withholding tax* sulle plusvalenze realizzate con l'acquisto di partecipazioni in una società residente in India da parte di un'impresa olandese (la legislazione indiana statuisce che un contribuente residente è tenuto al pagamento della *withholding tax* per conto dell'acquirente, se quest'ultimo non è residente e la transazione rappresenta un evento tassabile secondo la legislazione indiana). Alla base delle richieste dell'IRA vi era una presunta elusione fiscale, da accertare sulla base delle reali intenzioni sottese alla transazione. La Corte Suprema nella decisione ha tenuto distinto il concetto di transazione realizzata in mala fede – al fine di eludere il pagamento di un'imposta – dal concetto di operazione realizzata in buona fede – al fine di investire nell'economia indiana –, che rientra nel diritto del contribuente alla pianificazione fiscale all'interno della cornice legislativa. La Corte si è pronunciata anche sull'esistenza (ai tempi) di una GAAR nel sistema indiano, affermando che una tale previsione non fosse presente.

³²⁰ Nishka, V. Kumar, *MNCS and Tax Avoidance: GAAR Provision to Override DTAA in Case of Abuse*, in *Indian Journal of Law and Legal Research*, 5, pp. 1-7.

normativa onnicomprensiva di ogni situazione potenzialmente elusiva³²¹. L'indeterminatezza di una norma genera un problema di fondo di non poco conto, dato dal fatto che viene concesso alle autorità fiscali un ampio spazio di discrezionalità nell'interpretazione della norma e nella scelta del “*reasonable method*” per realizzare le rettifiche necessarie³²². Tuttavia, si tratta di una caratteristica necessaria per poter ricomprendere, nel solco della flessibilità e inclusività della clausola, tutte le transazioni non specificamente regolate da norme antielusive. Per limitare l'imprevedibilità e inconsistenza dell'attività interpretativa sarà quindi necessario fornire concretezza alla GAAR: fondamentale per l'interprete sarà riempire i *loopholes* presenti nella formulazione legislativa per il tramite di una regola di esperienza più appropriata alla fattispecie concreta, che permetta di perseguire la giustizia sostanziale. Solamente qualora venga confermata la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'abuso, valutandoli in collegamento con gli specifici eventi in esame, si potrà procedere con la contestazione³²³.

Volgendo lo sguardo oltreoceano, i sistemi fiscali di Canada e Stati Uniti presentano diversi profili di concordanza nell'approccio antielusivo seguito: in entrambi gli Stati un ruolo centrale è riservato alle autorità amministrative e giudiziarie, seppur con delle differenze di cui bisogna tenere conto. In dettaglio, per quanto qui interessa, gli Stati Uniti non hanno mai introdotto una Clausola antiabuso di carattere generale, anche in ragione della complessità e lunghezza delle procedure legislative che caratterizzano l'ordinamento. A partire dal 1935, con il caso *Gregory v. Helvering*, sono stati enunciati (in ambito giurisprudenziale) i percorsi logici necessari per perseguire la lotta all'elusione fiscale³²⁴.

³²¹ J. Tang, *Reconstruction of the general anti-avoidance rule from the perspective of the rule of law*, in *Law Science*, 1(4), 2022, p. 1147.

³²² *Ivi*, p. 1143.

³²³ Per evitare di divagare eccessivamente dalla tematica oggetto della trattazione, per tutte le ulteriori implicazioni riguardanti la GAAR nel sistema della Repubblica Popolare Cinese si rimanda a J. Tang, *Reconstruction of the general anti-avoidance rule from the perspective of the rule of law*, op. cit., pp. 1141-1174.

³²⁴ *Gregory v. Helverin, Commissioner of Internal Revenue, no. 127, Supreme Court, 1935*. Nelle opinioni della suprema corte, viene rilevato che “*When subdivision (B) [della Sezione 112 del Revenue Act of 1928] speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made 'in pursuance of a plan of reorganization' (section 112(g) of corporate business; and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose—*

Due sono le dottrine che hanno assunto rilevanza nella pronuncia in esame: la “*business purpose doctrine*” e la “*doctrine of substance over form*”. Con la prima, si afferma che se una transazione – nonostante la formale conformità con la lettera della Legge – non presenta una finalità commerciale sostanziale differente rispetto all’elusione o alla riduzione della tassazione, è possibile per l’Amministrazione finanziaria disconoscerla; la dottrina della prevalenza della sostanza sulla forma, già menzionata in precedenza, richiede che, agli effetti della legge fiscale, il contribuente sia vincolato alla sostanza economica dell’operazione, ignorandone la forma utilizzata. Sulla traccia dei chiarimenti offerti dalla Sentenza del 1935, diverse dottrine si sono sovrapposte tra loro, non essendo presente un principio cardine cui appoggiarsi per delimitarne la portata applicativa, cosicché le Corti statunitensi, generalmente, stabiliscono quale dottrina applicare solamente dopo aver deciso che una particolare transazione è abusiva³²⁵. L’inserimento del principio del sostanzialismo economico nello “*United States Internal Code*” nel 2010 non ha fermato l’approccio espansivo delle Corti nella ricostruzione di una clausola antiabuso generale. Al contrario, in coerenza con il sistema nordamericano, sono le previsioni legislative a doversi conformare con i principi della *common law*³²⁶. Tanto precisato, va osservato che le operazioni potenzialmente abusive non vengono semplicemente disconosciute sotto il piano degli effetti fiscali, ma, con un approccio non troppo dissimile da quello seguito dal nostro legislatore, vengono riqualificate come operazioni differenti³²⁷.

a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. No doubt, a new and valid corporation was created. But that corporation was nothing more than a contrivance to the end last described. It was brought into existence for no other purpose; it performed, as it was intended from the beginning it should perform, no other function. When that limited function had been exercised, it immediately was put to death. ... The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose”.

³²⁵ B. J. Arnold, J.R. Wilson, *The general anti-avoidance rule part 1*, in *Canadian Tax Journal*, 36(4), 1988, p. 881.

³²⁶ J. Tang, *Reconstruction of the General Anti-Avoidance Rule from the Perspective of the Rule of Law*, op. cit., p. 1163.

³²⁷ B. J. Arnold, J.R. Wilson, *The general anti-avoidance rule part 1*, op. cit., p. 881.

Venendo alle soluzioni adottate dal Canada, è rinvenibile una GAAR nella Sezione 245 dell'*Income Tax Act*, in vigore dal 13 settembre 1998³²⁸. La clausola valuta come elusiva un'operazione che viene realizzata per il perseguimento di uno scopo fiscalmente rilevante, contrastante con la *ratio* della norma applicata. Viceversa, non sono elusive le operazioni attuate in assenza di buona fede per valide ragioni extrafiscali. Quanto ai requisiti che devono essere presenti³²⁹, è necessaria la sussistenza di un vantaggio fiscale proveniente direttamente o indirettamente da una o più operazioni, salvo il caso in cui sussista la buona fede del contribuente che mira a perseguire obiettivi extrafiscali. Elemento centrale è dunque il concetto di buona fede che, come si ricorda, era stato il fulcro del ragionamento che ha portato alla definizione dell'abuso del diritto anche in Italia, come ricostruito dalla Corte di cassazione (Sentenza del 2009, n. 20106). Del resto, la buona fede non basta ad escludere l'elusività di una transazione che, inserita nel contesto di una serie di costruzioni – tutte caratterizzate da buona fede –, persegue comunque un vantaggio fiscale³³⁰. In presenza di motivi sia fiscali che extrafiscali, l'operazione è genuina qualora i secondi prevalgano sui primi.

³²⁸ Precedentemente, molteplici tentativi per reprimere il fenomeno elusivo erano stati esperiti attraverso un approccio casistico, senza però riscontrare successo. Peraltro, le dottrine antielusive elaborate in sede giurisprudenziale si erano dimostrate inadeguate, con le corti che seguivano principalmente il principio derivante dal *Duke of Westminster case*, per cui la responsabilità fiscale di un soggetto deve essere dimostrata sulla base del risultato formale raggiunto da una transazione, senza dover prendere in considerazione i risultati economici o finanziari. Piccoli passi avanti venivano compiuti nella decisione *Stuart* della *Supreme Court of Canada*, 1984, dove vennero messe al vaglio della Corte le varie dottrine antielusive al tempo utilizzate. Nel fare ciò, i giudici fornivano un approccio più elastico nell'interpretazione delle norme, stabilendo che le disposizioni applicabili a una fattispecie concreta potessero essere interpretate anche in un senso non strettamente letterale, ma conforme all'intenzione del Parlamento, all'oggetto e allo schema dell'*Act*. Allo stesso tempo, tuttavia, si rigettava espressamente l'adozione di un *business purpose test* di applicazione generale e si escludeva dall'analisi della Corte la dottrina della *substance over form*, ricusando implicitamente un suo possibile uso in sede amministrativa e giudiziale. Per una panoramica generale sul sentiero seguito dalle Corti canadesi, si veda B. J. Arnold, J.R. Wilson, *The general anti-avoidance rule part 1*, op. cit., pp. 829-887.

³²⁹ Cfr. P. Valente, *Canada*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 12, 2022, p. 24, per l'elencazione delle caratteristiche della clausola generale canadese.

³³⁰ *Ibidem*.

CAPITOLO 3 – LE OPERAZIONI STRAORDINARIE: LA SCISSIONE

Questo capitolo tratterà della nozione di operazioni straordinarie, introducendo la disciplina civilistica e fiscale della scissione nell'ordinamento italiano. Non sarà oggetto di approfondimento l'iter procedurale da seguire nella realizzazione delle operazioni di scissione, non essendo oggetto di questa trattazione la modifica degli assetti societari nel diritto commerciale. Verranno però esposte le varie modalità di ripartizione delle azioni o quote della società scindenda, spesso sindacate dall'Amministrazione finanziaria per disconoscere operazioni abusive dal punto di vista fiscale.

3.1. La nozione di operazioni straordinarie

Nella vita di un'impresa, al fine di rimanere operativi sul mercato e rispettare i requisiti minimi di vitalità dell'impresa, è sempre più frequente l'utilizzo di strumenti civilistici che permettono la riorganizzazione aziendale sotto diversi punti di vista. Si possono distinguere, generalmente, le operazioni di gestione che sono dirette al perseguimento delle finalità istituzionali (che rappresentano l'ordinaria attività d'impresa) e quelle operazioni riguardanti l'esistenza delle imprese, che regolano la loro istituzione, aggregazione, trasformazione, scissione ed estinzione³³¹. Queste ultime prendono il nome di operazioni di gestione straordinaria o operazioni straordinarie. L'espressione deriva dalla dottrina aziendalistica, che ne ha individuato la definizione in tutti quegli atti che non rientrano nella c.d. gestione corrente delle società commerciali³³². Elemento tipico deve rinvenirsi nel carattere tendenzialmente non ripetibile delle stesse dopo la loro effettuazione, a differenza delle attività di gestione ordinaria che sono, di norma, ripetibili³³³. Ancora,

³³¹ M. Mancin, *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, Milano, 2020, p. 1162.

³³² A. Nigro, *Le operazioni straordinarie nel diritto societario*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, Bologna, 2022, p. 20. L'espressione è stata poi fatta propria anche dal nostro legislatore in alcune disposizioni, come l'art. 240, comma 2, lett. c) del Codice della Crisi e dell'Insolvenza (CCI), che all'interno della proposta di concordato fallimentare richiede "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie". Vi è poi il Capo III del codice delle assicurazioni private (D.lgs. 209/2005), che reca la rubrica "vigilanza sulle operazioni straordinarie delle imprese di assicurazione e di riassicurazione".

³³³ Ugo Sòstero, *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, in M. Mancin (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, op. cit., p. 2.

inquadrandolo le operazioni straordinarie nell'ambito delle scelte strategiche compiute da un'impresa, esse rappresentano degli strumenti designati a perseguire uno sviluppo aziendale o per l'attuazione di un ridimensionamento strategico, dovute talvolta da necessità di liquidazione anticipata in presenza di difficoltà insormontabili³³⁴. Seguendo un approccio più metodico si possono distinguere quattro categorie di operazioni straordinarie³³⁵: nella prima rientrano le operazioni di istituzione dell'impresa, che vanno a modificare le finalità istituzionali, l'assetto proprietario e la forma giuridica della società; la seconda categoria ricomprende le operazioni di trasferimento del complesso aziendale, consistenti nella ristrutturazione di un gruppo di imprese e nel mutamento del soggetto a cui fanno capo le decisioni sul governo della società (include le operazioni di fusione, scissione, conferimento di partecipazioni, cessione di partecipazioni, conferimento di azienda, cessione di azienda e affitto di azienda); nella terza categoria rientrano le operazioni di trasformazione finalizzate alla modifica della veste giuridica dell'impresa; infine, vi sono le operazioni di liquidazione, il cui obiettivo è la cessazione dell'attività aziendale e la vendita dell'attivo patrimoniale³³⁶. La mancanza di una definizione legislativa non aiuta di certo a dare una cornice definita al fenomeno; nonostante ciò, può dirsi senza ombra di dubbio che le scissioni (elemento centrale della presente trattazione) rientrano nella definizione di operazioni di gestione straordinaria³³⁷.

³³⁴ L. Potito, *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 11.

³³⁵ Elaborate da Ugo Sòstero, *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, in M. Mancin (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, op. cit., p. 2.

³³⁶ A. Nigro, *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 26, propone un raggruppamento in parte diverso, ripartito in tre insiemi: il primo comprende le “operazioni che incidono sulla struttura patrimoniale della società: trasformazione, fusione, scissione; aumento e riduzione reali del capitale; cessione dell'azienda; acquisto di partecipazioni di controllo o «pericolose»”; nel secondo insieme rientrano le “operazioni che incidono sull'attività della società: cambiamento dell'oggetto sociale; scioglimento anticipato della società”; nel terzo insieme sono infine ricomprese le “operazioni che incidono sullo statuto normativo della società: trasferimento della sede sociale all'estero; listing e delisting; ingresso in o uscita da un gruppo”. Data l'eterogeneità che le operazioni straordinarie possono assumere, M. S. Spolidoro, *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, in Riv. dir. soc., 2019, p. 2, parla di “polimorfismo” delle operazioni straordinarie.

³³⁷ Vengono infatti incluse in tutte le maggiori opere che trattano del tema in esame, fra le quali: M. Mancin, *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, op. cit.; Potito, L., *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, Sesta ed., Torino, 2020; Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit.; Fondazione italiana per il notariato, *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative: atti del convegno*, Milano, 2007.

Per quel che riguarda la variabile fiscale, essa è sempre presente anche (e soprattutto) nella realizzazione di operazioni di questo tipo; l'esistenza di trattamenti fiscali alternativi per ciascuna di queste operazioni rende *ictu oculi* appetibile per il contribuente una scelta dettata anche da criteri di convenienza fiscale. E proprio le finalità fiscali sono state oggetto di numerosi interventi legislativi, volti a contrastare l'utilizzo distorto delle operazioni di gestione straordinaria, sovente concatenate tra loro, e per un altro, a non penalizzare eccessivamente tali forme di riorganizzazione. Nonostante le modifiche introdotte a più riprese dal legislatore (l'art. 10-bis della L. n. 212/2000 ribadisce la "*libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*"), l'Amministrazione finanziaria ha mostrato sempre una forte diffidenza verso le operazioni di carattere straordinario. Su tutte, l'operazione di scissione è stata quella che ha destato maggiori sospetti, anche in virtù della vigenza dell'art. 123-bis del Testo Unico delle imposte sui redditi (d.P.R. n. 917 del 1986), che esplicitamente affermava l'elusività di due situazioni sostanziali (scissione con trasferimento di beni e scissione non proporzionale)³³⁸. L'Amministrazione, infatti, ha continuato a mantenere un atteggiamento diffidente nonostante l'introduzione della clausola generale antiabuso. Alla base di un simile atteggiamento, restio a qualificare come non abusive tali operazioni, vi era la constatazione che, sulla base dei comportamenti normalmente tenuti dai soggetti societari, la scissione era lo schema che (insieme a una serie di attività precedenti, concomitanti o successive) si prestava più facilmente a finalità elusive³³⁹.

3.2. La scissione sotto il profilo civilistico

La scissione rappresenta una delle operazioni straordinarie che incide sulla struttura patrimoniale della società (rientranti nella categoria delle operazioni che comportano il trasferimento del complesso aziendale), attraverso la quale una società "*assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in*

³³⁸ La problematica verrà esposta più chiaramente nel par. 4.1.1.

³³⁹ Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, Milano, 2020, p. 17. Un'inversione di tendenza, tuttavia, è stata osservata con le risoluzioni nn. 97/E del 25 luglio 2017 e n. 98/E del 26 luglio 2017.

tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci”³⁴⁰. La scissione è regolata dagli articoli 2506 a 2506-quater del Codice civile, e rappresenta l’ultimo strumento di riorganizzazione³⁴¹, in ordine di tempo, ad essere introdotto nell’ordinamento interno, attraverso il d.lgs. del 16 gennaio 1991, n. 22 (in recepimento della III e VI direttiva europea)³⁴². L’operazione si innesta nel contesto di una serie di figure in cui a venir meno non è l’organizzazione societaria³⁴³: è la struttura societaria a subire una modificazione (senza soluzione di continuità), e proprio per questo motivo si può parlare di uno strumento di riorganizzazione³⁴⁴. E la riorganizzazione viene estesa, secondo una prospettazione data dalla dottrina³⁴⁵, anche all’investimento nell’impresa, in quanto attraverso la scissione si opera una redistribuzione dell’investimento societario con l’assegnazione delle partecipazioni nelle società beneficiarie direttamente ai soci della scissa (proporzionalmente o non proporzionalmente, a seconda della tipologia di scissione prescelta).

Le motivazioni per la scelta di tale figura possono essere le più varie, fra le quali si possono menzionare quelle di carattere aziendale, relative al vantaggio derivante da una ridotta dimensione aziendale, oppure di carattere puramente riorganizzativo, con l’obiettivo

³⁴⁰ Art. 2506 cod. civ. Anche i principi contabili nazionali redatti dall’Organismo italiano di contabilità (OIC) danno una definizione di scissione, precisamente nell’OIC 4, dove si legge che “*La scissione consiste nella “disaggregazione” del patrimonio della società scissa (o “scindenda”) in più parti, o quote, e nel loro trasferimento ... a più società, preesistenti o neocostituite (società beneficiarie o “scissionarie”), le cui azioni o quote di partecipazione vengono attribuite non alla società scissa (come avverrebbe nel caso di conferimento) bensì ai suoi soci, proporzionalmente o non proporzionalmente alle quote di partecipazione che questi avevano nella scissa*”.

³⁴¹ M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, Milano, 2023, p. 629, ricorda che lo stesso termine “scissione” è derivato dalla lingua francese, che prevedeva già da tempo tale forma di operazione straordinaria.

³⁴² L. Polito, *Le operazioni straordinarie nell’economia delle imprese*, op. cit., p. 215. Inoltre, mentre la direttiva europea prevedeva solamente il caso di scissione totale (in cui la società si estingue dopo il frazionamento del patrimonio attraverso l’assegnazione alle società partecipanti), la disciplina italiana regolava anche il caso di scissione parziale (dove la società scidente non si estingue). Per una visione della dottrina precedente e successiva all’emanazione della riforma si legga *ex multis*: R. Rordorf, *La scissione di società*, in *Le Società*, n. 7, 1989, p. 677; F. d’Alessandro, *La scissione delle società*, in *Rivista del notariato*, 1990, p. 875; G. Oppo, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22. Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 501 ss.; U. Belviso, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p. 521 ss.; M. Maugeri, *L’introduzione della scissione di società nell’ordinamento italiano*, in *Giur. Comm.*, 1991, I, p. 745 ss.

³⁴³ F. Galgano, *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza, 2012, p. 2686, ritrova l’essenza del fenomeno della scissione nella distinzione tra società come atto e società come rapporto. La scissione, così come la fusione, si inserisce nelle vicende relative al rapporto contrattuale; non si realizza l’estinzione del contratto originario dando vita a contratti di società *ex novo*, ma si modifica il primo contratto di società attraverso una ramificazione dei rapporti contrattuali originari.

³⁴⁴ B. Libonati, *Diritto Commerciale: Impresa e società*, Milano, 2005, p. 513.

³⁴⁵ V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 159.

di decentramento o ridefinizione dei confini dell'attività d'impresa. Le stesse finalità fiscali possono essere determinanti per operare una scissione. Ancora, la necessità di diversificare gli investimenti in relazione al contesto competitivo in cui opera la società, attuata attraverso la scissione di singoli rami aziendali; l'esigenza di separare alcune aree di gestione, non in linea con le prospettive realizzative della società madre o addirittura la separazione dei beni immobili utilizzati per l'esercizio dell'attività economica, per recuperare margini di flessibilità e indipendenza³⁴⁶. Si può individuare, allo scopo di una migliore comprensione, una distinzione fra scopi primari e scopi secondari della scissione³⁴⁷: i primi sono quelli orientati alla riorganizzazione dell'impresa e dell'investimento, mentre i secondi rappresentano una specificazione dei primi (fra i quali, senza pretese di completezza, possono rientrare l'obiettivo di separazione del *core business* da attività meramente strumentali o accessorie, la risoluzione di discordie nell'assetto sociale, l'ottenimento di agevolazioni fiscali, il ricambio generazionale).

Con riferimento alla natura giuridica della scissione, si può dire che essa rappresenta una modifica statutaria del contratto sociale e non, come era dibattuto in precedenza, una causa estintiva o costitutiva di società³⁴⁸.

L'ambito soggettivo delle operazioni di scissione è piuttosto ampio, potendovi includere tutte le società lucrative e cooperative, ad eccezione di quelle in liquidazione per cui sia già cominciata la distribuzione dell'attivo³⁴⁹. Genera ancora incertezza la possibilità per le società irregolari di procedere alla presente operazione, in considerazione del fatto che è loro precluso utilizzare le forme di pubblicità legale offerte dal registro delle imprese³⁵⁰. È

³⁴⁶ Le finalità possono essere molteplici, si rinvia a M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 629 e L. Polito, *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, op. cit., pp. 218-220 per un'esposizione più dettagliata.

³⁴⁷ V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 161 ss.

³⁴⁸ Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, Milano, 2020, op. cit., p. 1168. Cfr. anche R. Dini, *Scissioni, Strutture, forme e funzioni*, 2008, Torino, p. 29 ss. Più nello specifico, per F. Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012, p. 24, la scissione è una modificazione statutaria *sui generis*, stante il fatto che il perfezionamento dell'operazione avviene con la stipula e l'iscrizione nel Registro delle imprese dell'atto di scissione e non, come per le altre modificazioni dello Statuto, con la sola iscrizione della delibera dei soci.

³⁴⁹ Art. 2506, comma 4 cod. civ.

³⁵⁰ Così Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1169, richiamando anche Cass. Civ., 21-06-1971, n. 1912 e 11-01-1989, n. 58.

stata aperta la strada della scissione anche agli enti non profit, grazie al Codice del Terzo Settore, contenuto nel D.Lgs. n. 117/2017, che ha introdotto l'art. 42-*bis* cod. civ.³⁵¹.

Al netto delle modifiche apportate nel tempo, che hanno inciso anche sulla terminologia utilizzata dal legislatore per distinguere l'operazione da altre figure finitime³⁵², si identificano normalmente diverse possibilità concrete di attuazione della scissione, sia dal punto di vista della società scissa, che dal punto di vista della/e società beneficiaria/e. È però possibile riportare le varie possibilità concrete di scissione a tre coppie di macrocategorie: (i) la scissione totale e la scissione parziale; (ii) la scissione per incorporazione e la scissione per costituzione (o in senso stretto); e, infine, (iii) la scissione proporzionale e la scissione non proporzionale³⁵³.

La differenziazione più importante, resa palese dallo stesso art. 2506 c.c., è la suddivisione fra scissione totale (o *split up*) e scissione parziale (o *spin off*). Con la scissione totale si realizza l'integrale assegnazione del patrimonio della società che si scinde a due o più società beneficiarie (già esistenti o di nuova costituzione), con estinzione della società scissa. Al contrario, nella scissione parziale non si verifica l'estinzione della società che si scinde, ma si trasferisce solamente una quota del patrimonio a una o più società preesistenti

³⁵¹ La norma, al primo comma, lascia comunque all'autonomia statutaria la decisione sulla possibilità di servirsi di un tale strumento (insieme alla fusione e trasformazione), statuendo che “*Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni*”. È poi disposta l'applicazione delle norme societarie, sempre se compatibili.

³⁵² In particolare, la scissione deve tenersi distinta dalle operazioni di conferimento. Secondo A. Brunoli e M. Mancin, *La scissione*, in Mancin (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, op. cit, pp. 284-285, le differenze sono formali e sostanziali: il conferimento può avere ad oggetto l'unica azienda di una società, mentre non è ammissibile il caso di scissione totale – con conseguente estinzione della società scissa – destinata ad un'unica beneficiaria (potendosi parlare in tal caso di una fusione con incorporazione o al massimo, nel caso di costituzione *ex novo* di una società beneficiaria, di una trasformazione); anche le persone fisiche sono autorizzate a eseguire un conferimento; il valore patrimoniale della società conferente resta sostanzialmente invariato, subendo la sostituzione delle attività conferite con le partecipazioni della società partecipata, mentre nella scissione si ha l'assegnazione definitiva (parziale o totale) del patrimonio, con conseguente variazione del patrimonio sociale (tuttavia, tale considerazione non è del tutto corretta se si va a guardare alla figura novizia della scissione con scorporo, in cui le partecipazioni della beneficiaria sono assegnate direttamente alla società scissa); alla base di una scissione gli interessi economici dei soci sono estremamente rilevanti e possono rivestire un ruolo primario nell'operazione.

³⁵³ G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in G. E. Colombo e G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Settima edizione, 1, Torino, 2004, p. 15.

o neocostituite³⁵⁴ ³⁵⁵. Proprio con riguardo all'estinzione, seguendo il dettato normativo dell'art. 2506, comma 3, cod. civ. (“*la società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione, ovvero continuare la propria attività*”), viene alla luce una distinzione tra il destino della società (con riguardo al rapporto negoziale), per cui è previsto lo scioglimento, e il destino del patrimonio e del rapporto partecipativo che viene assegnato alle beneficiarie, caratterizzato dalla continuità dell'investimento, in quanto meramente riorganizzato: i valori investiti nella società originaria “*vengono destinati a «nuovi» centri di produzione dell'azione, nei quali allora il rapporto partecipativo, anch'esso conseguentemente rinnovato, è destinato a continuare*”³⁵⁶.

La seconda macrocategoria considera il punto di vista delle società beneficiarie, e comprende la scissione per incorporazione e la scissione mediante costituzione di nuove società. Nella prima, le società beneficiarie sono già esistenti nel panorama giuridico, mentre nella seconda vi è una costituzione *ex novo* di una o più società beneficiarie del risultato della scissione. Non sembra possibile, nella scissione mediante costituzione di nuove società, prevedere che alla neocostituita possano partecipare soci esterni, intervenuti al momento della costituzione, rispetto alle società coinvolte nella scissione³⁵⁷. Nella scissione per incorporazione, generalmente, la società beneficiaria è titolare delle partecipazioni nella

³⁵⁴ Secondo F. Galgano, *Commentario compatto al codice civile*, op. cit., p. 2686, la scissione parziale non può riguardare solamente un singolo bene, utilizzandola in modo alternativo alla vendita dello stesso, bensì è necessario trasferire un ramo d'azienda idoneo allo svolgimento di attività economica, anche in vista di una potenziale qualificazione abusiva. Come si vedrà in seguito, tale prospettiva è stata smentita dalla stessa prassi amministrativa dell'Agenzia delle Entrate, che ad oggi ammette la scissione riguardante un singolo bene sociale, purché non ricorrano i requisiti dell'art. 10-bis della l. 212/2000. Si veda par. 4.5.1. per un'esposizione più completa della questione.

³⁵⁵ Qualora nella scissione parziale vi fosse una sola beneficiaria, si opererebbe nella sostanza una fusione per incorporazione parziale (M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 634).

³⁵⁶ V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 220.

³⁵⁷ Così il Comitato Notarile Triveneto, nell'orientamento L.A. 30, *Impossibilità di attuare una fusione propria, o una scissione con beneficiaria di nuova costituzione, prevedendo l'ingresso di nuovi soci in sede di costituzione della nuova società*, del 2023. La giustificazione viene trovata nella causa della scissione: essa è un'operazione riorganizzativa delle strutture societarie preesistenti. L'attività di impulso e la predisposizione del progetto è di competenza degli amministratori e non dei soci, con l'atto di scissione che verrà stipulato tra le società preesistenti e senza la partecipazione dei detentori di partecipazioni. Le soluzioni per il subentro di nuovi soci sono comunque molteplici. Il Comitato Notarile ricorda, tra le altre, la possibilità di un aumento di capitale immediatamente successivo alla scissione, la costituzione tra gli estranei di una nuova società che partecipa alla scissione o il loro subentro nelle società preesistenti immediatamente prima rispetto alla stipula degli atti finali dell'operazione.

scissa. Ciononostante, è possibile che sia la scissa a possedere partecipazioni nella beneficiaria, e in tal caso si parlerà di scissione “inversa”.

Nell’ultima categoria figurano la scissione proporzionale e la scissione non proporzionale. Essa concerne la dimensione partecipativa dell’operazione di scissione, in quanto è indirizzata a definire le modalità di distribuzione delle partecipazioni delle società coinvolte nella scissione. La scissione proporzionale delinea tutte le ipotesi in cui si tiene conto, all’esito dell’operazione, delle percentuali partecipative che i soci della scissa detenevano nella stessa, cosicché questi manterranno anche nelle società beneficiarie gli stessi equilibri di potere che caratterizzavano la situazione societaria previgente. Al contrario, nelle scissioni “non proporzionali” – legittimate incidentalmente dall’art. 2506, comma 4, del Codice civile (“*Qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria...*”) – le percentuali partecipative originarie non vengono rispettate, di talché con il compimento dell’operazione i centri di potere risultano destabilizzati. A quest’ultima figura appena analizzata si lega inevitabilmente quella della scissione asimmetrica, dove le partecipazioni nelle beneficiarie spettano solamente ad alcuni soci della società che si scinde, con i soci esclusi che sono “compensati” con l’assegnazione di ulteriori partecipazioni nella scindenda³⁵⁸. Tale forma di scissione è stata introdotta solamente con la riforma del diritto societario del 2003, mentre in precedenza l’ammissibilità era fortemente discussa sia in sede giurisprudenziale che in sede dottrinale³⁵⁹, con il dibattito che verteva prevalentemente sul pregiudizio subito dai soci esclusi, stante l’asserita violazione della parità di trattamento. Le modifiche in sede di riforma dell’art. 2506 hanno consentito di dirimere i contrasti di opinioni sulla legittimità di un tale costruzione, con il comma 2, secondo periodo, che ad

³⁵⁸ In V. Caridi, *La scissione*, in V. Donativi (a cura di), *Trattato delle società*, Torino, 2022, p. 945 ss., la scissione asimmetrica viene definita come scissione “*dissociativa*”, in quanto si realizza una “*separazione della compagine sociale*” che porta alla creazione di una vicenda dissociativa “*rispetto alle componenti soggettive dell’originario sodalizio societario*”.

³⁵⁹ Si veda A. Morano, *La scissione non proporzionale*, in Fondazione italiana del Notariato (a cura di), *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, 2007, che alle note 27 e 29 cita, in senso sfavorevole, tra gli altri, F. Speronello, *La scissione delle società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di assegnazione di quote della scissa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 273 e *Trib. Verona*, 2 dicembre 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 268. In senso favorevole: S. Cali, *Questioni in tema di scissione*, Milano, 2000, p. 73 e C. Caruso, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 175, nt. 74.

oggi afferma che “È consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa”. Ebbene, si rende manifesto il principale elemento di differenziazione fra le due figure: nella scissione proporzionale è “fondamentale che nessun socio sia escluso dalla assegnazione, anche se minima, di partecipazioni in tutte le società risultanti dalla scissione, compresa la scissa”³⁶⁰. Di converso, è necessario che, affinché si parli di “asimmetria” (con conseguente necessità del consenso unanime di tutti i soci), la delibera di scissione preveda la non assegnazione ad alcuni soci delle partecipazioni in una delle società beneficiarie (ricevendo in cambio partecipazioni nella scissa). Non è in ogni caso consentito che il rapporto di cambio comporti un arricchimento o un impoverimento dei soci coinvolti, dovendo in tal caso utilizzare una delle figure offerte dal diritto civile più appropriata³⁶¹.

Tanto precisato, le tre bipartizioni offerte non esauriscono certamente il fiume di definizioni che si può riscontrare in dottrina, ma aiuta a rendere palese la latitudine delle soluzioni offerte dalla disciplina civilistica, che è estremamente vasta. Peraltro, come ricordato *supra*, le tre coppie operano in interrelazione l’una con l’altra, nel senso che esse riguardano tre livelli differenti dell’operazione: la scissione dovrà essere totale o parziale, e allo stesso tempo per incorporazione o per costituzione, e infine si potrà decidere se seguire il modello proporzionale o non proporzionale di assegnazione delle azioni.

Tra l’altro, a rigor di logica, e come puntualmente sottolineato dalla dottrina, solamente la prima coppia (totale-parziale) è necessariamente alternativa, mentre nelle altre due l’alternatività è solo eventuale³⁶².

Rappresentano forme particolari di scissione, con rilevanti e problematici profili fiscali, la scissione “di cassa” (o di sola liquidità) e la scissione “negativa”, con cui rispettivamente si prevede l’attribuzione alle beneficiarie di esclusive risorse finanziarie

³⁶⁰ Comitato Triveneto, *Scissione non proporzionale e scissione asimmetrica - 1° pubbl. 9/08*, in Orientamenti del comitato triveneto dei notai in materia di atti societari, 2011, p. 226.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 163.

(scissione di cassa) ovvero l'attribuzione di un patrimonio netto dal valore contabile negativo (scissione negativa, cioè con le passività che superano le attività)³⁶³.

Un'importante novità è stata quella della "Scissione mediante scorporo", prevista dall'art. 2506.1 cod. civ. (inserito nel Codice dall'art. 51, comma 3, del D. Lgs. 19/2023, in attuazione della Direttiva (UE) n. 2019/2121), con cui una società "*asigna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività*". Come si evince facilmente dalla cennata disposizione, la differenza principale con le tipologie ordinarie di scissione consta nel fatto che con lo scorporo le azioni o quote della beneficiaria sono assegnate direttamente alla società scissa³⁶⁴.

Molto brevemente, il procedimento che dovrebbe essere seguito da un soggetto societario per addivenire a una scissione può essere scomposto in tre fasi³⁶⁵: fase progettuale, fase decisionale e fase esecutiva, cui corrispondono il progetto di scissione, la delibera di scissione e l'atto di scissione. Negli adempimenti preliminari alla scissione si rinvencono inoltre cinque documenti: il progetto di scissione, la situazione patrimoniale, la relazione degli amministratori, la relazione degli esperti e la relazione di stima del patrimonio. Sul solco delle norme previste in tema di fusione, ampiamente richiamate dagli artt. 2506-*bis* e seguenti (mettendo in luce la volontà del legislatore di modellarle quasi integralmente sul procedimento di fusione³⁶⁶), i soggetti chiamati a confrontarsi durante la procedura sono i

³⁶³ Sulla liceità sul piano fiscale di tale forma di scissione sarà dedicata una disamina a parte. Tuttavia, sul versante civilistico, l'Organismo italiano di contabilità nel Principio OIC n. 4 (par. 4.3.3) sostiene che "*è tuttavia ammessa, in accordo con la dottrina, anche l'ipotesi che il valore contabile del patrimonio netto trasferito ad una beneficiaria sia negativo (perché le passività superano le attività) purché però il valore economico sia positivo e si tratti di società beneficiaria già esistente. In questa ipotesi, nel caso della scissione parziale, a seguito del trasferimento la società scissa imputerà a riserva la differenza negativa fra attività e passività dell'azienda trasferita (che per essa costituisce un componente positivo del patrimonio netto)*". Il Comitato dei Notai del Triveneto, nella massima L.E.1 del 2008, include tra i requisiti per la legittimità della scissione negativa anche che la beneficiaria sia preesistente e che la stessa abbia un patrimonio netto positivo capiente, in grado cioè di assorbire il valore contabile negativo della quota di patrimonio ricevuta dalla scissa.

³⁶⁴ La nuova disciplina verrà esaminata nel dettaglio nel corso del capitolo 4.

³⁶⁵ L. Fornaciari, *Profili contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, Torino, 2022, ne descrive quattro, suddividendo il procedimento nella fase informativa, pubblicitaria, deliberativa e conclusiva, Non sembra esserci motivo per non assimilare tale prospettazione alla nostra, considerando che la fase informativa e pubblicitaria corrispondono alla fase progettuale, la fase deliberativa corrisponde alla fase decisionale e la fase conclusiva corrisponde con quella esecutiva.

³⁶⁶ A. Brunoli e M. Mancin, *La scissione*, in M. Mancin (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, op. cit., p. 289.

soci e gli amministratori della società. A tal riguardo, i detentori di partecipazioni possono svolgere un ruolo molto importante nella fase preliminare a quella progettuale, dove occorre (o meglio, sarebbe nella norma) svolgere una vera e propria istruttoria volta a discernere l'effettiva fattibilità dell'operazione e i relativi vantaggi³⁶⁷. Solamente ove l'istruttoria abbia esito positivo l'organo amministrativo procederà alla redazione di un progetto di scissione, *“dal quale devono risultare i dati indicati nel primo comma dell'art. 2501-ter ed inoltre l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie e dell'eventuale conguaglio in danaro”* (art. 2506-bis, comma 1, cod. civ.)³⁶⁸. Il progetto di scissione rappresenta un documento di natura programmatica, pianificatoria e informativa, potendo innanzitutto consentire agli amministratori di porre le basi che porteranno alla definizione dell'operazione e, conseguentemente, di rendere edotti i soci degli aspetti formali e sostanziali che caratterizzeranno la procedura. Il trasferimento delle componenti del patrimonio costituisce elemento fondante della scissione e, secondo la dottrina, per patrimonio deve intendersi *“il complesso di beni e rapporti giuridici facenti capo alla società scissa, indipendentemente dalla loro collocazione nel bilancio della società”*³⁶⁹. Con particolare riguardo ai conguagli in denaro, parrebbe essere consentita la loro previsione solamente per evitare la formazione di resti all'esito dell'operazione³⁷⁰. Come evidente dalla normativa sul tema, non esistono (ad oggi) limitazioni quantitative alle

³⁶⁷ V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., pp. 193-194.

³⁶⁸ L'art. 2501-ter cod. civ., richiamato dall'art. 2506-bis, elenca i contenuti necessari del progetto di fusione: *“1) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione; 2) l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione; 3) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro; 4) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante; 5) la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili; 6) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante; 7) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni; 8) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione”*.

³⁶⁹ Così L. Bertoli e R. Perrotta, *Le operazioni straordinarie: conferimento d'azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, Milano, 2015, p. 730.

³⁷⁰ Orientamento L.A.32 – *Conguagli in denaro* – del 2023 (1° pubbl. 9/08) del Comitato Notarile Triveneto. Non è dunque possibile prevedere un conguaglio in denaro se c'è la possibilità utilizzare un rapporto di cambio che non dia luogo a resti.

scissioni di società, potendo essere legittimamente trasferito anche un singolo bene non configurante un'azienda o un ramo di azienda³⁷¹.

Ai commi 2 e 3 della cennata disposizione vengono poi dedicate le ipotesi in cui dal progetto di scissione non sia possibile desumere i criteri di ripartizione di alcuni elementi dell'attivo o del passivo. Nel caso di scissione totale, il bene dell'attivo controverso sarà *“ripartito tra le società beneficiarie in proporzione della quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse”*; se, al contrario, la scissione è parziale, l'*“elemento rimane in capo alla società trasferente”*. Per gli elementi del passivo è stata trovata una soluzione di favore per i creditori sociali della scissa: nelle scissioni totali responsabili solidalmente saranno tutte le società beneficiarie; nelle scissioni parziali la responsabilità solidale, di tutte le società partecipanti alla scissione, *“è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria”*³⁷². Ciò detto, non è comunque richiesta, per la buona riuscita dell'operazione, l'indicazione esatta dei singoli beni e rapporti trasferiti, rimanendo nella discrezionalità degli amministratori la determinazione dei criteri ritenuti più idonei³⁷³. In ultimo, il progetto deve contemplare *“i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie”* (art. 2506-bis, comma 4). La modalità di distribuzione meno problematica e più diffusa è costituita dall'assegnazione proporzionale delle azioni, dove ai soci della scissa sono destinate percentuali partecipative identiche a quelle detenute prima della scissione. Tuttavia, non esistendo particolari vincoli legali per i criteri di assegnazione, gli amministratori sono liberi di optare per la strada della distribuzione non

³⁷¹ Sul tema, L. Bertoli e R. Perrotta, *Le operazioni straordinarie: conferimento d'azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, op. cit., p. 730, il quale rimanda a M. Amendola, *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 501 e G.B. Portale, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. Soc.*, 2000, p. 488. Anche sul piano fiscale una simile operazione pare legittima, come conferma anche Assonime, nella circolare 20/2017. Tuttavia, per l'Agenzia delle Entrate (per cui, si veda la Risoluzione 97/E/2017), la scissione di singoli beni sarebbe elusiva laddove all'operazione seguisse una cessione delle partecipazioni della società beneficiaria.

³⁷² Senonché, qualora nel progetto venisse omissivo un elemento patrimoniale, potrebbero sorgere problemi con riguardo alla speditezza dell'operazione, derivante anche dal sorgere di controversie fra le partecipanti. Sarebbe per tale motivo preferibile indicare fin dal progetto di scissione la destinazione esatta dei beni appartenenti alla scindenda, comprendendo anche, eventualmente, criteri analitici per la loro individuazione (G. Savioli, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2020, p. 507).

³⁷³ Per G. Scognamiglio, *Scissione: il procedimento e le tutele*, in Di Lorenzo, Mozzarelli, Santagata, Scognamiglio e Terrusi (a cura di), *Operazioni straordinarie. Patrimoni destinati. Liquidazione ed estinzione*, Milano, 2020, p. 323, il progetto dovrebbe comunque consentire di individuare con ragionevole certezza quali siano i beni e i rapporti oggetto di trasferimento.

proporzionale, purché il progetto preveda “*il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l’obbligo di acquisto*”³⁷⁴.

L’apparente chiarezza del dato normativo viene inficiata da un problema comune a molte norme del Codice: l’eccessiva laconicità³⁷⁵.

Predisposto il progetto, questo deve essere pubblicato ad opera dell’organo preposto all’amministrazione di ognuna delle società partecipanti. Ciò può avvenire tramite deposito (per l’iscrizione) nel registro delle imprese del luogo dove ha sede la società scindenda, ovvero mediante pubblicazione sul sito Internet della società, alle condizioni di cui all’art. 2501-ter, terzo e quarto comma³⁷⁶. Deve essere infine rispettato un termine dilatorio di trenta giorni, decorrente dalla data di pubblicazione, per decidere in ordine all’approvazione del progetto, salvo rinuncia al termine da parte dei soci all’unanimità.

L’art. 2506-ter cod. civ. è invece dedicato ai documenti da presentare a corredo del progetto di scissione (messi a disposizione dei soci o dei terzi sul sito *internet* o presso la propria sede), redatti dall’organo amministrativo di tutte le società coinvolte e comprensivi della situazione patrimoniale, della relazione degli amministratori e, se necessario, della relazione degli esperti. Per quel che riguarda la situazione patrimoniale, la norma rimanda all’art. 2501-quater cod. civ., sulla fusione. Il comma 1, affinché venga assicurata la massima fedeltà dei dati, dispone che la situazione patrimoniale debba riferirsi a una “*data non*

³⁷⁴ Cit. art. 2506-bis, comma 4, secondo periodo. È bene sottolineare che, come confermato da G. A. Rescio, *La fusione e la scissione*, in G. Ferri, G.A. Rescio, R. Rosapepe (a cura di), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, III, Milano, 2020, cit., p. 2523 ss., la *ratio* sottesa all’introduzione di questa disposizione rappresenta un punto di incontro tra la tutela del socio dissenziente e quella degli altri soci, concordi nel procedere con l’operazione.

³⁷⁵ L. Bertoli e R. Perotta, *Le operazioni straordinarie - conferimento d’azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, Milano, 2015, p. 723 ss., individua diversi aspetti trascurati dalla norma: innanzitutto, non è fatta espressa menzione delle conseguenze derivanti dalla mancata indicazione dei soggetti obbligati all’acquisto delle azioni dei soci dissenzienti, potendo tale circostanza essere proficuamente rilevata solamente dall’Ufficio del registro imprese, che può respingere l’approvazione del progetto; altra questione lasciata aperta è quella dei soggetti legittimati ad acquistare le partecipazioni, potendo (potenzialmente), stante il silenzio della norma, essere individuati anche in soggetti estranei alla compagine societaria; infine, non viene esplicitata la possibilità del recedente di riferire il proprio dissenso (in ipotesi di “semiproporzionalità”, cioè ipotesi in cui l’assegnazione non proporzionale valga solamente per alcune delle società beneficiarie) a una parte della propria partecipazione, effettuando in tal modo un recesso parziale.

³⁷⁶ L’articolo menzionato impone, come condizione per l’utilizzo di una simile modalità di pubblicazione, l’obbligo di seguire “*modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l’autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione*”.

anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di [scissione] ... è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito internet di questa". In alternativa, continua il comma 2, si può optare per la sostituzione della situazione patrimoniale con il bilancio dell'ultimo esercizio, purché risalga a non più di sei mesi prima dal giorno del deposito o dalla pubblicazione del progetto di scissione³⁷⁷. Gli amministratori delle partecipanti devono osservare, per quanto possibile, le norme relative al bilancio d'esercizio³⁷⁸, potendosi discostare dalle stesse esclusivamente nella nota integrativa, che può contenere informazioni semplificate in conformità al par. 3.5 del Principio contabile 30 sui bilanci intermedi³⁷⁹. Ovviamente, è possibile che – lasciando la possibilità di riferirsi a documenti contabili antecedenti – nel frattempo siano sopravvenuti mutamenti patrimoniali. Con la riforma del D.Lgs. n. 123/2012 dell'art. 2501-*quinquies* cod. civ. è stata presa in considerazione una tale evenienza: sarà onere dell'organo amministrativo segnalare ai propri soci e agli organi amministrativi delle altre partecipanti le modifiche rilevanti degli elementi patrimoniali, attivi e passivi, intervenute tra la data di deposito (o di pubblicazione) del progetto e quella relativa alla decisione sull'operazione³⁸⁰. Il secondo documento richiamato dall'art. 2506-ter è la relazione degli amministratori. Essa deve illustrare e giustificare, sotto il profilo economico-giuridico, il progetto di scissione e i criteri di distribuzione prescelti, con specifica menzione del rapporto di cambio delle azioni o quote e dei relativi criteri di determinazione. Rispetto alla fusione, nelle operazioni di scissione è contemplata anche

³⁷⁷ Per le società quotate in mercati regolamentati, in base al secondo periodo del comma 2 la sostituzione può avvenire anche per la relazione finanziaria semestrale stabilita dalla legislazione speciale, sempreché questa sia riferibile al medesimo periodo temporale di 6 mesi.

³⁷⁸ Il principio OIC 4, parte I, par. 4.1., destina la situazione patrimoniale alla fruizione dei soci chiamati ad approvare l'operazione, ai creditori sociali ed ai terzi interessati. La funzione svolta è "*quella di aggiornare i saldi dei conti dell'ultimo bilancio di esercizio e non viene utilizzata per determinare il rapporto di cambio*" (quest'ultimo contenuto nella relazione degli amministratori). Nel successivo par. 4.1.1., Parte II, il Principio puntualizza che la situazione patrimoniale rappresenta "*un vero e proprio bilancio ordinario infrannuale*", contenente lo stato patrimoniale e il conto economico delle società.

³⁷⁹ Cfr. Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1177, per il contenuto semplificato.

³⁸⁰ Secondo V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 202, nelle norme sulla scissione non è rinvenibile un richiamo esplicito all'art. 2501-*quinquies*, preso in considerazione soltanto per esplicitare quale sia l'organo deputato alla redazione della relazione degli amministratori. Tale riserva non sembra però condivisibile. Al contrario, è proprio l'art. 2506-ter cod. civ. che, al comma 1, stabilisce la redazione della situazione patrimoniale e della relazione degli amministratori "*in conformità agli articoli 2501 quater e 2501 quinquies*". Non sembra perciò esserci motivo per escludere il comma 3 del 2501-*quinquies*, recante l'obbligo di segnalazione, dal richiamo, trattandosi di una vicenda strettamente collegata e immediatamente successiva alla redazione della relazione degli amministratori.

l'indicazione del valore effettivo³⁸¹ del patrimonio netto destinato alle società partecipanti (compresa la porzione rimanente nella scissa, in caso di scissione parziale). Nelle scissioni semplificate una simile indicazione può essere omessa, ma per l'OIC 4 il valore effettivo dovrà comunque risultare dal progetto di scissione o da un suo allegato. Inoltre, stando sempre al Principio contabile n. 4, sarà necessario individuare per ogni attività e passività sia il valore contabile, “*come risulta[n]te nella situazione patrimoniale ex art. 2501-quater del Codice civile*”, sia il valore effettivo, ovvero sia il valore corrente. Il comma 2, secondo periodo, dell'art. 2506-ter menziona anche l'eventualità in cui la scissione sia realizzata con un aumento di capitale sociale con conferimento di apporti diversi dal danaro. In tal caso, gli amministratori dovranno menzionare, se prevista, la relazione di stima redatta ai sensi dell'art. 2343 cod.civ. e il registro delle imprese dove è depositata.

L'art. 2506-ter, terzo comma, dichiara infine applicabili alla scissione le previsioni dell'art. 2501-*sexies* cod. civ. inerente alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio. Come si evince dalla rubrica dell'articolo richiamato (“*Relazione degli esperti*”), alla redazione di questo documento procederanno dei soggetti diversi dagli amministratori, e cioè degli esperti indipendenti iscritti nell'albo dei revisori legali dei conti nominati da ciascuna società³⁸². Questi devono indicare, con riferimento alla congruità del rapporto di cambio: a) i metodi seguiti per la determinazione del rapporto; b) i valori risultanti dall'applicazione dei metodi prescelti; c) un parere sull'adeguatezza dei metodi; d) eventuali difficoltà di valutazione.³⁸³ In caso di parere negativo degli esperti, l'operazione può

³⁸¹ L'OIC 4 dà una definizione di valore effettivo, per cui esso rappresenta “*non il valore del patrimonio netto contabile, bensì il valore del patrimonio “rettificato”, valutando le attività a valori correnti per stabilire quali beni delle società beneficiarie e della società scissa e per quale valore concorrono a costituire la garanzia per i creditori, ai sensi dell'art. 2506- quater, comma 3, del Codice Civile in ipotesi di mancato pagamento dei debiti della società scissa trasferiti alle beneficiarie*”. Dalla determinazione del valore effettivo vanno altresì espunti l'avviamento ed eventuali attività immateriali che non siano trasferibili o insuscettibili di esecuzione forzata, i quali devono ritenersi compresi nel valore dell'azienda considerato per stabilire il rapporto di cambio.

³⁸² Per le partecipanti che vestono la forma di una S.p.a., la nomina sarà vincolata a una designazione del Tribunale del luogo in cui hanno la sede legale; per le partecipanti sono società quotate, dovrà essere nominata una società di revisione sottoposta alla vigilanza della Consob.

³⁸³ La relazione degli esperti svolge una funzione di tutela per i soci, permettendogli di valutare compiutamente l'adeguatezza e la convenienza della scissione in maniera ancora più approfondita (così Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1184 e V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 204).

comunque essere portata a compimento su decisione delle assemblee³⁸⁴. Agli esperti, ex art. 2501-*sexies*, comma 7 è infine affidato un ultimo compito: l'elaborazione di una relazione di stima di cui all'art. 2343 qualora alla scissione dovessero partecipare anche società di persone³⁸⁵ (“*scissione trasformativa progressiva*”³⁸⁶), seguendo le norme dettate in tema di s.r.l. o s.p.a.³⁸⁷. Anche laddove non venga predisposta la relazione degli esperti permane l'obbligo di redigere la relazione di stima, e si ritiene che la competenza permanga in capo agli esperti, rimanendo applicabili anche le altre disposizioni sulla relazione degli esperti³⁸⁸. Seguendo l'impostazione di alcuni autori – rinvenendosi la *ratio* della norma nella garanzia dell'effettività del capitale sociale complessivo risultante dall'operazione – l'ambito applicativo dell'art. 2501-*sexies*, comma 7 è circoscritto alle ipotesi in cui nella beneficiaria, grazie all'assegnazione patrimoniale, vi sia un aumento di capitale o di patrimonio netto³⁸⁹.

La redazione dei documenti informativi qui sopra elencati non è sempre obbligatoria, e può essere evitata al ricorrere di determinate condizioni di legge. Ai sensi del comma 3 dell'art. 2506-*ter*, la situazione patrimoniale, la relazione degli amministratori e la relazione degli esperti non sono richieste se la scissione viene operata mediante costituzione di una (o più) società e il criterio di assegnazione delle azioni sia proporzionale³⁹⁰. È poi consentito ai

³⁸⁴ Il Comitato Notarile Triveneto, (come riportato da Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1184, nota 45), nella massima L.D.2 del 2011, sostiene che in caso di una relazione di non congruità del rapporto di cambio sarebbe possibile approvare l'operazione esclusivamente con il consenso di tutti i soci delle società coinvolte.

³⁸⁵ Secondo G. Scognamiglio, *Scissione: il procedimento e le tutele*, in L. Di Lorenzo, M. Mozzarelli, R. Santagata, G. Scognamiglio e F. Terrusi (a cura di), *Operazioni straordinarie. Patrimoni destinati. Liquidazione ed estinzione*, Milano, 2019, p. 328, la norma costituisce espressione di un principio generale, cioè quello in base a cui ogni volta che la scissione includa una trasformazione devono essere seguite anche le norme dettate per tale ultima operazione.

³⁸⁶ Si ha “*scissione trasformativa progressiva*” nelle ipotesi in cui nell'operazione vengano coinvolte anche società di persone e, all'esito della procedura, risulti almeno una società di capitali.

³⁸⁷ Il Comitato Triveneto dei Notai, nella massima L.A. 13, *Interpretazione del'art. 2501-sexies*, comma 7, c.c., richiamato da G. Scognamiglio, *Scissione: il procedimento e le tutele*, op. cit., p. 328, ritiene infatti applicabili anche le prescrizioni dell'art. 2465 cod. civ., ogni qualvolta alla scissione trasformativa partecipi, in qualità di beneficiaria, una s.r.l.

³⁸⁸ G.A., Rescio, *La fusione e la scissione*, in G. Ferri, G.A. Rescio, R. Rosapepe (a cura di), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2020, p. 2485.

³⁸⁹ V. Caridi, *La scissione*, in V. Donativi (a cura di), *Trattato delle società*, Milano, 2022, p. 1011. Peraltro, sempre secondo la stessa schiera di autori, la norma dovrebbe essere applicata analogicamente anche a quelle scissioni che coinvolgono unicamente società di capitali, ogni qualvolta si presenti un disavanzo da concambio, cioè quando l'aumento di capitale della beneficiaria sia superiore al netto contabile che le è stato assegnato.

³⁹⁰ Con la riforma del 2023 è stato esteso l'esonero anche alle scissioni mediante scorporo. G. Scognamiglio, *Scissione: il procedimento e le tutele*, op. cit., p. 329, sostiene che la *ratio* dell'esonero deriva da due ordini di ragioni: da una parte, per le società di nuova costituzione, non si presenta la necessità di confrontare il loro

soci e ai possessori di strumenti finanziari partecipativi (che forniscono diritto di voto nella delibera sulla scissione)³⁹¹, all'unanimità, di esonerare gli organi amministrativi dalla predisposizione degli stessi documenti per cui è previsto l'esonero legale³⁹².

Il progetto di scissione, le situazioni patrimoniali delle partecipanti, i bilanci di esercizio degli ultimi tre esercizi di tutte le società coinvolte, i documenti illustrativi (ove redatti) e infine le relazioni degli amministratori e del revisore legale, devono essere depositati presso la sede delle società partecipanti alla scissione (o pubblicati sul sito Internet delle stesse), nei trenta giorni che precedono la data designata per la decisione sulla scissione³⁹³. Il progetto deve inoltre essere depositato per l'iscrizione nel Registro delle imprese (o pubblicato sul sito Internet della società).

Si giunge così alla fase decisionale del procedimento, cui è dedicato l'art. 2502 cod. civ. (cui l'art. 2506-ter rimanda espressamente). La decisione avviene ad opera di ciascuna delle società partecipanti con il consenso, salvo clausole statutarie di senso contrario, della maggioranza dei soci per la parte attribuita a ciascuno negli utili (nelle società di persone) ovvero seguendo le norme stabilite per le modificazioni dell'atto costitutivo (nelle società di capitali). Durante questa fase, i limiti alla modificabilità del progetto, stabiliti nel comma 2 della norma, consistono nella possibilità di apportare solamente quelle variazioni che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi. Intervenuta con la riforma del diritto societario del 2003, la norma ha posto fine a quella corrente dottrinale che riteneva impossibile modificare il progetto in sede decisionale³⁹⁴, portando però alla luce nuove problematiche, a partire dalle

patrimonio con quello della scindenda; dall'altra, essendovi assegnazione proporzionale delle partecipazioni, viene esclusa una disparità di trattamento fra i soci, cosicché non è imprescindibile la valutazione sulle porzioni di patrimonio da assegnare alle beneficiarie

³⁹¹ Nell'orientamento L.A.28 – *Diritti dei portatori di strumenti finanziari nei casi di fusione o scissione* – del 2023, il Comitato Notarile Triveneto afferma l'applicabilità dell'art. 2503-bis, comma 1, cod. civ., ai portatori di strumenti finanziari senza diritto di voto sulle fusioni o scissioni. A loro spetterà perciò il diritto all'opposizione, salvo sempre il caso in cui l'assemblea speciale abbia già accettato l'operazione.

³⁹² Art. 2506-ter, comma 4. Ad essere tutelato, per V. Caridi, *La scissione*, in A. Nigro (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 201, è l'interesse informativo dei singoli soci (e dei possessori di strumenti finanziari partecipativi), che hanno un vero e proprio diritto di veto all'omissione delle informazioni illustrative.

³⁹³ Art. 2501-septies, richiamato dall'art. 2506-ter. Come già detto *supra*, il termine dilatorio può essere rinunciato con il consenso unanime dei soci.

³⁹⁴ In particolare, come riportato da V. Caridi, *La scissione*, in V. Donativi (a cura di), *Trattato delle società*, op. cit., p. 1017, nota 394, si schieravano per la immutabilità del progetto P. Lucarelli, *La scissione di società*, Torino, 1999, p. 362 ss.; M. Stella Richter, *In tema di modificabilità del progetto di fusione in sede*

finalità alla base della scelta legislativa di limitare espressamente la modifica del progetto³⁹⁵. Si deve ritenere che i limiti che si possono incontrare nelle modifiche salvaguardino, per i soci, la neutralità economica dell'operazione (tutelata con il presidio della congruità del rapporto di cambio) e, per i terzi, le tutele garantite ai creditori per l'opposizione alle decisioni lesive delle proprie ragioni³⁹⁶.

Con il rinvio dell'art. 2506-*ter* agli articoli 2502 e 2502-*bis* cod. civ., la fase decisionale è sostanzialmente identica a quella della fusione. La delibera, con l'approvazione del progetto, viene presa da ciascuna delle società partecipanti con le dovute maggioranze già ricordate. Se si tratta di scissione con costituzione di nuove società, dovranno essere approvati anche l'atto costitutivo e lo statuto delle beneficiarie. Per converso, sulle beneficiarie preesistenti incombe il dovere di approvare l'aumento di capitale sociale. La deliberazione dovrà essere depositata entro trenta giorni, decorrenti dalla data della decisione, nel Registro delle imprese.

Per la stipula dell'atto di scissione occorrerà attendere almeno sessanta giorni³⁹⁷ dall'ultima iscrizione, termine previsto per permettere ai creditori di presentare opposizione all'operazione³⁹⁸.

assembleare di approvazione, in Giust. civ., 1993, I, p. 794; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 765.

³⁹⁵ V. Caridi, *La scissione*, op. cit., p. 1017, critica la tesi di chi – come P. Lucarelli, *La scissione di società*, cit., p. 368 s. e G. Rescio, *La fusione e la scissione*, cit., p. 2594 ss. – sosteneva che ad essere tutelate fossero le esigenze informative dei soci e dei terzi. Al contrario, secondo l'autore, la *ratio* deve ritrovarsi nella necessità di porre una barriera alle modifiche del progetto al di là di quanto necessario. Sarebbe quindi compito degli amministratori, facendo ripartire il procedimento dalla fase progettuale, attuare quelle modifiche che si pongono al di là dello strettamente necessario.

³⁹⁶ *Ibidem*. Secondo G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, *Codice civile commentato*, Milano, 2012, a non essere modificabili sono, segnatamente, il conguaglio in denaro (se previsto) e il rapporto di cambio.

³⁹⁷ Ex art. 2503 cod. civ., il termine può essere ignorato qualora tutti i creditori delle società partecipanti prestino il consenso all'operazione. Se non è presente il consenso di tutti, si può comunque procedere alla stipula dall'atto di scissione con il pagamento o il deposito in un conto bancario delle somme corrispondenti. In ultimo, è possibile procedere anzitempo se la relazione degli esperti, redatta da un'unica società di revisione, asseveri che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società non renda necessarie garanzie a tutela dei creditori.

³⁹⁸ Con l'opposizione si instaura un giudizio ordinario di cognizione, che sospende l'avanzamento del procedimento. Il rischio derivante dalla scissione può consistere (secondo Fimmanò, *Funzioni, forma, effetti dell'opposizione alla fusione*, in *Società*, 1998, p. 433, richiamato da F. Petritaj, *Scissione - L'opposizione dei creditori alla scissione: natura e profili procedurali*, in *Giur. It.*, 2021, p. 637) nel concorso con altri creditori, eventualmente privilegiati, sul patrimonio frammentato dall'operazione. Non essendo possibile valutare *ex ante* quali siano tutti i pericoli in cui possono incorrere i creditori, il legislatore ha optato per il riconoscimento di un diritto di opposizione generale. Sarà poi compito del tribunale competente valutare se sussista effettivamente un rischio concreto di pregiudizio alle ragioni creditizie, dovendo altrimenti, grazie al richiamo all'art. 2445, disporre che l'operazione abbia comunque luogo.

Decorso utilmente il termine, sarà possibile perfezionare l'operazione con la stesura dell'atto di scissione, a cura degli amministratori, e il suo deposito nel Registro delle imprese. La forma dovrà essere quella dell'atto pubblico, con il deposito dell'atto che deve avvenire (sotto la responsabilità del notaio o degli amministratori) entro trenta giorni.

La scissione produrrà i suoi effetti soltanto con il compimento di tutte le iscrizioni nel Registro delle imprese³⁹⁹. Si badi, gli adempimenti pubblicitari devono essere rispettati da ogni società coinvolta (nel rispettivo Registro delle imprese del luogo dove è posta la sede legale)⁴⁰⁰. Nel solco delle garanzie previste *ante* scissione, l'art. 2506-*quater*, comma 3, assicura ai creditori una (seppur limitata) tutela per la frammentazione patrimoniale derivante dall'operazione. In particolare, tutte le società partecipanti (nelle scissioni totali, solo le beneficiarie, mentre in quelle parziali anche la società scissa) rimangono solidalmente responsabili, in dipendenza della quota ottenuta dall'operazione, dei debiti della società scissa rimasti insoddisfatti, nei limiti “*del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto*”. Pur rappresentando una responsabilità sussidiaria⁴⁰¹, il riferimento al “*valore effettivo del patrimonio netto*” rende inopponibili ai creditori l'utilizzo di modalità di riparto strumentalmente orientate dai valori contabili⁴⁰².

3.3. Inquadramento fiscale

Dopo aver introdotto i profili prettamente civilistici dell'operazione di scissione, è giunto il momento di approfondirne la disciplina fiscale. La normativa voluta dal legislatore tributario è principalmente mutuata da quella della fusione. Cionondimeno, e come si esporrà

³⁹⁹ Per mero tuziorismo, si evidenzia che è possibile differire gli effetti della scissione ad una data posteriore rispetto all'ultima iscrizione. Tale opzione è però limitata alle scissioni a favore di società precostituite. Può poi essere prevista la retrodatazione della data dalla quale: le azioni o quote partecipano agli utili; le operazioni delle partecipanti alla scissione sono imputate al bilancio delle società risultanti (art. 2501-*ter* cod. civ., comma 1, nn. 5 e 6). La disciplina fiscale è più restrittiva, dando la possibilità di retrodatazione solamente alle scissioni totali.

⁴⁰⁰ Cfr. L. Bertoli e R. Perrotta, *Le operazioni straordinarie: conferimento d'azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, op. cit., p. 747, dove viene messo in risalto il mancato rimando alla disciplina della fusione dell'art. 2506-*quater*. Secondo gli autori, la scelta legislativa è volta a una migliore valorizzazione delle tipicità della scissione rispetto alle operazioni di fusione.

⁴⁰¹ I creditori potranno soddisfarsi sul patrimonio ricevuto dalle beneficiarie esclusivamente dopo aver escusso preventivamente la società originariamente obbligata. Sulla responsabilità per i debiti tributari si veda *infra*, par. 3.3.2.2.

⁴⁰² L. Bertoli e R. Perrotta, *Le operazioni straordinarie: conferimento d'azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, op. cit., p. 749.

nelle pagine che seguiranno, la frammentazione patrimoniale che si genera da un'operazione come la scissione ha reso necessarie alcune cautele non rinvenibili nella fusione. La volontà di tutelare gli interessi dell'Erario ha portato il legislatore ad adottare un atteggiamento di diffidenza nei confronti del contribuente, ponendo paletti che nel tempo si sono dimostrati sempre più inadeguati di fronte ai principi generali dell'ordinamento tributario. In effetti, malgrado la norma statuisse la neutralità fiscale dell'operazione, in molti frangenti il contribuente arrivava a doversi confrontare con una realtà ben lontana da quella idealmente fissata nelle disposizioni di legge. Sarà adesso dato un breve spazio all'esposizione del trattamento fiscale delle operazioni straordinarie.

3.3.1. Il trattamento delle operazioni straordinarie nella disciplina fiscale

Come facilmente intuibile dall'attenzione particolare che ne è stata data nelle norme civilistiche, le operazioni straordinarie sono caratterizzate da una complessità che non può lasciare il legislatore fiscale indifferente. Non bisogna dimenticare che le variabili in gioco in un'operazione di gestione straordinaria sono molteplici, coinvolgendo più soggetti giuridici, anche di diversa natura, che possono adottare standard contabili tra loro divergenti e constano (generalmente) di più negozi e atti tra loro collegati, ognuno dei quali deve essere attenzionato dall'estensore delle leggi⁴⁰³.

Il D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 (anche, Testo Unico delle Imposte sui Redditi o T.U.I.R.) conferisce dignità legislativa al *genus* delle operazioni straordinarie, a differenza del Codice civile che ne "trascura" la visione d'insieme. I Capi III e IV (che interessano gli artt. 170-181) del Testo Unico sono infatti rubricati, rispettivamente, "*Operazioni straordinarie*" e "*Operazioni straordinarie fra soggetti residenti in Stati membri diversi dell'Unione europea*". Non è un caso che sia proprio la legislazione fiscale a considerare le operazioni straordinarie unitamente. Invero, tutte presentano l'esigenza di raffrontare i valori contabili e quelli fiscalmente riconosciuti prima e dopo il compimento dell'operazione,

⁴⁰³ E. della Valle, *Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Torino, 2018, sottolinea il fatto che oggetto di valutazione sono soprattutto le modalità esecutive delle operazioni straordinarie. L'autore distingue quindi la fiscalità delle operazioni straordinarie in quanto tali e la fiscalità degli atti negoziali che ne consentono l'esecuzione.

rendendo necessaria la distinzione tra operazioni “realizzative” e operazioni “neutrali”. In queste ultime, dette anche operazioni “sui soggetti”⁴⁰⁴ (fra le quali rientrano, per l’appunto, la fusione e la scissione), non c’è emersione di materia imponibile, cioè non c’è alcun realizzo di plusvalenze, verificandosi una continuità di valori fiscali. Al contrario, nelle operazioni realizzative, o “sui beni”⁴⁰⁵ (che ricomprendono le operazioni di cessione d’azienda), può generarsi nuova materia imponibile, comportando la tassazione delle componenti positive che si manifestano all’esito del procedimento. Le operazioni cui è riservato il regime della neutralità fiscale sono, in termini numerici, maggiori rispetto a quelle realizzative. La *ratio* di una tale scelta legislativa può trovarsi, innanzitutto, nei comportamenti dei grandi corpi societari, che tendono a dare preferenza alla circolazione dei beni di secondo grado (le partecipazioni) rispetto alla circolazione dei beni di primo grado (cioè le aziende, i complessi aziendali e i beni che li compongono)⁴⁰⁶; vi è poi una seconda motivazione, di stampo più propriamente agevolativo, consistente nel non voler porre ostacoli di carattere fiscale ad operazioni propriamente “riorganizzative”⁴⁰⁷ (che porterebbero altrimenti i contribuenti a esperire tentativi funambolici, allo scopo di eludere normative tributarie gravose). Secondo una corrente di pensiero minoritaria, l’obiettivo della neutralità tributaria, alla luce del principio di capacità contributiva, è quello di esonerare i contribuenti, che non abbiano ancora monetizzato i plusvalori maturati, dal pagamento di un’imposta, almeno fino a quando le plusvalenze non siano effettivamente realizzate (ad esempio al momento della distrazione dei beni interessati)⁴⁰⁸. Tuttavia, una simile

⁴⁰⁴ M. Beghin, *Diritto tributario – Per l’università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, Milano; Padova, 2020, p. 692, ma la distinzione si deve ad A. Fantozzi, R. Lupi, *Profili fiscali e profili concorsuali*, in G.E. Colombo, G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004.

⁴⁰⁵ M. Beghin, *Ivi*. Si veda però E. della Valle, *Le operazioni straordinarie nell’ordinamento tributario*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 12, dove si constata l’inutilità della suddivisione tra operazioni “sui soggetti” e operazioni “sui beni”, dato che la neutralità non caratterizza più esclusivamente le operazioni “sui soggetti”.

⁴⁰⁶ M. Di Siena, *Variazioni sul tema della neutralità fiscale nelle riorganizzazioni aziendali*, in *Corriere Tributario*, 2012, p. 202.

⁴⁰⁷ *Ibidem*. L’autore è dell’avviso che la neutralità non sia correlata a una dinamica agevolativa, bensì che si tratta di una naturale conseguenza della traslazione da un sistema impositivo di carattere personale a uno di carattere reale, sicché l’imposizione delle plusvalenze latenti sarà rimandata al momento in cui il reddito sia a tutti gli effetti realizzato.

⁴⁰⁸ Cfr. G. Gaffuri, *Diritto Tributario, Parte Generale e Parte Speciale*, Padova, 2016, come richiamato da P. R. Sorignani e A. Rocchi, *Gli atti dispositivi di azienda e le problematiche interpretative sui principi di continuità e di neutralità*, in *Il fisco*, 2017, p. 2049, nota 1.

prospettazione presta il fianco a un'obiezione di non poco conto, e cioè che all'art. 86 del TUIR è espressamente prevista la rilevanza fiscale delle plusvalenze patrimoniali già al momento della loro maturazione, senza che assuma rilevanza la presenza di liquidità necessaria per farvi fronte o che possa essere invocato il principio di capacità contributiva⁴⁰⁹. Di talché, il fondamento logico della neutralità deve necessariamente rinvenirsi in ragioni di coerenza interna dell'ordinamento tributario, allo scopo garantire la continuità dei valori fiscalmente rilevanti dei beni appartenenti all'impresa⁴¹⁰.

Passando a una breve rassegna delle principali operazioni di natura straordinaria, per quel che riguarda la cessione di azienda, questa assume la veste di operazione realizzativa e la sua rilevanza fiscale ha una duplice portata, dal momento che vi sarà la tassazione della (eventuale) plusvalenza per il cedente e al tempo stesso l'individuazione di un valore fiscalmente riconosciuto per l'acquirente. Tralasciando le problematiche relative all'individuazione di una nozione di azienda o ramo di azienda ai fini fiscali⁴¹¹, elemento centrale nella tassazione della cessione di azienda è il corrispettivo pattuito convenzionalmente dalle parti, essendo che la cessione riceverà un trattamento fiscale differente nel caso in cui si abbia una plusvalenza, una minusvalenza ovvero non venga pattuito alcun corrispettivo (e quindi si tratti di cessione a titolo gratuito). Nelle cessioni a titolo oneroso, regolate dall'art. 86, comma 2 del TUIR, la plusvalenza tassabile sarà pari alla differenza tra il prezzo stabilito dalle parti e il valore netto contabile dell'azienda alla data della cessione (o comunque la data in cui si verifica l'effetto traslativo della proprietà). La plusvalenza dovrà essere considerata in modo “unitario”, cioè senza poterla scomporre

⁴⁰⁹ P. R. Sorignani e A. Rocchi, *Gli atti dispositivi di azienda e le problematiche interpretative sui principi di continuità e di neutralità*, op. cit., p. 2049.

⁴¹⁰ G. Ragucci, *Schemi di attuazione della neutralità nelle operazioni straordinarie d'impresa*, in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1391-1392.

⁴¹¹ In merito, recentemente l'Agenzia delle Entrate (Risposta a interpello n. 473/2023) ha precisato che la nozione di azienda deve essere “*intesa in senso ampio, comprensiva anche delle cessioni comprensive di complessi aziendali costituenti singoli rami d'impresa. ... Anche la giurisprudenza di legittimità, nell'evidenziare che l'azienda è un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, individua nell'organizzazione di tale complesso la sua connotazione essenziale (cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., n. 5087 del 5 marzo 2014). ... Alla luce di ciò, i fattori rivelatori dell'esistenza dell'azienda o del ramo d'azienda possono individuarsi nell'organizzazione, nei beni e nel loro fine, ossia per l'esercizio dell'impresa. Questi elementi devono essere funzionalmente legati da un rapporto di complementarità strumentale tale da costituire un unicum destinato all'esercizio dell'impresa*” (cfr. in merito anche la risposta a interpello nn. 81 del 25 marzo 2019 e 466 del 4 novembre 2019).

sulla base dei beni che compongono l'azienda⁴¹². Sono poi previsti regimi speciali/agevolativi per la tassazione della plusvalenza, in base alla natura del soggetto cedente o al periodo di possesso dell'azienda antecedente alla scissione⁴¹³. L'acquirente sarà responsabile in solido per il pagamento delle imposte riferibili all'azienda ceduta, nei limiti del valore dell'azienda⁴¹⁴.

Sempre in tema di azienda, la disciplina del conferimento di azienda (o di ramo di azienda) differisce in parte da quella dettata dall'art. 9 del TUIR⁴¹⁵ (che tratta in via generale dei conferimenti in società o altri enti). Al riguardo, in via del tutto eccezionale rispetto al regime realizzativo stabilito per i conferimenti, l'art. 176 del TUIR, al comma 1, fissa la neutralità del conferimento di azienda: *“I conferimenti di aziende effettuati tra soggetti residenti nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese commerciali, non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze”*, a condizione che il soggetto conferente assuma,

⁴¹² Sul punto cfr. E. Zanetti, *La tassazione della plusvalenza da cessione d'azienda - Disciplina generale e casi particolari*, in *Il Fisco*, 2010, p. 1617.

⁴¹³ Si tratta dei regimi di tassazione frazionata ex art. 86, comma 4 del TUIR e della tassazione separata prevista per gli imprenditori individuali. Per un approfondimento, si veda in merito Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 725 ss.

⁴¹⁴ La responsabilità è limitata alle violazioni commesse nei due anni che precedono la cessione e nell'anno di vendita, comprendendo però anche le violazioni che siano state contestate nel medesimo periodo, anche se relative a periodi più risalenti. La richiesta dell'Ente impositore è però subordinata alla preventiva escussione del debitore principale, ovvero sia il cedente del complesso aziendale. Con intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, è stata fatta chiarezza sulle tutele azionabili dal cessionario in caso di contestazioni mosse verso il cessionario senza aver escusso preventivamente il cedente. Più nello specifico, con Sentenza del 16 dicembre 2020, n. 28709, i giudici di legittimità hanno statuito la possibilità per il cessionario di *“contestare l'obbligo tributario del cedente e il titolo formatosi nei suoi confronti, ma anche il presupposto della propria obbligazione, ossia il contratto di cessione, e può far valere la natura sussidiaria della propria responsabilità ... v'è l'interesse dell'obbligato a paralizzare il diritto del creditore di agire in via esecutiva, facendo leva sulla sussidiarietà della propria obbligazione (in termini, Cass. 15 luglio 2005, n. 15036 e 14 novembre 2011, n. 23749)”*.

⁴¹⁵ Al comma 2, secondo periodo, l'art. 9 statuisce che *“In caso di conferimenti o apporti in società o in altri enti si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti”*. Al comma 5 viene invece stabilito che *“Ai fini delle imposte sui redditi le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso valgono anche per gli atti a titolo oneroso che importano costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento e per i conferimenti in società”*.

“quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita ...”⁴¹⁶⁴¹⁷.

Proseguendo con la presente trattazione, anche per la trasformazione sono contemplate prescrizioni distinte a seconda che si tratti di trasformazione omogenea o eterogenea⁴¹⁸. Similmente a quanto previsto per la fusione e la scissione, la trasformazione omogenea di società non è operazione realizzativa, non costituendo “realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni”⁴¹⁹. Nelle trasformazioni eterogenee invece, come regolate dal Testo Unico delle Imposte sui Redditi, sono lasciati fuori alcuni enti che, da una prospettiva puramente civilistica, rientrerebbero in tale categoria (quali, segnatamente, le società consortili e le società di mutua assicurazione). Trattandosi di operazioni realizzative, le trasformazioni di società soggette ad IRES in enti non commerciali generano plusvalenze in base al valore normale dei beni che non sono confluiti nel complesso aziendale dell'ente risultante dall'operazione. *Mutatis mutandis*, la trasformazione dei suddetti enti in società soggette ad IRES determina l'applicazione dell'art. 9 del TUIR, in tema di conferimenti, rendendo tassabili le plusvalenze riferibili a beni che non rientrano nel complesso aziendale dell'ente *ante* trasformazione.

Tra l'altro, per alcune operazioni di trasformazione, è dibattuta la neutralità dell'operazione a prescindere dall'omogeneità o eterogeneità della stessa. Il riferimento è, in particolare, oltre che per la trasformazione da società di capitali in società semplici⁴²⁰, a

⁴¹⁶ Cfr. I. Bisinella ed E. Artuso, *Brevi note tributarie in tema di “azienda” e “conferimento”: sulla configurabilità, quale “ramo”, di un compendio di beni costituito prevalentemente da partecipazioni, oggetto di trasferimento*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2023, p. 432, che, nel definire il regime di neutralità del conferimento di azienda come “*biosospensivo*”, danno una visione puntuale del trattamento fiscale riservatogli, soprattutto in virtù degli interventi dell'Agenzia delle Entrate con il Principio di diritto dell'11 maggio 2021, n.10 e della Circolare del 25 settembre 2008, n. 57/E.

⁴¹⁷ Si registra, all'interno della “*Riforma fiscale*” avviata con L. n. 111/2023, all'art. 6, comma 1, lett. f), la previsione di una “*sistematizzazione e razionalizzazione della disciplina dei conferimenti di azienda*”. In attesa di ulteriori sviluppi, si rimanda a G. M. Committeri, *Molte le novità attese per la disciplina del conferimento di aziende e partecipazioni*, in *Il Fisco*, 2023, p. 3574.

⁴¹⁸ Si definisce omogenea la trasformazione in cui una società commerciale si trasforma in altra società, ma di tipo diverso. La trasformazione eterogenea coinvolge invece le società di capitali ed enti diversi da quelli societari.

⁴¹⁹ Art. 170 del D.P.R. n. 917 del 1986. Per G. Savioli, *Le operazioni di gestione straordinaria*, op. cit., p. 71, la neutralità della trasformazione potrebbe essere ricavata anche dagli artt. 86 e 101 del TUIR, i quali stabiliscono l'irrelevanza fiscale di plusvalenze o minusvalenze risultanti da attività valutative.

⁴²⁰ Per cui, secondo l'impostazione datane dalla dottrina e dalla prassi amministrativa, si ritiene che, fuoriuscendo dal regime d'impresa imposto per le società di capitali ai fini IRES, occorre applicare l'art. 86,

quelle ipotesi in cui a trasformarsi sono soggetti la cui qualificazione giuridica è ancora incerta (come nel caso della trasformazione da associazioni professionali in società di capitali⁴²¹).

Tra le operazioni straordinarie neutrali rientrano la fusione e la scissione. La loro neutralità, sia in capo ai soci che in capo alla società, è prevista rispettivamente dagli artt. 172 e 173 del TUIR, per cui l'operazione (di scissione o fusione) non potrà dare luogo né all'emersione di plusvalenze o minusvalenze né al conseguimento di ricavi per i soci delle partecipanti⁴²². Fiscalmente irrilevanti sono altresì le differenze di fusione o di scissione derivanti da annullamento o da concambio (come disposto dal comma 2 degli artt. 172 e 173 del TUIR).

Da ultimo, nella c.d. “*Delega fiscale*” (L. 111/2023), tra i principali criteri direttivi in ambito di operazioni straordinarie, figurano:

- i. La “*razionalizzazione e semplificazione dei regimi di riallineamento dei valori fiscali a quelli contabili*”;
- ii. il “*riordino del regime di compensazione delle perdite fiscali e di circolazione di quelle delle società partecipanti a operazioni straordinarie*”;

comma 1, lettera c) del TUIR, sulla tassazione delle plusvalenze dei beni, relativi all'impresa, assegnati ai soci o destinati a finalità estranee. In merito, si veda la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 26/E del 1° giugno 2016, laddove si specifica che “*ciò è coerente con il principio secondo cui la trasformazione da società commerciale in società semplice e, quindi, il passaggio da un soggetto esercente attività d'impresa ad un altro cui detta attività (per espressa previsione civilistica) è preclusa, non è neutrale dal punto di vista fiscale, ma costituisce un'ipotesi di destinazione dei beni a finalità estranee all'esercizio d'impresa (cfr. circolare 27/E del 2007)*” (in termini, anche Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate, n. 431/2023).

⁴²¹ Esempio è la Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate n. 107 del 12 dicembre 2018, secondo cui, contrariamente a quanto avanzato dagli istanti, la trasformazione di un'associazione professionale in società tra professionisti (nella specie, nella forma di società in accomandita semplice, ma analoghe conclusioni sembrano imporsi nel caso di trasformazione in società di capitali) darebbe luogo – non già ad una “*trasformazione omogenea progressiva*”, “*fiscalmente neutrale*” ex art. 170 del TUIR, bensì – ad una “*trasformazione eterogenea*”, ex art. 171, comma 2, del TUIR, assimilabile ad un “*conferimento di beni*”, e dunque ad un'operazione realizzativa, con conseguente assoggettamento delle “*plusvalenze*” latenti a tassazione, in base al “*combinato disposto degli articoli 9 e 54 del TUIR*”. Per doverosa completezza, va rilevato in ogni caso che, tra i “*principi e criteri direttivi per la revisione del sistema di imposizione sui redditi delle persone fisiche*”, l'art. 5 della Legge “*Delega al Governo per la riforma fiscale*”, n. 111 del 9 agosto 2023, ha fissato, tra l'altro, e per quanto qui rileva, “*la semplificazione e la razionalizzazione dei criteri di determinazione del reddito derivante dall'esercizio di arti e professioni, stabilendo, in particolare*”, “*la neutralità fiscale delle operazioni di aggregazione e riorganizzazione degli studi professionali, comprese quelle riguardanti il passaggio da associazioni professionali a società tra professionisti*”.

⁴²² Al par. 3.3.2. verrà dato ampio spazio allo studio dell'art. 173 del TUIR.

- iii. la “sistematizzazione e razionalizzazione della disciplina dei conferimenti di azienda e degli scambi di partecipazioni mediante conferimento”;
- iv. l’”introduzione della disciplina fiscale relativa alla scissione societaria parziale disciplinata dall’articolo 2506.1 [scissione mediante scorporo] del Codice civile”⁴²³.

3.3.2. La scissione nelle imposte dirette: l’art. 173 del TUIR e la neutralità tributaria

La normativa in materia di scissione è fornita (per l’ambito tributario), come già ampiamente ricordato nei paragrafi precedenti, dall’art. 173 del D.P.R. 917/1986, frutto delle modifiche introdotte con D.Lgs. 344/2003, che ha abrogato contestualmente i dettami dell’art. 123-*bis* TUIR⁴²⁴. Il primo comma è riservato all’enunciazione del principio di neutralità fiscale: “*La scissione totale o parziale di una società in altre preesistenti o di nuova costituzione non dà luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni della società scissa, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento*”. Emerge chiaramente la visione meramente riorganizzativa della scissione, non potendo ricondurre l’operazione nemmeno a un trasferimento a titolo gratuito (che al contrario sarebbe oggetto di imposizione, sia dal lato delle imposte dirette che da quello delle imposte indirette)⁴²⁵. Poiché la neutralità fiscale poggia le proprie radici sulla continuità dell’esercizio di impresa commerciale da parte degli enti interessati (scissa e beneficiaria), non viene garantita l’irrelevanza fiscale delle scissioni che coinvolgono soggetti non esercenti un’attività commerciale⁴²⁶.

⁴²³ Un piccolo approfondimento verrà fatto *infra*, con riguardo alle norme del procedimento di scissione interessate dalla Riforma.

⁴²⁴ L’art. 123-*bis* sarà attenzionato nel par. 4.1.1., concentrando sul carattere fortemente antielusivo di alcune sue disposizioni.

⁴²⁵ M. Di Siena, *La scissione di società*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 211.

⁴²⁶ Nella risposta a interpello n. 309/2021, l’Agenzia delle Entrate, nel richiamare la risoluzione n. 150/E del 9 aprile 2009, ha dato una lettura della norma per cui “... *la scissione societaria deve considerarsi un’operazione fiscalmente neutrale nel solo caso in cui sia la società scissa che la società beneficiaria svolgano attività d’impresa. Tale circostanza non è riscontrabile nell’ipotesi in esame di scissione di una società semplice (in favore di altra società semplice) i cui redditi, non esercitando la stessa un’attività commerciale, non sono considerati redditi d’impresa e sono determinati con le regole previste dal TUIR per le persone fisiche*”. Sul tema, si veda tra gli altri M. Di Siena, *Note sul regime della scissione eterogenea ai fini delle imposte dirette: il caso della scissione cui partecipi una società semplice*, in Riv. Notariato, 2013, p. 869.

Allo stesso modo, sulla scorta del principio della simmetria fiscale⁴²⁷, per le società beneficiarie sono irrilevanti le differenze di scissione⁴²⁸, come si legge nel comma 2, art. 173, per cui “*non si tiene conto dell’avanzo o del disavanzo conseguenti al rapporto di cambio delle azioni o quote ovvero all’annullamento di azioni o quote a norma dell’articolo 2506-ter del codice civile*”⁴²⁹. I maggiori valori imputabili alle differenze di scissione non saranno così imponibili in capo alla beneficiaria, determinando l’emersione di doppi valori, contabili e fiscali. Una deroga al regime di neutralità stabilito per i disallineamenti tra valori contabili e valori fiscali è prevista dal comma 15-*bis* dell’art. 173⁴³⁰, introdotto con la Legge Finanziaria del 2008 (art. 1, comma 46, della L. 244/2007). È infatti ammesso il pagamento di un’imposta sostitutiva – determinata ai sensi dell’art. 176, comma 2-*ter*, del TUIR⁴³¹ – per ottenere l’allineamento dei valori attribuiti ai fini del bilancio con i valori fiscalmente rilevanti⁴³². L’opzione per l’imposta sostitutiva è azionabile solamente nel caso in cui, in

⁴²⁷ Che, come asserito da G. Andreani, A. Dodero, G. Ferranti, *Testo Unico Imposte Sui Redditi*, Milano, 2022, p. 3491, costituisce un diretto corollario del principio di neutralità.

⁴²⁸ Le differenze di scissione si dividono in differenze da concambio e differenze da annullamento. Le prime, rappresentano la differenza tra l’aumento di capitale sociale deliberato dalla beneficiaria nel procedimento di scissione e la quota di patrimonio netto ricevuta in cambio; le seconde, sono date dalla differenza tra il valore contabile delle partecipazioni detenute dalla beneficiaria nella scissa (che saranno annullate al compimento della scissione) e la quota di patrimonio netto ricevuta dalla beneficiaria. Coticché, in caso di valore positivo della differenza, si avrà un disavanzo da concambio (o da annullamento), mentre se la differenza assume valore negativo si avrà avanzo da concambio (o da annullamento). Gli avanzi e disavanzi derivanti dalla scissione, ex art. 2504-*bis* cod. civ., assumono quindi rilevanza solamente contabile. Se si tratta di disavanzi, questi devono “*essere imputat[i], ove possibile, agli elementi dell’attivo e del passivo delle società partecipanti alla [scissione] e ... ad avviamento*”, se si tratta di avanzi devono essere “*iscritt[i] ad apposita voce del patrimonio netto, ovvero quando sia dovuto a previsione di risultati economici sfavorevoli in una voce per fondi rischi ed oneri*”. Le cause giustificative degli avanzi e disavanzi da scissione possono essere molteplici, ma possono comunque essere ricondotte (secondo M. Di Siena, *La scissione di società*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 223) : per i disavanzi, alla differenza (positiva) tra il valore reale dei beni della scissa e il loro valore storico-contabile, sottendendo perciò plusvalori latenti, oppure da una sopravvalutazione dei beni della scissa (o delle partecipazioni nella scissa, per cui non sono state recepite le perdite attraverso una svalutazione), non giustificata da plusvalenze latenti. Gli avanzi possono invece essere giustificati dalla presenza di utili in capo alla scissa, ovvero dalla previsione di perdite future relative ai beni facenti parte del complesso oggetto di scissione.

⁴²⁹ L’articolo continua così “*In quest’ultima ipotesi i maggiori valori iscritti per effetto dell’eventuale imputazione del disavanzo riferibile all’annullamento o al concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società scissa, non sono imponibili nei confronti della beneficiaria. Tuttavia i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all’ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi, i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti*”.

⁴³⁰ “*Il regime dell’imposta sostitutiva di cui al comma 2-ter dell’articolo 176 può essere applicato, con le modalità, le condizioni e i termini ivi stabiliti, anche dalla società beneficiaria dell’operazione di scissione per ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti in bilancio a seguito di tali operazioni*”.

⁴³¹ L’imposta, sostitutiva dell’IRPEF, IRES e IRAP, avrà un’aliquota pari al 12 per cento dei maggiori valori fino a 5 milioni di euro, del 14 per cento per i maggiori valori compresi fra 5 e 10 milioni di euro e del 16 per cento per i valori eccedenti tale ultima cifra.

⁴³² La Relazione alla legge Finanziaria del 2008 ha sottolineato che la finalità dell’imposta sostitutiva è quella di “*ottenere il riconoscimento dei maggiori valori dei cespiti iscritti in bilancio e non [quella di] tramutare la natura dell’operazione da neutrale in realizzativa*”.

sede di scissione, “vengano attribuiti alla società risultante dall’operazione compendi aziendali e non singoli beni”⁴³³.

Per garantire simmetria tra soci e società partecipanti alla scissione, viene assicurata la neutralità anche in capo ai soci, laddove il comma 3 dell’art. 173 statuisce che “*Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società scissa ...*”. I soci, che ricevono – in cambio delle partecipazioni originarie nella scissa – le partecipazioni nelle beneficiarie, potranno così giovare del cambio senza che possa insorgere alcun elemento fiscalmente rilevante. Ciò viene garantito anche qualora non vi sia una sostituzione di partecipazioni, il che avviene (nelle scissioni parziali) quando oggetto di scissione siano le riserve della scissa, che verranno perciò imputate a capitale, con successiva assegnazione di azioni nelle beneficiarie in aggiunta (e non in sostituzione) delle partecipazioni originariamente detenute⁴³⁴. Fondamentale per il riconoscimento della neutralità tributaria sarà l’equivalenza tra il valore fiscalmente rilevante attribuito alle partecipazioni originarie e il valore fiscalmente riconosciuto alle partecipazioni possedute dai soci della scissa *post*-scissione.

La norma fa comunque salva l’eventualità, ove siano previsti dei conguagli in denaro, dell’applicazione degli artt. 47, comma 7, 58 e 87 del TUIR. Scopo di una simile previsione è quello di consentire la formazione di resti, determinata da un rapporto di cambio che non permetta la perfetta conversione dei titoli nella scissa in titoli delle beneficiarie⁴³⁵. Il conguaglio in denaro sarà così tassabile:

- ex art. 47, comma 7 per i soci persone fisiche, assumendo così rilevanza quali redditi di capitale, determinati in base alla differenza fra il conguaglio ricevuto e il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione annullata⁴³⁶;

⁴³³ Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 57/E del 25 settembre 2008. Secondo l’Agenzia, i maggiori valori devono riferirsi solamente ai beni ottenuti per effetto della scissione (ad esclusione, perciò, dei beni facenti già parte del compendio aziendale della beneficiaria). Inoltre, l’affrancamento è possibile anche nel caso in cui la beneficiaria si limiti a recepire i valori come risultanti dal bilancio della scissa, già comprensivi di disallineamenti tra valori contabili e fiscali.

⁴³⁴ Così G. Zizzo, *Le vicende straordinarie nel reddito d’impresa*, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario, Parte Speciale, Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2021, p. 731, che, affidandosi all’art. 47, comma 6, del TUIR, ritiene che la neutralità dell’assegnazione di partecipazioni non sostitutive delle originarie possa essere desunta dalla disciplina sul trattamento fiscale dell’emissione a titolo gratuito di azioni.

⁴³⁵ M. Di Siena, *La scissione di società*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 230.

⁴³⁶ S. Garufi, *I profili fiscali della scissione societaria*, in A. Serra, I. Demuro, F. Avella (a cura di), *Trasformazione Fusione, Scissione*, Bologna, 2014, p. 923.

- ex art. 58, per i soci esercenti un'impresa commerciale, come plusvalenza da alienazione della partecipazione;
- ex art. 87, per i soci esercenti un'impresa commerciale che soddisfino le condizioni stabilite dal medesimo articolo per poter fruire del regime PEX (*participation exemption*).

Per poter meglio precisare le modalità di ripartizione del costo fiscalmente rilevante delle partecipazioni dei soci – *ante* scissione e *post* scissione – occorre tenere conto di due modalità operative, entrambe prese in considerazione dall'Agenzia delle Entrate in tempi differenti. La prima modalità, seguita dall'Agenzia nella circolare n. 98 del 17 maggio 2000, utilizza come base di calcolo il valore netto contabile del patrimonio ricevuto dalla beneficiaria e del patrimonio rimasto nella scissa, giungendo quindi a risultati oggettivi e non indirizzabili da intenti elusivi o discrezionali⁴³⁷. La seconda modalità (contenuta nella Risoluzione n. 52/E del 26 maggio 2015⁴³⁸), per converso, si fonda sui valori effettivi del patrimonio ricevuto dalla beneficiaria e quello rimasto in capo alla scissa. Pur permettendo di pervenire a risultati più vicini alla realtà economica, tale ultima modalità potrebbe divenire oggetto di manovre non sempre lecite da parte dei contribuenti e dell'Amministrazione finanziaria (trattandosi di attività valutativa largamente discrezionale), incrementando in tal modo il contenzioso tributario⁴³⁹.

3.3.2.1. Le posizioni soggettive

Il comma 4 dell'art. 173 è dedicato all'allocazione delle posizioni soggettive collegate al complesso di beni "riorganizzati" con la scissione. La riallocazione delle posizioni soggettive in un'operazione di scissione è differente rispetto alla fusione, posto che i patrimoni risultanti dal procedimento sono frutto di una "divisione" che non permette la loro totale incorporazione. Sorge così il problema della ripartizione delle posizioni

⁴³⁷ Secondo il Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti, *La scissione di società*, Roma, 1996, p. 139, richiamato da M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 712, a favore della soluzione che segue i valori contabili "militano ... i) la circostanza che spesso – anche in operazioni del massimo rilievo – il valore dei patrimoni netti "effettivi" non viene reso noto ai soci; ii) la circostanza che non può escludersi il rischio di una eventuale contestazione da parte del fisco in assenza di una specifica norma in tal senso".

⁴³⁸ "... con riferimento a ciascun socio, la suddivisione del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione originariamente detenuta nella società scissa dovrà rispettare la proporzione esistente tra il valore effettivo delle partecipazioni ricevute in ciascuna società beneficiaria (e della partecipazione che, eventualmente, residua nella stessa società scissa) rispetto al valore effettivo complessivo delle partecipazioni precedentemente indicate (che coinciderà con il valore effettivo della partecipazione detenuta da ciascun socio nella società scissa prima dell'operazione di scissione stessa, salve le ipotesi di concambio sperequato)".

⁴³⁹ M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 713.

soggettive della scissa, anche in virtù di particolari collegamenti delle stesse con specifici elementi patrimoniali. Sicché, viene stabilito che *“Dalla data in cui la scissione ha effetto, a norma del comma 11, le posizioni soggettive della società scissa, ivi compresa quella indicata nell’articolo 86, comma 4, e i relativi obblighi strumentali sono attribuiti alle beneficiarie e, in caso di scissione parziale, alla stessa società scissa, in proporzione delle rispettive quote del patrimonio netto contabile trasferite o rimaste, salvo che trattisi di posizioni soggettive connesse specificamente o per insieme agli elementi del patrimonio scisso, nel qual caso seguono tali elementi presso i rispettivi titolari”*. Il legislatore ha optato per una disciplina – a detta della dottrina maggioritaria⁴⁴⁰ – inderogabile, volta a garantire certezza nella gestione delle posizioni soggettive nelle scissioni e a limitare gli interventi elusivi dei partecipanti⁴⁴¹. Le ipotesi regolate dalla norma sono sostanzialmente due: la scissione totale, dove le posizioni soggettive sono attribuite solamente alle società beneficiarie in misura proporzionale al patrimonio netto contabile ottenuto; la scissione parziale, dove le posizioni soggettive sono destinate alle società beneficiarie e alla società scissa in proporzione al patrimonio netto contabile ottenuto dalle beneficiarie ovvero rimasto in capo alla scissa. Nondimeno, sono escluse dalla ripartizione proporzionale tutte quelle posizioni soggettive *“connesse specificamente o per insieme agli elementi del patrimonio scisso”* (come nel caso delle variazioni fiscali determinate dall’applicazione del principio di cassa, anziché del principio di competenza, per la deducibilità dei compensi degli amministratori), le quali seguono il “destino” dell’attività o passività cui risultano vincolate. Secondo questo criterio, è concepibile una bipartizione delle posizioni fiscali soggettive⁴⁴²: i) le posizioni connesse a singoli cespiti o a rami aziendali, che saranno attribuite alla beneficiaria degli stessi⁴⁴³; ii) le posizioni non connesse ad alcun elemento patrimoniale specifico, che saranno perciò ripartite proporzionalmente⁴⁴⁴. In assenza di una definizione legislativa di “posizione soggettiva”, ci si deve appoggiare a documenti di prassi

⁴⁴⁰ Cfr. Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1251, il quale rimanda a M. Fontani, *Posizioni fiscali soggettive e scissione: una questione non solo tributaria*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 6, 2017, p. 39 ss. e G. Leoni, G. Monteduro, *Le posizioni soggettive nelle operazioni di scissione tra carenze normative e dubbi interpretativi*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, Torino, n. 4, 2015.

⁴⁴¹ G. Andreani, A. Dodero, G. Ferranti, *Testo Unico Imposte Sui Redditi*, op. cit., p. 3500. G. Zizzo, in *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, p. 216, richiama in merito il principio di capacità contributiva, in quanto risulta ragionevole, per un’operazione che coinvolge più soggetti giuridici, distribuire il carico tributario proporzionalmente ai benefici ottenuti dalla scissione.

⁴⁴² Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate, del 31 dicembre 2020, n. 635.

⁴⁴³ Appartengono a tale categoria, segnatamente, il diritto alla rivalutazione di un bene strumentale, l’ammortamento delle aziende in affitto o usufrutto.

⁴⁴⁴ Vi rientrano, ad esempio, le perdite fiscali pregresse, le spese di rappresentanza rateizzate, le eccedenze di ROL (Redito operativo lordo) per la deducibilità degli interessi passivi, i crediti di imposta derivanti da dichiarazioni precedenti.

dell'Amministrazione finanziaria⁴⁴⁵, secondo i quali per posizione soggettiva si deve intendere “ogni situazione giuridica attiva e passiva generata dalla normativa sulle imposte dirette in capo alla scissa”, comprendendo “anche tutte quelle situazioni di potere e di dovere che avrebbero spiegato effetto nell'attività di misurazione del reddito della scissa nei periodi d'imposta successivi alla scissione”⁴⁴⁶. La connessione tra le posizioni soggettive e gli elementi patrimoniali (per l'applicazione della regola in deroga alla proporzionalità) deve essere diretta e attuale, non potendo essere determinata solamente da “ragioni di carattere genetico”⁴⁴⁷. Può dirsi che tale connessione, diretta e attuale, sussista “ogni qualvolta il diritto all'esercizio e al mantenimento della posizione soggettiva sia subordinato al “possesso” dell'asset che ne ha determinato la genesi e vincolato al mantenimento dello stesso”⁴⁴⁸. Sono escluse dall'applicazione del quarto comma dell'art. 173, in quanto regolate dai commi successivi: 1) gli obblighi di versamento degli acconti relativi sia alle imposte proprie sia alle ritenute sui redditi altrui (comma 5); 2) il valore fiscalmente riconosciuto dei fondi di accantonamento della società scissa (comma 6); 3) le rimanenze di beni e titoli ex artt. 92 e 94 del TUIR (comma 7); le riserve in sospensione d'imposta (comma 9); il riporto delle perdite fiscali, degli interessi passivi indeducibili e dell'eccedenza ACE (comma 10); gli obblighi tributari della scissa riferibili a periodi d'imposta anteriori alla data di effetto della scissione (comma 12).

⁴⁴⁵ In dottrina sono numerosi i tentativi di definire il concetto di “posizioni soggettive”, ma spicca tra tutte la prospettazione offerta da M. Di Siena, *La scissione di società*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 226 ss. Viene infatti esaltato il ruolo che il richiamo all'art. 86, comma 4 del TUIR può offrire. Tale norma permette ai soggetti che abbiano realizzato una plusvalenza, in relazione a un bene posseduto per più di tre anni, di rateizzare l'imposta, facendo concorrere il componente positivo nell'anno in cui esso è realizzato e nei quattro periodi d'imposta successivi. Qualora nel corso della rateizzazione intervenga una scissione, si pone lo stesso problema delle posizioni soggettive: chi deve effettuare le variazioni in aumento dell'imponibile fiscale, senza che ciò comporti modifiche a livello contabile? La circostanza che non vi siano relazioni con la situazione contabile, trattandosi di una “vicenda di mera determinazione dell'imponibile”, rende palese in termini positivi (cioè, l'idoneità della posizione soggettiva di manifestare i propri effetti sul piano impositivo) e negativi (cioè, l'assenza di una manifestazione contabile della posizione soggettiva) i tratti unificanti della “posizione soggettiva”, che: a) deve essere preesistente alla data in cui si verificano gli effetti della scissione; b) non risulti contabilmente prima della scissione; c) sia collegata a elementi patrimoniali oggetto di scissione; d) sia connessa ad elementi patrimoniali specifici in maniera diretta e attuale (nel caso di applicazione della regola sussidiaria); e) sia divisibile tra i partecipanti alla scissione.

⁴⁴⁶ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 19 marzo 2002, n. 91/E.

⁴⁴⁷ Risposta a interpello n. 635/2020, cit.

⁴⁴⁸ *Ibidem*. Ancora, M. Fontani, G. Montecchi, *Posizioni fiscali soggettive e scissione: una questione non solo tributaria*, in Amministrazione & Finanza, 2017, pp. 44-45, porta l'esempio di uno *spin-off* immobiliare, a favore di una neocostituita, della parte industriale in relazione alla quale sussistono plusvalenze rateizzate ai sensi dell'art. 84, comma 4, TUIR, sorte con la sostituzione ordinaria di impianti e macchinari. Secondo l'autore, è lecito prevedere l'assegnazione delle plusvalenze e delle posizioni soggettive connesse, purché l'intento delle parti sia genuino e non diretto a ottenere un indebito vantaggio fiscale.

3.3.2.2. Acconti d'imposta, fondi di accantonamento, rimanenze e fondi in sospensione d'imposta

Il quinto comma dell'art. 173 disciplina gli acconti d'imposta e le ritenute sui redditi altrui, che *“restano in capo alla società scissa, in caso di scissione parziale, ovvero si trasferiscono alle società beneficiarie in caso di scissione totale, in relazione alle quote di patrimonio netto imputabile proporzionalmente a ciascuna di esse”*. Il comma 5 si deve ritenere implicitamente abrogato dall'art. 4 del D.L. dell'11 marzo 1997⁴⁴⁹, n. 50, secondo il quale gli obblighi di versamento, comprensivi di quelli relativi agli acconti d'imposta e alle ritenute sui redditi altrui, sono a carico del soggetto estinto fino alla data di efficacia della scissione, mentre per il periodo successivo sono a carico delle beneficiarie.

Il sesto comma regolamenta i fondi di accantonamento diversi dalle riserve in sospensione d'imposta (cui è dedicato il comma 9) e dai fondi tassati⁴⁵⁰. È previsto che il valore fiscalmente riconosciuto di tali fondi si considera come già dedotto dalle società beneficiarie (e dalla scissa nelle scissioni parziali) *“per importi proporzionali alle quote in cui risultano attribuiti gli elementi del patrimonio ai quali, specificamente o per insiemi, hanno riguardo le norme tributarie che disciplinano il valore stesso”*. I fondi di accantonamento seguono, in base al dato letterale del comma 6, un regime affine a quello previsto in via generale dal comma 4 dell'art. 173, dovendo per tale motivo effettuare nuovamente una bipartizione tra fondi connessi a elementi patrimoniali e fondi non connessi, con i primi che seguiranno necessariamente lo specifico elemento o il ramo d'azienda trasferito, mentre i secondi spetteranno alle beneficiarie in misura proporzionata alla quota di patrimonio netto contabile ricevuta.

L'art. 173, comma 7, interessa il trattamento fiscale delle rimanenze e dei titoli iscritti nell'attivo circolante nell'ipotesi di scissione totale retroattiva. In particolare, tali elementi saranno distribuiti secondo le regole del comma 4, *“sommando proporzionalmente le voci individuate per periodo di formazione in capo alla società scissa all'inizio del periodo d'imposta alle corrispondenti voci, ove esistano, all'inizio del periodo medesimo presso le società beneficiarie”*. Perciò, se le rimanenze della scissa corrispondono a quelle della beneficiaria, vi sarà imputazione delle voci della scissa alle corrispondenti voci della

⁴⁴⁹ M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 723.

⁴⁵⁰ I fondi tassati rappresentano degli accantonamenti indeducibili per la scissa, e come tali sono fiscalmente irrilevanti.

beneficiaria all'inizio del periodo d'imposta; se non c'è corrispondenza, sarà necessario costituire nuove categorie omogenee di rimanenze o di titoli in capo alla beneficiaria⁴⁵¹.

Il comma 8 deve essere letto, almeno con riferimento alla lettera a), in collegamento con il comma precedente. La disposizione è riferita ai casi di scissione parziale e di scissione non retroattiva in società preesistenti, stabilendo che i costi fiscalmente riconosciuti sono assunti al valore risultante alla data di efficacia della scissione. Per le rimanenze, alla lettera a) si presume che queste, proporzionalmente alle quantità ricevute, provengano in proporzione dalle voci delle esistenze iniziali, distinte per esercizio di formazione, della scissa e dell'eventuale eccedenza che si è formata durante il periodo d'imposta fino alla data di efficacia della scissione⁴⁵². Per le quote di ammortamento e la deducibilità delle spese di cui all'art. 102, comma 6 del TUIR (spese di manutenzione), si deve effettuare un ragguglio ad anno, deducendo le spese in base alla durata del possesso dei beni da parte della scissa e delle beneficiarie.

Per i fondi in sospensione d'imposta, il comma 9 dispone misure differenziate per le scissioni parziali e totali. In queste ultime, le riserve in sospensione d'imposta "*iscritte nell'ultimo bilancio*⁴⁵³*della società scissa debbono essere ricostituite dalle beneficiarie secondo le quote proporzionali indicate al comma 4*", mentre per le prime i fondi devono essere ridotti in misura proporzionale alla riduzione del patrimonio subita dalla scissa, per poi essere ricostituiti nelle beneficiarie seguendo la misura proporzionale dettata dal comma 4. Infine, nell'eventualità in cui la riserva in sospensione d'imposta sia connessa a un elemento patrimoniale specifico, questa seguirà necessariamente il cespite nella beneficiaria

⁴⁵¹ S. Garufi, *I profili fiscali della scissione societaria*, in A. Serra, I. Demuro, F. Avella (a cura di), *Trasformazione Fusione, Scissione*, op. cit., p. 728.

⁴⁵² La norma, secondo G. Andreani, A. Dodero, G. Ferranti, *Testo Unico Imposte Sui Redditi*, op. cit., p. 3510, trova campo elettivo di applicazione nei casi in cui le rimanenze (*post* scissione) siano superiori a quelle esistenti nella scissa all'inizio del periodo d'imposta. Nel caso in cui le quantità in giacenza siano inferiori a quelle esistenti all'inizio del periodo d'imposta la soluzione da seguire non è univoca. Secondo una prima corrente di pensiero, la differenza deve essere imputata proporzionalmente a tutte le voci esistenti all'inizio del periodo d'imposta, distinte per esercizio di formazione. Secondo un'altra interpretazione, bisogna considerare il periodo frapposto tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di efficacia della scissione come un autonomo periodo d'imposta, valutando le rimanenze della scissa alla data della scissione con i criteri ordinari di determinazione del valore delle rimanenze.

⁴⁵³ Si ritiene che si debba fare riferimento al bilancio di chiusura della procedura di scissione e non al bilancio dell'ultimo esercizio, essendo possibile un mutamento infra-esercizio delle riserve di cui tenere conto. Così Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1263, che rimanda a M. Caratozzolo, *I bilanci Straordinari*, Milano 2009, p. 564, P. Mandarino, *Le scissioni nel T.U.I.R.*, Milano, 2012, p. 141 e F. Rossi Ragazzi, *Fusioni e fondi in sospensione d'imposta: risolto un problema*, in *Corriere Tributario*, 1994, p. 720.

(o nella scissa, nel caso in cui l'elemento patrimoniale non venga incluso nella scissione)⁴⁵⁴. L'ultimo periodo del comma 9 tiene conto degli adempimenti gravanti sulle beneficiarie per la ricostituzione delle cennate riserve nel proprio patrimonio netto contabile. Nel fare ciò, la norma richiama i commi 5 e 6 dell'art. 172 TUIR, relativo alle fusioni. È perciò inevitabile distinguere tra riserve in sospensione d'imposta tassabili in caso di utilizzo e riserve in sospensione d'imposta tassabili solo in caso di distribuzione. Per le prime vige un obbligo di ricostituzione in capo alla beneficiaria, che se non rispettato comporta la concorrenza delle stesse (*rectius*, di un valore equivalente al loro ammontare) alla base imponibile della beneficiaria. Nel secondo caso, l'obbligo di ricostituzione delle riserve è subordinato alla presenza di un avanzo ovvero al caso in cui l'aumento del capitale sociale della beneficiaria sia superiore alla corrispondente riduzione di capitale deliberata dalla scissa.

3.3.2.3. La decorrenza della scissione

Ai sensi del comma 11 dell'art. 173, anche ai fini fiscali la scissione segue la decorrenza dell'art. 2506-quater, comma 1, cod. civ., ma è lasciata alla discrezionalità delle parti la possibilità di far retroagire gli effetti fiscali a una data anteriore⁴⁵⁵, purché si tratti di scissione totale e vi sia coincidenza nella data di chiusura dell'ultimo periodo d'imposta delle partecipanti. Il limite alla retrodatazione è dato dall'apertura dell'esercizio in cui è completata la procedura⁴⁵⁶. Le ragioni sottostanti alla retrodatazione sono di carattere pratico. Sarà infatti permesso alla scissa di evitare la formazione di un autonomo periodo d'imposta e di non presentare dichiarazione per il periodo "frazionale" antecedente alla

⁴⁵⁴ Antesignane in merito sono la Risoluzione ministeriale n. 5/E del 6 febbraio 1998 e la Circolare del Ministero delle finanze n. 98/E del 17 maggio 2000. La Risoluzione, che concerne i fondi in sospensione d'imposta per i contributi in conto capitale per il Mezzogiorno, va a constatare l'assenza di una connessione diretta tra lo specifico elemento patrimoniale della scissa e il fondo in sospensione d'imposta, stante il fatto che "*i contributi in denaro perdono qualsiasi collegamento con il fondo originariamente costituito*". Ad assumere rilievo non è il "*momento genetico del fondo*", bensì "*le condizioni cui è subordinato il regime di sospensione d'imposta*". Pertanto, ad essere applicabile è la regola generale stabilita dal comma 9 (dell'allora art. 123-bis del TUIR), ripartendo le riserve in misura proporzionale al patrimonio netto ricevuto. La Circolare 98/E riprende i passi della Risoluzione 5/E del 1998 e, con riferimento alle riserve da rivalutazione monetaria in sospensione d'imposta, ricorda che esse sono costituite in ragione dell'emersione di maggiori valori di specifici elementi dell'attivo, cosicché la sospensione d'imposta non può essere legata alle vicende successive relative a tali elementi (che potevano essere liberamente "*ceduti, assegnati ai soci, estromessi o ammortizzati ai maggiori valori senza provocare la correlata imponibilità delle riserve stesse*". In ragione di ciò, "*l'attribuzione alle beneficiarie dei fondi di rivalutazione monetaria deve avvenire, secondo la regola generale, in proporzione alle quote di patrimonio netto contabile*".

⁴⁵⁵ Come già esposto nel par. 3.2., ex art. 2506-quater la scissione diviene efficace solamente con l'ultima iscrizione nel registro delle imprese dove sono iscritte le beneficiarie, salvo il caso in cui sia stabilita la postdatazione degli effetti.

⁴⁵⁶ Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1283.

scissione⁴⁵⁷. Non è possibile retrodatare gli effetti della scissione per le società beneficiarie neocostituite, posta la loro inesistenza prima dell'efficacia civilistica della scissione⁴⁵⁸.

3.3.2.4. La SAAR in relazione alle perdite, interessi e ACE

Allo scopo di limitare pratiche opportunistiche ed elusive da parte degli operatori economici⁴⁵⁹ (attraverso il commercio delle c.d. "bare fiscali"⁴⁶⁰), per il tramite del comma 10, art. 173, alle scissioni è stata estesa la disciplina contenuta nel comma 7 dell'art. 172 TUIR in tema di fusioni⁴⁶¹. Più nello specifico, il comma 10 stabilisce che *"Alle perdite fiscali, agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 5 dell'articolo 96 del presente testo unico, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, delle società che partecipano alla scissione si applicano le disposizioni del comma 7 dell'articolo 172, riferendosi alla società scissa le disposizioni riguardanti le società fuse o incorporate e alle beneficiarie quelle riguardanti la società risultante dalla fusione o incorporante ed avendo riguardo all'ammontare del patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dal progetto di scissione di cui all'articolo 2506 bis del codice civile, ovvero dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2506 ter del codice civile"*. La problematica principale, che

⁴⁵⁷ M. Di Siena, *La scissione di società*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 244.

⁴⁵⁸ G. Andreani, A. Doderò, G. Ferranti, *Testo Unico Imposte Sui Redditi*, op. cit., p. 3498.

⁴⁵⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. Trib., del 16-01-2023, n. 1035, che con riguardo all'art. 172, comma 7 (richiamato dall'art. 173, comma 10), ha trovato la sua ratio nella previsione di *"fenomeni di rincorsa e quasi di incetta di società in perdita" (da "relazione di accompagnamento" allo schema del D.L. 18.06.1986, n. 277)*, [cosicché] il Legislatore intese immediatamente porre un argine al pericolo di diffusione di operazioni di fusione con società decotte, individuato nella fissazione di un limite di riporto delle perdite nella nuova società (incorporante o sorta con la fusione). Tale limite fu innanzitutto identificato nel patrimonio netto contabile. Si intese inoltre introdurre un ulteriore limes al diritto di riporto delle perdite, identificato nella previa verifica che dal conto economico della società, le cui perdite vanno riportate -conto riferito all'esercizio precedente a quello della delibera di fusione-, risulti una "vitalità" della società medesima. Il perimetro entro cui il legislatore ha dunque inteso riconoscere il riporto delle perdite delle società partecipanti alla fusione presidia il meccanismo di tutela da fenomeni elusivi, di commercio di perdite fiscali, così evitando la fusione di "scatole vuote", cariche solo di perdite da portare "in dote" all'incorporante, ma ormai svuotate di ogni concreta operatività, cd. "bare fiscali" utilizzabili al solo scopo di abbattere gli utili tassabili".

⁴⁶⁰ Con tale termine si indicano delle operazioni che comportano il trasferimento di aziende o rami di azienda connotati da risultati economici negativi, in modo da compensare i risultati positivi ottenuti dal soggetto che procede all'acquisizione della "bara fiscale".

⁴⁶¹ Il rinvio integrale alla disciplina della fusione, per R. Lupi, *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazioni della fusione e fobie anti elusive*, in il Fisco, 1993 (richiamato da M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 738) è stato eccessivo, stante la circostanza che il rischio di pratiche abusive si manifesta solamente nel caso di scissione a favore di una beneficiaria preesistente, ma non per le scissioni che coinvolgono beneficiarie di nuova costituzione, dove il patrimonio è costituito solamente da ciò che ha trasferito la scissa.

emerge dal generico rimando alle disposizioni sulle fusioni, riguarda le peculiarità che caratterizzano l'operazione di scissione rispetto alla fusione.

Invero, la fusione societaria comporta che tutti i patrimoni coinvolti confluiscono in un unico soggetto, mentre nella scissione è consentito attribuire "sezioni" del patrimonio a più beneficiarie. Proprio la ripartizione delle perdite fiscali fra queste ultime ha generato numerosi dubbi in merito, stante il silenzio della menzionata disposizione. Tuttavia, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che si debba seguire il criterio generale impresso nel comma 4 dell'art. 173, trattandosi di posizioni soggettive riferibili indistintamente al complesso patrimoniale della società scissa, e non sussistendo una connessione "attuale" e "diretta" con specifici elementi patrimoniali⁴⁶². Nonostante il dato letterale sembri limitare il riporto delle perdite anche per la scissa, si dubita che ad essa possano applicarsi i vincoli posti dal comma 7 dell'art. 172, in considerazione del fatto che la *ratio* della norma è quella di combattere le pratiche elusive derivanti dal commercio di bare fiscali. Un simile pericolo non è immaginabile per la scissa, che nella scissione parziale non si "fonde" con altre società⁴⁶³. Tali osservazioni possono essere estese *a fortiori* anche alle società beneficiarie di nuova costituzione, le quali non sono in possesso di un patrimonio

⁴⁶² In termini: G. Rebecca e M. Zanni, *Il riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie d'impresa*, in *il Fisco*, 2010, p. 2627; I. Passeri, *Elusione fiscale e scissione societaria: il riporto a nuovo delle perdite pregresse*, in *Rass. Trib.*, 1994, p. 1005; G. Zizzo, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 929; M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 739; Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 13 marzo 2007, n. 48/E.

⁴⁶³ L'Agenzia delle Entrate, nella Risoluzione del 30 giugno 2009, n. 168/E, dopo aver riaffermato la *ratio* antielusiva delle disposizioni sulle perdite fiscali, con esemplare nitore ha affermato che non può configurarsi nella scissa "un rischio di elusione legato alla 'compensazione intersoggettiva' delle perdite, dal momento che la stessa, successivamente alla scissione, manterrà la titolarità di perdite da lei stessa generate, che non possono essere compensate con risultati positivi realizzati da altri soggetti ... Ne deriva che le perdite che restano nella disponibilità della società scissa non sono sottoposte alla speciale disciplina recata dall'art. 172, comma 7, del TUIR, in quanto - non realizzandosi in capo alla stessa alcuna concentrazione soggettiva - non sussiste il rischio che le stesse possano essere indebitamente compensate con redditi di una diversa organizzazione".

preesistente da compensare con le perdite loro destinate⁴⁶⁴. Per converso, non ci sono dubbi sull'applicabilità delle norme attenzionate alle beneficiarie preesistenti⁴⁶⁵.

Passando ai requisiti oggettivi che devono essere rispettati, innanzitutto è postulato il superamento di un c.d. “*vitality test*” della società che procede alla scissione. Il test consiste in una verifica della situazione contabile della società nei due esercizi anteriori alla delibera di scissione: le perdite potranno essere portate in diminuzione dalle società partecipanti se dal conto economico della scissa, riferibile all'esercizio precedente a quello in cui la scissione è stata deliberata, “*risulti un ammontare di ricavi o proventi dell'attività caratteristica*⁴⁶⁶ e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi⁴⁶⁷, di cui all'articolo 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori”⁴⁶⁸. Nella sommatoria, ai sensi del comma 7 dell'art. 172, non devono essere ricompresi i contributi erogati a norma di legge dallo Stato o da altri enti pubblici. I requisiti minimi di vitalità, per l'Agenzia delle Entrate,

⁴⁶⁴ Sempre l'Agenzia delle Entrate, nella Circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E, osserva che “*il rischio di elusione legato alla “compensazione intersoggettiva” delle perdite sussiste solo nel caso in cui la beneficiaria stessa preesista alla scissione e non sia, quindi, di nuova costituzione ... Qualora, invece, la società beneficiaria venga costituita contestualmente e per effetto dell'operazione di scissione, così che il suo patrimonio provenga unicamente dalla scissa, nessun effetto elusivo è ravvisabile con riferimento al riporto delle perdite maturate dalla scissa e trasferite insieme al ramo scisso alla beneficiaria. In tali ipotesi, infatti, la società beneficiaria non è la risultante dell'unione di più organizzazioni, ma, piuttosto, parte di una preesistente organizzazione che, per mezzo dell'operazione di scissione, si è divisa in più centri di imputazione e che - per ragioni di ordine logico sistematico - mantiene il diritto a riportare le perdite senza limiti, senza necessità di presentare interpello disapplicativo ai sensi dell'articolo 37-bis, comma 8 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600*”.

⁴⁶⁵ Antecedentemente alla Riforma del 2004, erano escluse (secondo la prassi amministrativa) dall'ambito applicativo dell'art. 123-bis le beneficiarie preesistenti, dal momento che l'unica interessata dalle norme sul riporto delle perdite era la società scissa (Così Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1274, citando la Circolare del 30 novembre 2000, n. 220/E).

⁴⁶⁶ Il valore cui fare riferimento è quello formato seguendo i principi civilistici secondo F. Paparella, *Sub art. 172*, in A. Fantozzi, G. Falsitta, F. Batocchi, F. Moschetti, G. Marongiu (a cura di). *Commentario Breve Alle Leggi Tributarie*, t. III, 2010, p. 868.

⁴⁶⁷ Con la sentenza n. 1035/2023 cit., la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito che il richiamo all'art. 2425 cod. civ. – che include nei costi della produzione quelli per il personale – non “*lascia margine alla equiparazione tra i costi per il personale esternalizzato, di cui non risulterebbe neppure distinguibile la spesa per i contributi*”. Sono perciò da escludere nel calcolo i costi della società derivanti dalle spese per il ricorso a lavoro esterno. Per G. Barbagelata, M. Pisano, *I limiti al riporto delle perdite fiscali nei trasferimenti societari*, in *Corr. Trib.*, 2023, p. 238, la Corte si sofferma solamente sul dato letterale della norma, andando a penalizzare quei soggetti che, nell'ambito di “*legittime scelte aziendali*”, facciano ricorso all'esternalizzazione del lavoro subordinato. Tra l'altro, secondo gli autori, le conclusioni raggiunte dai Supremi giudici sarebbero contrastanti con la Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate del 6 marzo 2020, n. 88, che aveva ammesso per una società di capitali la disapplicazione del regime limitativo dell'art. 172, comma 7, per l'impossibilità di sostenere dei costi per il personale dipendente, vista l'esistenza di un contratto di affitto d'azienda.

⁴⁶⁸ S. Garufi, *I profili fiscali della scissione societaria*, in A. Serra, I. Demuro, F. Avella (a cura di), *Trasformazione Fusione, Scissione*, op. cit., p. 933, sostiene che la scelta del legislatore non è volta a verificare che la società sia ancora attiva alla data della scissione. Piuttosto, scopo del *vitality test* è quello di evitare che l'unico motivo (o uno dei principali) che ha mosso il soggetto societario a riorganizzarsi sia proprio quello di utilizzare perdite che si siano prodotte nell'esercizio precedente alla delibera di scissione.

devono sussistere “*non solo nel periodo precedente alla fusione ... bensì debbano continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene deliberata*”⁴⁶⁹.

Quantunque venga superato il *vitality test*, è posto un limite quantitativo all'utilizzo delle perdite: ciascuna beneficiaria potrà utilizzarle nella misura che non eccede l'ammontare del patrimonio netto, come risultante dall'ultimo bilancio regolarmente approvato o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale allegata al progetto di scissione, espungendo i conferimenti e i versamenti effettuati nei ventiquattro mesi anteriori alla data cui la situazione patrimoniale fa riferimento⁴⁷⁰. Se le partecipazioni nella scissa erano detenute da una delle società beneficiarie, le perdite non sono ammesse in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali partecipazioni operata per la determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha cedute (ad una delle beneficiarie) dopo l'esercizio cui la perdita si riferisce. Nell'eventualità in cui sia disposta la retrodatazione degli effetti fiscali, le limitazioni del comma 7, art. 172, sono estese anche al risultato negativo, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai partecipanti, relativamente al periodo intercorrente tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della scissione⁴⁷¹. Pertanto, la beneficiaria non neocostituita, in applicazione di tutte le predette regole, dovrà: i) confrontare l'ammontare delle proprie perdite con il proprio patrimonio netto; ii) confrontare le perdite a lei trasferite ai sensi dell'art. 173, comma 4, con l'ammontare del patrimonio netto contabile riferibile ai beni ricevuti dall'operazione⁴⁷². In ogni caso, dovrà comunque essere

⁴⁶⁹ Risoluzione del 24 ottobre 2006, n. 116/E. La risposta a interpello del 3 aprile 2020, n. 101, conferma tale orientamento, sottolineando che “*la disposizione in esame richiede che la società, la cui perdita si vuole riportare, sia operativa, negando, in sostanza, il diritto al riporto delle perdite se non esiste più l'attività economica cui tali perdite si riferiscono*”.

⁴⁷⁰ Cfr. M. Di Siena, *La scissione di società*, in E. della Valle, G. Marini, L. Miele, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 242, nota 44, per cui, il patrimonio netto contabile “*dovrebbe misurare la capacità prospettica della società di produrre in futuro redditi ... quanto più contenuta è tale grandezza tanto minore è la capacità reddituale della società e, quindi, tanto più basso sarà l'ammontare delle perdite fiscali e degli interessi passivi riportabili*”. L'autore mette in luce la presenza di numerose critiche all'utilizzo di tale criterio da parte della dottrina, ritenuto come inadeguato a rappresentare “*lo stato di decozione delle società*”.

⁴⁷¹ La relazione illustrativa al D.L. n. 223/2006, nel dare conto della possibilità (fino a quel momento) di compensare i risultati positivi (o negativi) di periodo dell'incorporante (nella scissione, della beneficiaria) con quelli dell'incorporata (nella scissione, della scissa) attraverso la retrodatazione degli effetti fiscali, constata la possibilità di abusare di un simile istituto, non essendo applicabili le limitazioni del comma 7 previste per le perdite pregresse. Per tale motivo, continua la relazione, è stata prevista dal decreto l'applicazione dei medesimi vincoli anche al riporto delle perdite di periodo.

⁴⁷² Circolare dell'Agenzia delle Entrate, del 9 marzo 2010, n. 9/E. Si registra però un orientamento (non isolato) dell'Agenzia delle Entrate, nella Risposta a interpello del 10 maggio 2021, n. 316, dove, oltre ad essere valorizzate diverse motivazioni di carattere extra fiscale, è stata data rilevanza al valore economico della società, superiore rispetto al “*vantaggio fiscale derivante dall'utilizzo in compensazione delle perdite fiscali sociali riportabili*”. Secondo questa impostazione, il criterio del patrimonio netto contabile può cedere il passo al dato sostanziale costituito dal valore economico del compendio trasferito (cfr. in merito G.M. Committeri,

effettuato il test di vitalità, che è stato oggetto di una recente circolare dell’Agenzia delle Entrate, con cui si è superato l’orientamento precedente per cui il test doveva essere svolto in capo alla società scissa⁴⁷³. Appunto, l’Agenzia ha messo in luce le criticità sorte sul piano della coerenza tra la precedente impostazione e la *ratio* delle disposizioni interessate. Deve perciò escludersi che la vitalità (o la sua assenza) possa essere *tout court* ereditata dal complesso ottenuto dalla scissione, sia quando si tratti di ramo di azienda, che quando si tratti di elementi specifici non integranti un’azienda o un suo ramo. Secondo l’Amministrazione finanziaria, il *vitality test* deve concernere il compendio scisso (e non direttamente la scissa) in quanto le posizioni soggettive sono attribuite alla beneficiaria ex art. 173, comma 4 del TUIR, proporzionalmente al patrimonio netto contabile trasferito. Pertanto, ai fini della valutazione della vitalità economica, per i rami d’azienda saranno seguiti i parametri fissati dagli articoli 172 e 173 TUIR, mentre se ad essere trasferiti sono beni non integranti un’azienda o un suo ramo, dovranno essere utilizzati criteri ulteriori, “*rappresentativi, nel contempo, sia della vitalità del compendio scisso e sia della sua capacità di riassorbire le posizioni fiscali soggettive trasferite alla società beneficiaria per effetto dell’applicazione del criterio di cui all’articolo 173, comma 4, del TUIR*”⁴⁷⁴.

La Legge finanziaria del 2008 (L. n. 244/2007) ha esteso le prescrizioni dell’art. 172, comma 7 anche agli interessi passivi indeducibili⁴⁷⁵. Nel 2016, con L. n. 232/2016 anche l’art. 173, comma 10 è stato integrato con l’aggiunta del riferimento agli interessi passivi indeducibili e alle eccedenze di ACE⁴⁷⁶. Per quel che riguarda gli interessi passivi

D. Di Vittorio, *Per il “pieno” riporto delle perdite nella scissione rileva anche il valore economico della beneficiaria*, in *il Fisco*, 2021, p. 2827.

⁴⁷³ Circolare dell’Agenzia delle Entrate, del primo agosto 2022, n. 31/E.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ Gli interessi passivi, ai sensi dell’art. 96 TUIR, possono essere dedotti in ciascun periodo d’imposta nel limite degli interessi attivi e proventi finanziari assimilati di competenza del periodo d’imposta, o che siano stati riportati da periodi d’imposta precedenti. La parte eccedente tale cifra può essere dedotta nel limite dato dalla somma tra il 30 per cento del ROL (risultato operativo lordo) della gestione caratteristica di competenza del periodo d’imposta e il 30 per cento del ROL riportato in avanti da periodi d’imposta precedenti. La parte di interessi passivi non deducibile in un determinato periodo d’imposta, può essere dedotta nei successivi periodi d’imposta nel limite della (eventuale) differenza positiva tra: a) la somma degli interessi attivi e dei proventi finanziari assimilati di competenza del periodo d’imposta e del 30 per cento del ROL; b) gli interessi passivi e gli oneri finanziari di competenza del periodo d’imposta.

⁴⁷⁶ Il c.d. Aiuto alla Crescita Economica (ACE) venne introdotto nel nostro ordinamento con l’art. 1 del D.L. 201/2011, convertito dalla Legge n. 214/2011, come misura premiale per le società che avessero fatto ricorso a capitale di rischio proprio, piuttosto che affidarsi a capitale di debito proveniente da terzi. Frutto del superamento della *Dual Income Tax* (DIT), l’ACE consentiva (e consente tuttora) di dedurre dal proprio reddito imponibile di un importo pari al rendimento figurativo degli aumenti di capitale di rischio realizzati a partire dal 2011. Ai fini del calcolo della deduzione è necessario determinare la base ACE, che si ottiene sommando le variazioni in aumento e diminuzione del capitale sociale intervenute nel periodo che interessa. Il risultato di tale operazione viene poi messo a confronto con il patrimonio netto contabile (come risultante dall’ultimo bilancio di esercizio). L’importo deducibile sarà pari alla moltiplicazione del risultato finale ottenuto e

indeducibili portati in avanti, si reputa corretta l'applicazione del criterio proporzionale disciplinato dal comma 4 dell'art. 173⁴⁷⁷. Nella relazione illustrativa al D.M. del marzo 2012 è stata chiarita la volontà di non prevedere espressamente una disposizione specifica per l'utilizzo dell'ACE nelle operazioni straordinarie, trovando applicazione le prescrizioni generali in tema di riporto delle perdite⁴⁷⁸. Una questione spinosa è quella del coordinamento tra la disciplina delle scissioni e l'art. 2, comma 1, del D.M. 3 agosto 2017 (sostitutivo del D.M. del marzo 2012), che prevede, per i periodi d'imposta superiori o inferiori all'anno, un ragguglio della variazione in aumento del capitale proprio in base alla durata del periodo stesso. La ripartizione proporzionale del comma 4 rischierebbe di essere inadeguata alla valorizzazione delle finalità agevolative dell'ACE e della neutralità fiscale della scissione⁴⁷⁹. Una tesi prospettata in dottrina⁴⁸⁰ suggerisce di operare una suddivisione "teorica" dell'esercizio della scissa, neutralizzando la dispersione del beneficio e determinando la base ACE (per la scissa) come sommatoria tra: i) la quota di base ACE compresa tra l'inizio del periodo d'imposta e la data in cui la scissione ha effetto, considerando l'intera base ACE maturata prima della scissione; ii) per il periodo successivo alla data di efficacia della scissione (fino al termine del periodo d'imposta), dovrà considerare la quota di base ACE in proporzione alla parte di patrimonio netto rimasta in capo alla scissa. Le beneficiarie (considerando il periodo temporale tra la data della scissione e il termine del periodo d'imposta), ragguglieranno la base ACE proporzionalmente alla parte di patrimonio netto ricevuta e, se neocostituite, sarà necessario il ragguglio anche rispetto alla durata del periodo d'imposta^{481 482}.

un'aliquota percentuale, fissata dallo Stato su base annuale. Attualmente, l'aliquota è pari al 1,3% (solamente nel 2021, per gli aumenti inferiori a 5 milioni di euro, l'aliquota era del 15%, c.d. ACE innovativa o "Super ACE"). Sul tema, cfr. F. Veroi, *ACE - Aiuto alla crescita economica*, Wolters Kluwer, One fiscale.

⁴⁷⁷ In tal senso Ceppellini Lugano e Associati, *Operazioni straordinarie*, op. cit., p. 1277.

⁴⁷⁸ In termini, Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate, del 2 marzo 2021, n. 129.

⁴⁷⁹ V. Guarise, C.A. Scullin, *Ripartizione tra società partecipanti alla scissione di posizioni soggettive ACE: riporto e utilizzo in capo alla beneficiaria*, in *il Fisco*, 2022, p. 4222. Gli autori portano l'esempio una scissione parziale infrannuale a beneficio di una società neocostituita. In tal caso, se si dovesse seguire la strada della ripartizione secondo i criteri ordinari (ex art. 173, comma 4), senza tenere conto dell'aspetto temporale, la beneficiaria dovrebbe raggugliare la variazione in aumento secondo la durata del periodo d'imposta, andando incontro al paradossale risultato per cui non ci sarebbe invarianza del complessivo beneficio ACE, inficiando lo stesso principio di neutralità della scissione.

⁴⁸⁰ V. Busatta, *La gestione delle posizioni soggettive nella scissione*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2018, p. 43.

⁴⁸¹ V. Guarise, C.A. Scullin, *Ripartizione tra società partecipanti alla scissione di posizioni soggettive ACE: riporto e utilizzo in capo alla beneficiaria*, op. cit., p. 4223, seguita anche da V. Busatta, *Ivi*, pp. 42-43.

⁴⁸² Il calcolo sarà così effettuato:

BASE ACE SCISSA:

BASE ACE ANTE SCISSIONE = Totale base ACE Periodo *ante* scissione × Periodo *ante* scissione

Al fine di disapplicare le disposizioni del comma 7, art. 172 (e perciò anche del comma 10, art. 173), l'ultimo periodo dello stesso comma pone a carico del Contribuente l'onere di presentare un interpello disapplicativo, ai sensi dell'art. 11, comma 2, dello Statuto dei Diritti del contribuente.

È doveroso menzionare, per massimo scrupolo, l'intervento della Delega per la riforma fiscale (L. del 9 agosto 2023, n. 111), che all'art. 6 contiene diversi criteri direttivi che interessano direttamente il riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie. Precisamente, i numeri 2 e 3 della lettera d), art. 6, postulano rispettivamente la “*tendenziale omogeneizzazione dei limiti e delle condizioni di compensazione delle perdite fiscali*” e la “*modifica della disciplina del riporto delle perdite nell'ambito delle operazioni di riorganizzazione aziendale, non penalizzando quelle conseguite a partire dall'ingresso dell'impresa nel gruppo societario, e revisione del limite quantitativo rappresentato dal valore del patrimonio netto e della nozione di modifica dell'attività principale esercitata*”. L'omogeneizzazione dei limiti e delle condizioni di compensazione delle perdite fiscali è uno degli obiettivi della delega per un semplice motivo: le condizioni elencate negli articoli 84, 172 e 173 del TUIR, dedicati al riporto delle perdite, sono a tratti dissimili e scarsamente coordinate tra di loro, nonostante la presenza di un obiettivo comune nei tre articoli, e cioè quello di limitare l'adozione di pratiche elusive volte al commercio delle bare fiscali. più in particolare, l'art. 84 TUIR, riguardante il riporto delle perdite per le ipotesi di trasferimento del controllo di una società con perdite fiscali, prescrive, oltre ad un test sulla vitalità, anche un controllo sull'attività svolta nel periodo di realizzazione delle perdite, che non deve mutare. Gli artt. 172 e 173 non fanno invece menzione di un test “qualitativo” sull'attività svolta, richiedendo solamente il *vitality test* e, nel caso in cui questo sia superato, un limite sul *quantum* delle perdite riportabili. Parte della dottrina suggerisce di adottare il test qualitativo anche per le operazioni di fusione e scissione, consentendo alle società di

BASE ACE POST SCISSIONE = Base ACE raggugliata al patrimonio netto di competenza × Periodo *post* scissione

BASE ACE TOTALE = Base ACE *ante* scissione + Base ACE *Post* scissione

BASE ACE BENEFICIARIE:

BASE ACE TOTALE = Base ACE raggugliata al patrimonio netto trasferito

BASE ACE TOTALE (neocostituita) = Base ACE raggugliata al patrimonio netto trasferito × Periodo *post* scissione.

Un esempio aiuterà a comprendere meglio. Considerando una scissione parziale (che trasferisce una percentuale del patrimonio della scissa pari al 20% del totale) di una società con base ACE pari a euro 1000, verso un'unica società neocostituita, con data di efficacia della scissione al 30 giugno 2023, si avranno i seguenti risultati:

$BASE\ ACE\ SCISSA = (\text{€ } 1000 \times \frac{6}{12}) + [(\text{€ } 1000 \times 80\%) \times (\frac{6}{12})] = \text{€ } 900$

$BASE\ ACE\ BENEFICIARIA = (\text{€ } 1000 \times 20\%) \times (\frac{6}{12}) = \text{€ } 100$

“disapplicare” il requisito quantitativo qualora l’attività svolta in costanza delle perdite non sia differente da quella svolta dalle altre società partecipanti⁴⁸³.

Al n. 3, della lett. d), primo periodo, viene delegato il legislatore ad allentare i limiti al riporto delle perdite per le fusioni o scissioni intervenute tra società dello stesso gruppo, dal momento dell’ingresso nel gruppo societario. In tali casi si potrebbe infatti prevedere la piena riportabilità delle perdite⁴⁸⁴. Nel secondo periodo è demandata al Governo la revisione del criterio quantitativo (limite del patrimonio netto contabile) per la riportabilità delle perdite nelle fusioni e scissioni. Nel solco di quanto già anticipato *supra*⁴⁸⁵, è inopinabile l’inadeguatezza di un criterio meramente formale per poter misurare la capacità di una società di generare redditi. Anche l’Agenzia delle Entrate a più riprese si è allontanata da un’interpretazione letterale del criterio del patrimonio netto, dando risalto al valore economico del complesso patrimoniale oggetto di scissione/fusione⁴⁸⁶. Autorevole dottrina suggerisce di affidarsi a criteri più dinamici, come quello dei redditi imponibili prospettici realizzabili dalle beneficiarie per il tramite degli elementi patrimoniali ricevuti⁴⁸⁷.

3.3.2.5. La “supersolidarietà” nella responsabilità fiscale

La responsabilità delle società partecipanti alla scissione per gli obblighi e i debiti tributari è regolata dai commi 12 e 13 dell’art. 173, con una disciplina in parte diversa da quella dettata nel campo civilistico.

Gli obblighi tributari attinenti alla società scissa – per i periodi d’imposta anteriori alla data di scissione – sono adempiuti dalla stessa in caso di scissione parziale. Diversamente (e cioè, per la scissione totale), dovrà essere designata nell’atto di scissione una società beneficiaria cui faranno capo tali obblighi⁴⁸⁸.

⁴⁸³ Così: G.M. Committeri, A. Dodero, *Semplificazioni dei regimi di riallineamento e gestione delle perdite per i soggetti IRES*, in *il Fisco*, 2023, p. 3481; S. Marchese, L. Miele *Circolazione e compensazione delle perdite nel consolidato e nelle operazioni straordinarie*, in *Corr. Trib.*, 2023, p. 425.

⁴⁸⁴ E. Ianigro, *Spunti in tema di riforma della fiscalità delle operazioni straordinarie alla luce della legge delega*, in *Rivista di diritto tributario – supplemento online*, del 19 settembre 2023. In tal caso, per l’autore, non sussistono rischi di compensazione intersoggettiva diversi da quelli immaginabili per il consolidato nazionale. Bisognerebbe, però, da un lato, espungere dall’ambito applicativo dell’art. 84 TUIR le operazioni di trasferimento del controllo all’interno del gruppo, dall’altro rendere applicabili le regole di cui agli artt. 117 e 120 TUIR, concernenti la tassazione di gruppo nel consolidato nazionale.

⁴⁸⁵ Cfr. nota 470.

⁴⁸⁶ Come nella Risposta a interpello del 10 maggio 2021, n. 316 cit.

⁴⁸⁷ S. Marchese, L. Miele *Circolazione e compensazione delle perdite nel consolidato e nelle operazioni straordinarie*, cit., p. 428; G.M. Committeri, A. Dodero, *Semplificazioni dei regimi di riallineamento e gestione delle perdite per i soggetti IRES*, op. cit., p. 3482.

⁴⁸⁸ Art. 173, comma 12 del TUIR.

Il successivo comma 13 dell'art. 173, discostandosi dall'ordinario regime di responsabilità solidale limitata degli articoli 2506-*bis*, comma 3 e 2506-*quater*, comma 3, cod. civ.⁴⁸⁹, segue però un'impostazione contestata da diversi esperti del settore fiscale. In effetti, dopo aver posto a carico della società designata nell'atto di scissione (o alla scissa, in caso di scissione totale) eventuali controlli, accertamenti o procedimenti relativi agli obblighi sopra menzionati, l'ultimo periodo della norma espone le beneficiarie a un trattamento di sfavore, rendendole “*responsabili in solido per le imposte, le sanzioni pecuniarie, gli interessi e ogni altro debito*”⁴⁹⁰. Viene così assicurata (in teoria) all'Erario una posizione di favore quale creditore *sui generis*, portatore di valori costituzionalmente rilevanti che rendono necessaria una deroga al normale regime di responsabilità derivante da una scissione⁴⁹¹. In specie, è stata la giurisprudenza di legittimità, con interventi che seguono il medesimo filone interpretativo, a dare una dignità propria al regime di responsabilità tributaria della cennata disposizione. Poggiandosi su basi ormai consolidate, la Sezione V della Corte di Cassazione ricorda infatti che “*in materia fiscale, la disciplina normativa estende la solidarietà illimitata tra scissa e beneficiaria per l'evidente necessità di garantire l'Amministrazione finanziaria dalla ingiustificata riduzione delle garanzie patrimoniali anteriormente offerte dalla società scissa*”⁴⁹². Già la Consulta, nel 2018⁴⁹³, nel dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale con riguardo agli artt. 3 e 53 della Costituzione, ha rammentato che “*La sostenibilità della finanza pubblica e la stabilità finanziaria costituiscono altresì vincoli europei a seguito del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012*”, derivandone “*un'esigenza superiore di regolare l'adempimento delle obbligazioni tributarie, sul quale deve poter fare affidamento l'amministrazione finanziaria al fine di conseguire l'equilibrio di bilancio e rispettare i parametri europei del debito pubblico*”. Alle “*esigenze di bilancio*” presta il fianco l'art. 1292 cod. civ., richiamato dalla pronuncia costituzionale, che, mancando specificazioni negli articoli 15 e 173, è ritenuto applicabile quale criterio generale non espressamente derogato. Cionondimeno, non si deve

⁴⁸⁹ Per cui si rimanda al par. 3.2.

⁴⁹⁰ Allo stesso modo, l'art. 15, comma 2, del D.Lgs. n. 472/1997, dispone per i casi di scissione parziale una responsabilità solidale per il pagamento delle “*somme dovute per violazioni commesse anteriormente alla data dalla quale la scissione produce effetto*”.

⁴⁹¹ Alcuni autori, tra cui G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, pp. 218-219, ritengono possibile desumere la responsabilità illimitata nelle scissioni dal comma 4 dell'art. 173, trattandosi di posizioni soggettive che, a seguito di scissione parziale, sono trasmesse alle beneficiarie proporzionalmente alle quote di patrimonio netto ricevute.

⁴⁹² Cass. Civ., Sez. V, del 29-05-2020, n. 10238.

⁴⁹³ Corte Cost., Sent., del 26 aprile 2018, n. 90.

dimenticare che il dato letterale da cui partono le Sentenze rievocate non fa nessuna menzione di una responsabilità “illimitata”. Di talché, nell’evidenza di una lacuna normativa, parte della dottrina ha contestato il regime di “*supersolidarietà tributaria*” così delineato, sostenendo come più appropriata l’applicazione del regime ordinario di responsabilità delle scissioni, ex art. 2506-*quater*, comma 3, dal momento che disciplina una “*materia analoga*”⁴⁹⁴. Lo stesso principio di neutralità fiscale dovrebbe ostare a un regime di responsabilità solidale illimitata, posto che i beni non fuoriescono dal regime d’impresa e solamente alla scissa dovrebbe essere imputabile una responsabilità illimitata, essendo titolare del presupposto impositivo⁴⁹⁵. Le beneficiarie continuano ad esercitare l’impresa derivante dalla vicenda riorganizzativa limitatamente ai beni ricevuti, dovendo quindi rispondere delle obbligazioni della scissa solamente con gli stessi⁴⁹⁶. Sembrerebbe però che né la giurisprudenza di legittimità, né le Corti di merito abbiano intenzione di indietreggiare e appoggiare un *revirement* giurisprudenziale. Resta il fatto che le ragioni addotte a sostegno di una tesi “espansiva” rimangono a ogni piè sospinto generiche e laconiche, mosse solamente dalla finalità di garantire il maggior gettito possibile all’Erario⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ S. Donatelli, *Norma tributaria e norma civile: il caso della responsabilità solidale illimitata per i debiti tributari delle società beneficiarie nelle operazioni di scissione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2021, p. 395.

⁴⁹⁵ C. Benzi, *Canone inverso: la responsabilità solidale illimitata in materia tributaria delle beneficiarie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 2022, p. 609 ss.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ Cfr. ex multis M. Targhini, *La dissonante, confusionaria, dispotica e diuturna supersolidarietà tributaria nella scissione: a volte ritornano*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2023, p. 1278.

CAPITOLO 4 - L'ELUSIONE FISCALE NELLE OPERAZIONI DI SCISSIONE.

Si è giunti al capitolo conclusivo della presente dissertazione, dedicato ai profili elusivi delle operazioni straordinarie di scissione. Come si vedrà, a seguito di una prima fase (anche piuttosto lunga) dominata da elaborazioni legislative, amministrative e giurisprudenziali evidentemente diffidenti verso il fenomeno della scissione, si è lentamente giunti a un approccio più moderato e permissivo, ammettendo pacificamente la possibilità per i soggetti societari di scindersi – anche per il tramite di più operazioni tra loro collegate – senza dover incorrere in contestazioni da parte del Fisco, salvo il limite delle costruzioni di stampo spiccatamente elusivo. Sarà in ultimo dato spazio, allo scopo di una migliore comprensione del fenomeno, a un'esposizione casistica delle tipologie di scissione da cui sono sorte la stragrande maggioranza delle contestazioni dell'Amministrazione finanziaria.

4.1. Origine del problema – L'impostazione originaria dell'art. 123-*bis* del TUIR

Si è già a lungo discorso sulle tematiche dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto; perciò, si rimanda ai Capitoli 1 e 2 per tutte le considerazioni in merito. È appena il caso di ricordare, in ottica di massimo tuziorismo, che il fenomeno dell'elusione fiscale si sostanzia in un comportamento, apparentemente conforme al dettato normativo, volto a conseguire un vantaggio fiscale che diverge dalla *ratio* di una norma o di un principio tributario. Solamente l'esistenza di valide ragioni extrafiscali permette al contribuente di sfuggire a inevitabili contestazioni degli Uffici dell'Erario. Ciononostante, vi sono alcune costruzioni che, a fronte di un utilizzo costantemente distorto, sono state valutate *ex ante* come abusive. Fra queste rientrano (*rectius*, rientravano) le operazioni di scissione.

La sfiducia delle istituzioni nei riguardi della scissione ha acquisito concretezza con il D.Lgs. del 30 dicembre 1992, n. 503, che inserì l'art. 123-*bis*, comma 16, nel D.P.R. n. 917/1986 (nella sua versione originaria), il quale recava una clausola antielusiva speciale. Nel richiamare l'art. 10 della L. n. 408/1990 (che, si ricorda, rappresentava uno dei primi tentativi di contrasto all'elusione fiscale), la norma disconosceva aprioristicamente i vantaggi tributari derivanti da scissioni con attribuzione di partecipazioni in misura non proporzionale e da scissioni non aventi ad oggetto aziende o rami di azienda. È importante rammentare che, in accordo con quanto osservato in dottrina contestualmente alla vigenza della norma, la disposizione trovava giustificazione nel timore che la scissione potesse essere

utilizzata come strumento alternativo rispetto all'assegnazione di partecipazioni non proporzionale e alla cessione di singoli beni sociali, entrambe sottratte dal regime di neutralità tributaria⁴⁹⁸.

Due erano quindi i modelli di scissione espressamente esclusi dal “beneficio”⁴⁹⁹ della neutralità, mediante l'utilizzo di una presunzione *juris et de jure*: le scissioni non proporzionali e le scissioni di singoli cespiti. La prima, oggi pacificamente ammessa nella categoria delle operazioni non elusive, era stata oggetto di forti contestazioni dottrinali, che censuravano l'assenza di una possibilità di prova contraria alla presunzione di elusività, in quanto, contrariamente a quanto si legge nella disposizione, ben potevano essere presenti scopi estranei alla volontà di ottenere fraudolentemente⁵⁰⁰ un risparmio d'imposta. La scissione di singoli beni, oggetto di ampio dibattito in letteratura, costituiva la seconda ipotesi di scissione presuntivamente elusiva. La disposizione non trovava applicazione solamente laddove il complesso di beni potesse essere qualificato come azienda o ramo di azienda. La logica dietro una simile presunzione doveva rinvenirsi nel trattamento di favore che era riservato alle cessioni di partecipazioni rispetto a quanto previsto per le cessioni di beni della partecipata⁵⁰¹. Si sarebbe altrimenti permesso di ottenere il medesimo risultato a chi, potendo usufruire della scissione di un singolo immobile, faceva traslare la tassazione da un bene di primo grado (il bene immobile) a un bene di secondo grado (la partecipazione nella beneficiaria) per il tramite della cessione delle partecipazioni successiva alla scissione.

Il rischio che qualcuno potesse aggirare la normativa in tema di scissione e abuso del diritto era considerato elevato, ragion per cui nel bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti – che dovrebbe essere seguito nella redazione delle disposizioni di legge – venne completamente dimenticato il diritto del contribuente alla libera iniziativa economica (tutelata dall'art. 41 Cost.) e al legittimo risparmio d'imposta, così come saldato già nell'art. 37-*bis* del D.Lgs. n. 600/1973⁵⁰². Del tutto inopinatamente, e senza plausibili

⁴⁹⁸ R. Lupi, *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazioni della fusione e fobie antielusive*, in *il fisco*, 1993, p. 2211, citato dall'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma - Commissione imposte dirette, operazioni straordinarie, *Elusione Fiscale e Circolazione Dell'Azienda Ai Fini IRES Nella Scissione Societaria*, Vol 1, Milano, 2016, p. 48.

⁴⁹⁹ È già stato sottolineato come in realtà la neutralità fiscale non deve essere vista in ottica agevolativa, rappresentando piuttosto una conseguenza fisiologica dello stampo riorganizzativo dell'operazione.

⁵⁰⁰ Si badi, l'elusione fiscale non rappresenta un fenomeno fraudolento, a maggior ragione ove si considerino i più recenti interventi legislativi e amministrativi, volti ad escludere eventuali sanzioni per chiunque si renda responsabile di elusione fiscale. Tuttavia, e come pure più volte osservato nel primo capitolo, il periodo a cavallo dei primi anni duemila si “macchiava” di confondere ripetutamente l'elusione e l'evasione fiscale.

⁵⁰¹ R. Lupi, *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazioni della fusione e fobie antielusive*, cit., p. 2208.

⁵⁰² La relazione di accompagnamento all'art. 37-*bis* riconosceva espressamente il diritto del contribuente alla scelta del comportamento fiscalmente meno oneroso, tra “*strumenti giuridici fungibili*”, non essendoci

giustificazioni, era inoltre esclusa la possibilità per i partecipanti all'operazione di dimostrare l'esistenza di valide ragioni economiche che potessero giustificare il ricorso a tali forme di scissione.

In senso contrario rispetto al dato legislativo deponiva anche il parere del Consiglio di Stato, del 23 gennaio 1996, n. 1535, che riteneva implicitamente abrogato il comma 16 dell'art. 123-*bis*, stante la vigenza dell'art. 27 della L. n. 724 del 1994, il quale prevedeva la neutralità fiscale delle fusioni e scissioni e l'impossibilità di utilizzare i disavanzi (da concambio o annullamento) per la rivalutazione fiscale dei beni trasferiti dalla scissa alle beneficiarie.

Il D. Lgs. dell'8 ottobre 1997, n. 358, con l'art. 9, comma 6, ha abrogato il comma 16 dell'art. 123-*bis*, nell'auspicio di un superamento dello stigma gravante sulle vicende legate alla scissione.

Ciononostante, l'approccio delle istituzioni preposte al contrasto dei comportamenti elusivi andava in una direzione completamente opposta, confermando una prassi distorta che per molto tempo non ha subito un'inversione di tendenza. In questo senso, militava il consolidato orientamento del Comitato Consultivo per l'Applicazione delle Norme Antielusive⁵⁰³, che riteneva potenzialmente elusive: i) le scissioni che comportavano la costituzione di società non operative, con l'unica finalità di assegnare ai soci i beni sociali; ii) le scissioni con cui si realizzava la tassazione di beni di secondo grado in sostituzione dei beni di primo grado (mediante apposita cessione delle partecipazioni nella beneficiaria dopo la scissione), appositamente trasferiti alle beneficiarie⁵⁰⁴. Rappresentativo è il parere n. 14/2000, per cui la scissione di una società che di fatto ha cessato la propria attività, limitandosi a locare i propri beni immobili, è elusiva, dal momento che in tal caso l'unica finalità ipotizzabile è quella di distribuire il patrimonio sociale ai soci. Ancora, nel parere n. 27/2006, un'operazione di scissione parziale proporzionale, con separazione dell'attività produttiva dal patrimonio immobiliare e finanziario, finalizzata ad aggregare la scissa a un altro gruppo di società interessato al solo ramo concernente l'attività produttiva (attraverso

aggiramento *“fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette a disposizione”*.

⁵⁰³ Istituito con Legge n. 413/1991, operativo dal 1998 al 2006 (anno in cui fu soppresso dal D.L. n. 223/2006), al comitato era demandato il compito di fornire pareri sulla potenziale elusività di operazioni, adempimenti o transazioni che i contribuenti erano intenzionati a realizzare. Più in particolare, il Comitato era competente per il riesame delle istanze di interpello – aventi ad oggetto l'applicabilità nel caso concreto dell'art. 37-*bis* – su cui l'Agenzia delle Entrate aveva omesso di pronunciarsi o si era comunque pronunciata in senso sfavorevole.

⁵⁰⁴ Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma - Commissione imposte dirette, operazioni straordinarie, *Elusione Fiscale e Circolazione Dell'Azienda Ai Fini IRES Nella Scissione Societaria*, op. cit., p. 52.

la conseguente cessione delle partecipazioni nella beneficiaria contenente il suddetto ramo), è da considerarsi elusiva, in quanto *“rispetto all’obiettivo prefissato di cedere il controllo ..., non si comprendono i motivi che avrebbero condotto i soci a non utilizzare lo strumento più congruo rispetto alle reali finalità perseguite, ossia la cessione del ramo d’azienda relativo all’attività caratteristica”*, e sarebbe perciò realizzata per aggirare il contenuto dell’art. 86, comma 2 del TUIR⁵⁰⁵. È stato inoltre rilevato che, tra le valide ragioni extrafiscali che potrebbero giustificare una scissione virtualmente abusiva, indubbiamente non rientravano i dissidi all’interno della compagine societaria, in quanto un’eventuale scissione sarebbe *“obiettivamente finalizzata non a realizzare un piano di riorganizzazione aziendale nell’interesse della società scindenda (e di quelle beneficiarie), ma a soddisfare un’esigenza di scioglimento della compagine societaria ...”*⁵⁰⁶.

Il più delle volte il Comitato consultivo attribuiva rilevanza ad atti prodromici o successivi alla scissione che, se presa singolarmente, non avrebbe presentato profili di abusività. Ed invero, nel parere n. 28/2006, riguardante una scissione con successiva cessione delle partecipazioni nella scissa, dopo aver ribadito la neutralità fiscale della scissione proporzionale, il Comitato rimarcava che un vantaggio fiscale (indebito) può rivenirsi non solo in una singola operazione di scissione, ma anche nella *“realizzazione di una pluralità di atti fra loro coordinati tesi ad utilizzare “scappatoie” formalmente legittime al fine di conseguire risparmi indirettamente disapprovati dal sistema”*. Nello specifico, l’istante andava a creare due complessi aziendali differenti, con successiva alienazione delle quote nella scissa. La singola operazione di scissione era però, stando alla tesi del Comitato, una fattispecie meramente strumentale e intermedia, volta a soddisfare delle finalità appartenenti a negozi giuridici diversi e non surrogabili, fiscalmente più onerosi. La scissione, perciò, era diretta a realizzare una *“mera società contenitore (la scissa) destinata ad accogliere il ramo operativo dell’azienda da far circolare successivamente sotto forma di partecipazioni ... [beneficiando] del meno oneroso regime di tassazione sui capital gain rispetto a quello ordinario di tassazione sulla cessione di ramo d’azienda”*.

⁵⁰⁵ Che, come si ricorda, disciplina il trattamento fiscale delle plusvalenze realizzate per effetto della cessione di ramo d’azienda.

⁵⁰⁶ Parere del Comitato Consultivo per l’applicazione delle norme antielusive, del 16 maggio 2006, n. 18. In termini, parere del 14 ottobre 2005, n. 39 e parere del 23 marzo 1999, n. 4. In quest’ultimo, si prospettava una scissione proporzionale di un ramo di azienda contenente tre immobili, uno dei quali sarebbe stato poi locato alla società scissa. Il Comitato ha ritenuto elusiva l’operazione per il fatto che – oltre all’asserita antieconomicità della locazione dell’immobile strumentale – l’unico vantaggio derivante dalla stessa sarebbe stato per i soci, mentre la scissa ne sarebbe addirittura uscita indebolita (per un approfondimento, cfr. C. Dominici, A. Danovi, *Le operazioni di scissione di rami aziendali e di complessi immobiliari*, in Corr. Trib., 2001, p. 2863).

Ancor più emblematici sono i pareri nn. 41/2005 e 48/2005, entrambi riguardanti operazioni di scissione non proporzionale ritenute elusive. Quel che desta stupore in queste pronunce è il ruolo attribuito alle valide ragioni extrafiscali. Ed invero, se – come voleva il Comitato Consultivo⁵⁰⁷ – il concetto di “*valide ragioni economiche*” fosse uno degli elementi costitutivi della norma antielusiva, si perverrebbe – in stridente violazione del canone ermeneutico di conservazione dei valori normativi, oltretutto in contraddizione con i principi costituzionali di ragionevolezza, legalità e capacità contributiva (artt. 3, 23 e 53 Cost.) – ad un’inammissibile attività di nomopoiesi, con contestuale *interpretatio abrogans* della disciplina posta dall’art. 37-bis (all’epoca ancora vigente). È tuttavia doveroso puntualizzare che le risposte offerte dal Comitato non hanno sempre seguito una logica unitaria e lineare, giungendo abitualmente a risultati completamente opposti per situazioni analoghe⁵⁰⁸.

Nondimeno, un *fil rouge* può reperirsi in tre aspetti⁵⁰⁹: 1) i casi concreti che hanno portato il Comitato a pronunciarsi riguardavano principalmente scissioni aventi ad oggetto beni immobili a favore di società di nuova costituzione; 2) le operazioni sono state ritenute come elusive sul presupposto che la tassazione fosse artificiosamente rinviata a un momento successivo ovvero traslata su beni di secondo grado; 3) l’assenza di valide ragioni extrafiscali era presunta: a) nelle scissioni non proporzionali; b) nelle scissioni da cui emergevano avanzi o disavanzi, con i beni immobili che assumevano valori fiscali diversi rispetto ai valori della scissa; c) quando era resa palese la volontà di cedere le partecipazioni nella scissa o nelle beneficiarie successivamente alla scissione; d) quando era riscontrabile la volontà di cedere il controllo dopo la scissione. Infine, il ragionamento del Comitato verteva sempre sulla valorizzazione della finalità riorganizzativa della scissione, rispondente a finalità e strategie imprenditoriali, disconoscendo le operazioni che miravano a risultati conseguibili attraverso altri modelli strumentali forniti dall’ordinamento, fiscalmente più onerosi.

⁵⁰⁷ Ma dello stesso pensiero era anche l’Agenzia delle Entrate, come si può evincere Risoluzione del 28 aprile 2008, n. 177/E, cit.

⁵⁰⁸ Per una più completa panoramica cfr.: parere del 30 luglio 2003, n. 7; parere del 22 dicembre 2003, n. 18; parere del 29 settembre 2004, n. 22; parere del 19 gennaio 2005, n. 1; parere del 24 febbraio 2005, n. 5; parere del 21 settembre 2005, n. 24; parere del 22 marzo 2007, n. 12; parere del 9 maggio 2007, n. 22.

⁵⁰⁹ Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma - Commissione imposte dirette, operazioni straordinarie, *Elusione Fiscale e Circolazione Dell’Azienda Ai Fini IRES Nella Scissione Societaria*, op. cit., pp. 64-65.

4.1.1. Evoluzione della prassi dell'Amministrazione finanziaria

L'Agenzia delle Entrate, in linea con le risposte poc'anzi illustrate del Comitato Consultivo per l'applicazione delle Norme Antielusive, si è appoggiata tralaticciamente a un orientamento che si è protratto per lungo tempo. Come già anticipato, ad oggi si registra, anche nell'ottica del "nuovo" art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, una piuttosto rilevante inversione di tendenza da parte degli Uffici dell'Amministrazione finanziaria, già a partire dalle Risoluzioni nn. 97/E del 25 luglio 2017 e 98/E del 26 luglio 2017.

In ogni caso, è evidente come prima dell'avvento della riforma della disciplina generale antiabuso fosse consolidato in giurisprudenza e in sede amministrativa un atteggiamento di sfavore avverso le scissioni⁵¹⁰; in particolare, quelle che potevano comportare, anche in conseguenza di più operazioni tra loro collegate, la fuoriuscita dei beni sociali dal regime d'impresa.

Emerge già dalla Risoluzione del 3 novembre 2000, n. 166, il timore dell'amministrazione finanziaria di fronte alla creazione di "*società contenitore*", utili a raccogliere beni da alienare, senza però sottostare alla più gravosa disciplina delle plusvalenze da cessione di beni⁵¹¹. Nella Risoluzione veniva offerta la risposta a un'istanza di interpello di una società esercente attività agricola, intenzionata a scindere alcuni suoi terreni (per cui sarebbe intervenuta una diversa destinazione urbanistica) a favore di più società beneficiarie, seguendo il metodo proporzionale. Fra le varie ipotesi presentate dall'istante, figurava anche l'eventuale cessione di alcune delle partecipazioni nelle beneficiarie successivamente al compimento dell'operazione straordinaria. L'attenzione dell'Agenzia si sposta proprio su tale evenienza. Viene in particolare messo in luce il rischio che, sfruttando le società contenitore, si potesse giungere a una "*conversione delle plusvalenze su singoli beni in plusvalenze su partecipazioni*", realizzando un risparmio d'imposta derivante dalla possibilità di usufruire dell'imposta sostitutiva ex art. 5, D.Lgs. n. 461/1997 (nella versione *pro temporis* vigente) prevista per la cessione a titolo oneroso di

⁵¹⁰ Con la Circolare del 18 dicembre 2018, n. 27, Assonime ha ricordato che nella vigenza dell'art. 37-*bis*, prevalesse la lettura "*monodimensionale*", identificando l'elusione fiscale con l'assenza di valide ragioni extrafiscali.

⁵¹¹ M. Beghin, *La scissione societaria, l'elusione fiscale e i mulini a vento di Cervantes*, in Riv. dir. trib., 2010, p. 57., rileva che "*tutte le società possono qualificarsi, in un modo o nell'altro "contenitori". In effetti, attraverso la costituzione dell'ente e l'effettuazione dei conferimenti, la società diventa proprietaria dei beni conferiti, i quali cessano di appartenere al patrimonio giuridico del socio ed entrano, appunto, in quello – ben distinto – del soggetto partecipato. ... chi controlla il "contenitore" può disporre in vario modo del "contenuto", secondo schemi negoziali giuridicamente ben distinti: da una parte, mediante atti dispositivi i quali impegnino la partecipata ...; dall'altra, mediante atti dispositivi dei beni di secondo grado ...*".

partecipazioni⁵¹². Il risparmio risulterebbe patologico laddove si giunga alla conclusione che l'operazione fosse posta in essere “*al solo fine di far lucrare l'aliquota agevolata in relazione a plusvalenze conseguite su beni trasformati a tal fine in beni di secondo grado, senza valide ragioni economiche ... [assumendo] rilevanza anche i tempi e le condizioni in cui avviene la cessione*”. In ossequio all'interpretazione data dall'Ufficio, per le beneficiarie che non ricevono un'azienda, sono integrati tutti i presupposti dell'elusione fiscale, in quanto queste non svolgono alcuna attività economica e gli stessi risultati potrebbero essere ottenuti con una semplice cessione del compendio immobiliare da parte della scissa. Per le società beneficiarie che svolgono un'effettiva attività d'impresa dopo la scissione, l'Amministrazione finanziaria raggiungeva invece conclusioni opposte, potendosi ravvisare “*valide ragioni economiche a fondamento dell'intera operazione di scissione*”. In controtendenza con la prassi anteriore, si apriva in questo modo uno spiraglio di “legittimità” per le scissioni cui seguiva la cessione di partecipazioni nelle beneficiarie o nella scissa, più volte contestate dal Comitato Consultivo.

Una simile conclusione deve essere però ridimensionata, in quanto frutto di una pronuncia isolata, smentita più volte nelle risposte a interpello successive, dove si legge che l'operazione di scissione non è elusiva quando “*non sia preordinata né alla successiva rivendita delle quote societarie da parte dei soci persone fisiche, al mero scopo di spostare la tassazione dei beni di primo grado (asset), normalmente più onerosa, ai beni di secondo grado (quote di partecipazione), soggetta al più mite regime del capital gain, né al compimento di altri fatti, atti o negozi volti ad un più ampio disegno elusivo*”⁵¹³.

Approfondendo i contenuti delle risposte a interpello sopra menzionate, appare evidente la centralità che assumeva la nozione di “*valide ragioni economiche*”, sempre richiamata per avallare la pretesa di elusività dell'operazione. Il termine, stando all'interpretazione datane dalla prassi amministrativa, non doveva essere inteso come “*validità giuridica*” dei negozi facenti parte dell'operazione, ma come loro “*apprezzabilità economico-gestionale*”⁵¹⁴, che si ha quando vi siano “*esigenze aziendali di natura produttiva ed operativa*” e quando scopo dell'operazione sia quello di migliorare la gestione dei costi

⁵¹² L'art. 5 assoggettava le partecipazioni qualificate (e cioè, quelle che rappresentavano determinate percentuali minime di capitale nelle società partecipate) a un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi, con un'aliquota pari al 27%.

⁵¹³ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 7 aprile 2009, n. 97/E. *Ex multis*, si vedano anche le Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate, nn. 114, del 6 luglio 2001, 33/E, del 23 marzo 2001 (per cui, cfr. G. Vasapoli, A. Vasapoli, *L'elusività nella scissione d'azienda*, in Corr. Trib., 2001, p. 1446), 224/E, del 9 luglio 2002, 55/E, del 21 febbraio 2002, 256/E del 2 ottobre 2009.

⁵¹⁴ Circolare del Ministero delle Finanze, del 19 dicembre 1997, n. 320/E.

aziendali, con “*finalità di razionalizzazione e ristrutturazione dell’impresa*”⁵¹⁵. L’utilizzo di termini oltremodo generici, se da un lato permetteva al contribuente di fornire quante più giustificazioni possibili in sede di contestazioni, dall’altro lasciava impregiudicate le valutazioni dell’Amministrazione, accordandole uno spazio discrezionale di non poco conto⁵¹⁶.

Alle porte della riforma in tema di imposte dirette operata dal D.Lgs. del 12 dicembre 2003, n. 344, sono numerose le opere dottrinali che hanno messo in dubbio l’assetto interpretativo adottato dagli Enti impositori, soprattutto con riguardo alla tassazione delle plusvalenze derivanti dalla circolazione dei beni di primo e secondo grado. Oggetto di critica è stato proprio il mancato adeguamento degli Enti impositori al passaggio da un sistema di tassazione basato sul credito d’imposta (metodo dell’imputazione), a quello basato sull’esonazione prevista dal regime della *participation exemption*⁵¹⁷. In effetti, gli Uffici partivano dal presupposto che la tassazione sulle plusvalenze da cessione di beni societari dovesse essere intesa in termini di agevolazione fiscale, sostituendo la tassazione sul reddito d’impresa, quando in realtà le due forme di imposizione erano complementari. È evidente, inoltre, che il legislatore non fosse avverso alla circolazione delle partecipazioni in sostituzione dei beni di primo grado, come era (ed è ancora) espressamente previsto dall’art. 176, comma 3 del TUIR per il conferimento d’azienda⁵¹⁸, con la minore tassazione che trova la propria *ratio* nello spostamento degli obblighi contributivi in capo alla società partecipata, soprattutto in ragione della minor complessità di un trasferimento di partecipazioni⁵¹⁹.

Anche per la scissione non proporzionale venivano confermati gli orientamenti espressi nella vigenza dell’art. 123-bis, comma 16. Le risposte dell’Agenzia sono tutte caratterizzate da un filo conduttore comune, costituito dalla considerazione che la scissione non proporzionale potesse facilmente prestarsi a fenomeni di assegnazione indiretta dei beni

⁵¹⁵ Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 23 marzo 2001, n. 32/E, cit.

⁵¹⁶ Per F. Carriolo, *Ipotesi di scissione societaria elusiva e non*, in *il Fisco*, 2009, p. 4393, le valide ragioni extrafiscali potevano essere individuate: i) nella limitazione degli effetti derivanti da dissidi insanabili tra soci; ii) nella gestione del ricambio generazionale; iii) nella valorizzazione della nuova imprenditorialità.

⁵¹⁷ S. Chirichigno, G. Stancati, *Elusività delle scissioni tra prassi e giurisprudenza*, in *Corr. Trib.*, 2011, p. 1829.

⁵¹⁸ “*Non rileva ai fini dell’articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, il conferimento dell’azienda secondo i regimi di continuità dei valori fiscali riconosciuti o di imposizione sostitutiva di cui al presente articolo e la successiva cessione della partecipazione ricevuta per usufruire dell’esonazione di cui all’articolo 87, o di quella di cui agli articoli 58 e 68, comma 3*”.

⁵¹⁹ S. Chirichigno, G. Stancati, *Elusività delle scissioni tra prassi e giurisprudenza*, op. cit., p. 1831.

sociali ai soci, senza però scontare la tassazione sulle plusvalenze derivanti dalla fuoriuscita del bene dal regime d'impresa⁵²⁰.

La svolta si è avuta poco tempo dopo l'emanazione della riforma del 2015 dello Statuto dei diritti del contribuente (che ha portato all'introduzione della clausola generale antiabuso), con le risoluzioni nn. 97/E, del 25 luglio 2017 e 98/E, del 26 luglio 2017.

La Risoluzione n. 97/E riguarda una società esercente attività sanitaria, proprietaria di un compendio immobiliare in parte locato a terzi, e il cui assetto societario è composto da tre soci persone fisiche e un socio persona giuridica. L'operazione presentata per mezzo dell'interpello è quella di una scissione parziale proporzionale avente ad oggetto il compendio immobiliare, da destinare a una S.r.l. da costituire *ex novo*. Le partecipazioni nella scindenda saranno poi alienate a una società terza, interessata solamente al residuo patrimonio della scissa, con esclusione quindi dell'immobile trasferito, che sarà poi locato alla stessa società terza.

L'Agenzia esordisce con l'enunciazione dei tre requisiti fondamentali dell'elusione fiscale: a) la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; b) l'assenza di sostanza economica; c) l'essenzialità dei vantaggi fiscali. Sussistendo i tre requisiti, l'operazione deve essere disconosciuta in quanto elusiva, salvo il caso in cui vi siano ragioni extrafiscali non marginali. Nell'espone le differenze tra circolazione diretta e indiretta dell'azienda, con esemplare nitore l'Agenzia riconosce inequivocabilmente che le due operazioni, *“sebbene comportino criteri di imputazione del reddito imponibile, valori fiscali e carichi fiscali differenti, costituiscono alternative diverse, tutte poste sullo stesso piano e aventi, quindi, pari dignità fiscale, rimesse ai contribuenti per dare concreta attuazione ai loro interessi economici e, pertanto, il vantaggio fiscale così ottenuto non può qualificarsi di per sé come indebito”*⁵²¹. Non può infatti essere imposto al contribuente, interessato alla vendita dell'azienda, di trasferirla unicamente mediante una cessione diretta⁵²². Solamente l'assenza

⁵²⁰ Cfr. Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 9 gennaio 2006, n. 5/E. Il paragrafo 4.3. sarà dedicato proprio al delicato problema della presunta elusività delle scissioni non proporzionali.

⁵²¹ S. Palestini, *L'Agenzia ha cambiato approccio verso le operazioni di scissione?*, in Amministrazione & Finanza, 2017, p. 34, riconosce che, in un'ottica di coerenza del sistema fiscale, laddove venga riconosciuta la genuinità delle operazioni di conferimento con successiva cessione delle partecipazioni, è doveroso riconoscere una simile possibilità anche nel caso in cui lo stesso risultato venga raggiunto con un'operazione di scissione. Non sussiste, nella continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, *“alcuna differenza tra un conferimento neutrale ed una scissione”*. Ci sarebbe così la possibilità di affermare che *“un ordinamento fiscale potrebbe prescindere dalla forma giuridica dell'operazione societaria, preoccupandosi solo di gestire la continuità dei valori fiscali in neutralità di imposta (o in alternativa la tassazione) ed il coordinamento della tassazione tra socio e società”*.

⁵²² Nello stesso senso, anche la Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate, n. 13/2019.

del carattere riorganizzativo, costituito dall'effettiva continuazione dell'attività d'impresa da parte delle società partecipanti, potrebbe rendere la scissione elusiva⁵²³.

La Risoluzione n. 98/E, pubblicata il giorno successivo, rispondeva al quesito di una società avente ad oggetto la locazione di immobili, che intendeva operare una scissione parziale asimmetrica, il cui fine era quello di beneficiare dell'assegnazione agevolata di beni immobili ai sensi dell'art. 1, commi 115-120, della L. n. 208/2015⁵²⁴. In presenza del dissenso di due soci (a causa dell'eccessiva onerosità dell'eventuale assegnazione), si era deciso di scindere la società, assegnando le quote della beneficiaria (neocostituita) solamente ai soci dissenzienti, mentre agli altri soci sarebbero spettate solamente le quote della società scindenda, dimodoché, dopo la scissione, si sarebbe proceduto all'assegnazione dei beni immobili della scissa ai rimanenti soci, applicando le disposizioni agevolative della L. n. 208/2015. Secondo il parere dell'Agenzia, la scissione, così come configurata, non è atta a trasferire le partecipazioni – della scissa o della beneficiaria – a terzi, ma è semplicemente necessaria per permettere alla maggioranza dei soci di ricevere l'assegnazione agevolata gli immobili societari. Inoltre, la beneficiaria potrà essere qualificata come società operativa, stante l'intenzione dei due soci dissenzienti di continuare a locare i beni sociali. Nemmeno la *ratio* della legge di stabilità 2016 può intendersi violata, in considerazione del fatto che già con Circolare del primo luglio 2016, n. 26/E, si era affermato che “*non costituisce causa ostativa l'attribuzione di beni agevolabili solo a taluni soci anziché alla generalità degli stessi*”. Assennatamente, viene enfatizzata da parte dell'Agenzia la posizione delle plusvalenze latenti, che tali rimarranno anche a seguito dell'operazione, concorrendo alla formazione del reddito al momento della fuoriuscita dal regime d'impresa (per esempio, tramite cessione a titolo oneroso, assegnazione ai soci o destinazione a finalità estranee all'attività d'impresa). Un passo indietro viene però compiuto quando, appiattendosi alla prassi fino a quel momento seguita, si ribadisce che l'operazione sarebbe stata elusiva se la “*stessa rappresentasse solo la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di società "contenitore" (di immobili, di azienda, ecc.) e alla successiva cessione*

⁵²³ In mancanza di tale prerequisite, la finalità della scissione sarà quella di eludere la cessione diretta dei beni di primo grado. Per Assonime (Circolare del 3 agosto 2017, n. 20), la neutralità della scissione non dipende dalla qualificazione dei beni “ceduti” quali aziende o singoli *asset*. Dunque, anche per la scissione di singoli beni (seguita dalla cessione delle partecipazioni) dovrebbero valere le stesse considerazioni della scissione di aziende o rami d'azienda. Non esiste infatti nessun principio che imponga la cessione diretta dei beni di primo grado, piuttosto che la cessione indiretta (G. Albano, S. Di Cave, *L'abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale*, in Corr. Trib., 2017, p. 3262)

⁵²⁴ La legge di stabilità del 2016 prevedeva, per le società commerciali, la possibilità di usufruire di un regime agevolativo per l'assegnazione o la cessione ai soci di beni mobili registrati o beni immobili (non utilizzati come beni strumentali), con il pagamento di un'imposta sostitutiva sulla differenza tra il loro valore normale e il costo fiscalmente riconosciuto.

delle partecipazioni da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (i.e., gli immobili, ecc.) ai beni di secondo grado (i.e., titoli partecipativi) soggetti a un più mite regime impositivo (capital gain)⁵²⁵. Con tale affermazione, apparentemente contraddittoria, si rischiava di relegare gli sviluppi compiuti con le pronunce nn. 97 e 98 a un mero *flatus vocis*, incapaci di spiegare pienamente i propri effetti⁵²⁶.

4.2. La scissione proporzionale

Passando all'esame delle diverse forme di scissione, di seguito viene affrontato il tema dell'elusione fiscale con riferimento a talune operazioni di scissione proporzionale.

Il *genus* delle scissioni proporzionali viene adottato in vista di un progetto di riorganizzazione aziendale volto al trasferimento di un complesso aziendale verso una società neocostituita o comunque appartenente al medesimo circuito imprenditoriale, senza che si verificano modifiche sostanziali nei rapporti di controllo per la compagine societaria originaria. La singola operazione di scissione, a maggior ragione se proporzionale, non ha mai generato particolari problematiche sotto il profilo fiscale. Sarebbe d'altronde incoerente, se non addirittura paradossale, eccepire l'elusività della forma più lineare di attribuzione delle partecipazioni societarie nelle scissioni.

Il confine diventa più labile laddove ad essere coinvolti fossero interessi "velati", ovverosia ragioni di carattere fiscale non manifeste, ma preponderanti rispetto alle finalità tipiche di un'operazione di carattere straordinario. Come si vedrà nei successivi paragrafi, sono le scissioni parziali ad aver causato il maggior numero di risposte a interpello dell'Agenzia delle Entrate. Il discrimine veniva trovato, nei pareri del Comitato Consultivo per l'Applicazione delle Norme Antielusive, nello scopo di riorganizzazione dell'attività imprenditoriale⁵²⁷.

⁵²⁵ L'Agenzia avvisa altresì del fatto che, per non integrare i presupposti dell'elusione, è necessario che i beni societari non siano destinati a una società di mero godimento, assegnando sostanzialmente i beni ai soci della beneficiaria tramite il rinvio "*sine die*" della tassazione sulle plusvalenze.

⁵²⁶ Assonime, nella Circolare de 3 agosto 2017, n. 20, cit., ritiene che l'inciso debba ricollegarsi al precedente indirizzo interpretativo dell'Agenzia, e deve perciò "*ritenersi superato alla luce del nuovo orientamento*". Dello stesso avviso è L. Miele, *Abuso del diritto – Prassi e casi pratici*, https://www.odcec.roma.it/index.php?option=com_wbmf&format=raw&cod=MjUxMzU=, 2019, p. 23.

⁵²⁷ M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 756.

4.2.1. Le scissioni proporzionali non elusive

Fatte tali premesse, le principali risposte riguardanti operazioni di scissione parziale proporzionale non sono tardate ad arrivare. Il Comitato consultivo, in un parere dei primi anni 2000⁵²⁸, ha ritenuto economicamente valida la scissione in cui l'unica finalità era la divisione del patrimonio tra i soci, con l'attività d'impresa che sarebbe stata svolta separatamente dai soci, seguendo strategie aziendali differenziate. In seguito, nel parere del 14 ottobre 2005, n. 38, veniva evidenziata come la scissione proporzionale, giustificata da una crescita della produttività della scissa e nella realizzazione di una più efficiente gestione del patrimonio sociale nella società beneficiaria, non potesse manifestare profili di elusività, purché i beni non fossero sottratti dal regime d'impresa. Di nuovo, il parere n. 24, del 25 luglio 2006, analizzava un caso di scissione parziale proporzionale, dove la società istante, con due soci detentori della stessa percentuale di partecipazioni, intendeva scindere il comparto produttivo da quello commerciale. La scissione, compiuta al costo storico senza emersione di plusvalenze o minusvalenze, aveva l'obiettivo dichiarato di riorganizzare l'attività d'impresa, con separazione dei due rami imprenditoriali, ottimizzando così l'allocazione dei beni materiali e immateriali e delle risorse finanziarie loro collegate. Viene infine precisato dall'istante che *“non è intenzione dei soci una volta effettuata la scissione cedere le partecipazioni possedute nella società beneficiaria”*. Probabilmente, per gli istanti questa è l'affermazione più importante, che ha permesso una pronuncia positiva da parte del Comitato, come confermato dallo stesso nei passaggi successivi⁵²⁹. Di conseguenza, così come descritta, l'operazione per il Comitato non presentava motivi di abusività ai fini fiscali, in virtù del fatto che: *i)* le attività non venivano sottratte dal regime d'impresa; *ii)* non era prospettata la cessione delle partecipazioni; *iii)* la concessione in locazione dei beni della beneficiaria garantiva lo svolgimento di attività immobiliare; *iv)* l'operazione non appariva surrogatoria di altri strumenti giuridici fiscalmente più onerosi⁵³⁰.

Allo stesso modo, i pareri nn. 16, del 22 marzo 2007 e 20, del 9 maggio 2007, trattano due fattispecie sostanzialmente uguali, con una scissione parziale proporzionale destinata a disgiungere l'attività caratteristica da un'attività secondaria. Di nuovo, il Comitato ha ritenuto non elusive le scissioni esaminate, condizionandone però il riconoscimento alla mancata alienazione delle partecipazioni nelle società partecipanti. Autorevole dottrina ha stigmatizzato l'assenza di riferimenti espliciti alla genuinità delle scissioni prese

⁵²⁸ Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, del 4 luglio 2002, n. 6.

⁵²⁹ A pag. 2, l'organismo riporta infatti la prassi consolidata, secondo cui la scissione *“non presenta aspetti di elusività, a condizione che non sia preordinata alla successiva vendita delle quote della beneficiaria ...”*.

⁵³⁰ In termini, anche i Pareri del Comitato Consultivo, nn. 5, del 24 febbraio 2005 e 12, del 22 marzo 2007.

singolarmente, ovvero alla circostanza che le valide ragioni extrafiscali rappresentino un'esimente e non, come ritenuto dal Comitato, un elemento costitutivo della fattispecie⁵³¹.

Più di recente⁵³², è stata avanzata istanza di interpello da parte di due società, Alfa e Beta (composte dagli stessi soci persone fisiche), il cui quesito concerne un'ipotesi di scissione parziale proporzionale della Società Alfa, in favore di Beta, con assegnazione del comparto immobiliare della scissa. Alfa svolge attività industriale nel settore dell'impiantistica, mentre Beta si occupa della gestione immobiliare del patrimonio di famiglia. Lo scopo, descritto dalle istanze, è quello di riunire gli *asset* in insiemi omogenei, permettendo una migliore gestione delle attività delle due società e una migliore intellegibilità delle *performance*. È comunque precisato che: i beni destinati alla scissione non rimarranno inutilizzati o destinati al mero godimento personale; i soci non hanno intenzione di trasferire le partecipazioni in Alfa e Beta nel breve periodo. La non fuoriuscita dal regime d'impresa dei beni societari, insieme all'assenza di un regime impositivo agevolato, hanno fatto propendere per la non elusività dell'operazione⁵³³. Non si apprezza comunque il fatto che, per ottenere una risposta favorevole da parte delle Agenzie fiscali, sia necessario puntualizzare la volontà di non cedere le partecipazioni sociali a seguito dell'operazione⁵³⁴.

Nella Risposta a interpello n. 53/2019 l'Agenzia delle Entrate ha affrontato il tema di una scissione parziale proporzionale di due società (Alfa e Beta) a favore di un'unica beneficiaria. La società Alfa rappresenta una *holding* pura operante nei settori immobiliare, agricolo e dell'abbigliamento. La riorganizzazione voluta dal gruppo, al fine di segmentare i diversi settori di attività, dovrebbe essere attuata mediante una scissione parziale proporzionale di Alfa e della controllata Beta a beneficio di una società di nuova costituzione (Zeta), cui saranno destinate le partecipazioni totalitarie nelle società Gamma, Delta ed Epsilon (a loro volta detentrici delle partecipazioni nella società Eta). Lo scopo dell'operazione è quello di affidare a Beta lo svolgimento dell'attività immobiliare, lasciando alle società Gamma, Delta, Epsilon ed Eta la gestione dell'attività agricola.

⁵³¹ M. Beghin, *La scissione parziale proporzionale e il fantasma dell'elusione "condizionata"*, in Riv. Dir. Trib., 2007, p. 761 ss. L'Autore sostiene che ci si trovi di fronte a un'elusione "condizionata", essendo passibili di contestazione le scissioni che, dopo la data di efficacia dell'operazione, prevedano operazioni sulle partecipazioni.

⁵³² Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate del 3 ottobre 2018, n. 21.

⁵³³ Cfr. anche la Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate dell'8 novembre 2018, n. 65.

⁵³⁴ Assonime, nella Circolare n. 27/2018, cit., ritiene inoltre superflua la precisazione a pag. 6 della Risposta, dove si rammenta che la scissione prefigurata dalle società è uno strumento fisiologico "*nell'ambito della riorganizzazione*" delle due attività societarie. La neutralità della scissione, invero, non risulta intaccata dallo schema proposto in sede di istanza, sicché non sarebbe necessario "intromettersi" nelle finalità dell'operazione.

L'Ufficio ha confermato la linea interpretativa seguita negli ultimi anni: la scissione in esame non può essere tacciata di elusività, non determinando “*la fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario d'impresa*”. Difatti, sarà garantita la continuità dei valori fiscalmente rilevanti, senza dar luogo all'emersione di plusvalenze tassabili. Inoltre, l'Istante ha chiarito che: *i)* non è prevista una futura alienazione delle partecipazioni nelle scisse o nella beneficiaria; *ii)* tutte le società coinvolte continueranno a svolgere a tutti gli effetti un'attività d'impresa.

Anche i progetti di riorganizzazione di gruppi societari sono stati giudicati inidonei a configurare situazioni di abuso. Nella Risposta a interpello n. 317/2023, l'Agenzia si è trovata di fronte a un gruppo societario, composto, tra le altre, dalle società Alfa, Beta e Zeta (la capogruppo). Il Gruppo è suddiviso in società “*principal*”, partecipate direttamente da Zeta, e società secondarie, con funzioni serventi rispetto all'attività delle *principal*, partecipate solamente da queste ultime. Beta, società secondaria partecipata da Alfa (una delle società *principal*), ha cominciato a rendersi indipendente, sviluppando un modello di *business* slegato rispetto a quello di Alfa. Sicché, per permettere un controllo diretto della Società Beta, elevandola a *principal*, è necessaria una scissione delle partecipazioni detenute da Alfa in Beta, a favore della capogruppo Zeta⁵³⁵. Il trasferimento della partecipazione avverrà in regime di continuità dei valori fiscali, cosicché i plusvalori afferenti ai beni trasferiti rimarranno latenti anche a seguito della scissione. L'Amministrazione finanziaria, non sussistendo alcun vantaggio fiscale indebito, mette in evidenza la pari dignità dell'operazione proposta con l'alternativa (più lineare) dell'assegnazione della partecipazione al socio Zeta.

Più articolato è il quesito posto nella Risposta a interpello n. 148/2019, con conclusioni comunque favorevoli al contribuente. Il progetto di riorganizzazione, finalizzato a una semplificazione della catena partecipativa di un gruppo societario, consiste sostanzialmente in tre passaggi: il primo, costituito da un conferimento di partecipazioni nella società Alfa da parte dei due soci di controllo (Tizio e Caio) in una società neocostituita Beta, che diverrebbe in tal modo controllante di diritto di Alfa.; il secondo, con cui si procederà a una scissione totale proporzionale di Alfa a favore delle due società che la partecipano (Alfa, controllante, e Delta, socio di minoranza), comportando il trasferimento delle partecipazioni pari al 30 per cento del capitale sociale nella società Gamma; infine, a seguito dei conferimenti e della scissione, Tizio e Caio conferirebbero le partecipazioni

⁵³⁵ Una percentuale di partecipazioni in Beta faceva capo a un terzo soggetto (il “*Sig. A*”), ritenuto irrilevante ai fini della valutazione di elusività.

detenute in Gamma nella società Beta, sicché quest'ultima si ritroverebbe ad essere socio di controllo di Gamma. L'Agenzia delle Entrate, ha ritenuto che le tre operazioni, collegate fra loro, non comportino alcun vantaggio fiscale indebito, fermo restando che gli stessi risultati potevano essere ottenuti anche con la scissione totale di Alfa a favore di Beta e Delta, seguita dal conferimento delle partecipazioni in Gamma (da parte di Tizio e Caio) nella società Beta. Ciononostante, anche la soluzione alternativa sarebbe stata fiscalmente neutrale e, dunque, equivalente – dal punto di vista degli effetti fiscali – all'operazione prospettata dall'Istante. Stante l'assenza di un vantaggio fiscale indebito, l'Agenzia non ha analizzato gli ulteriori elementi tipici dell'elusione fiscale.

In conclusione, ai fini delle imposte dirette (e, per quel che qui può interessare, anche ai fini IVA e di imposta di registro), l'operazione si considera non elusiva.

4.2.2. Le scissioni proporzionali elusive

Specularmente a quanto sopra esposto, sono state contestate dal Comitato Consultivo e dall'Agenzia delle Entrate le scissioni proporzionali che, asseritamente, portavano alla creazione di “*società contenitori*”, ovvero allo spostamento della tassazione dai beni di primo grado ai beni di secondo grado.

Nel 1999, il Comitato Consultivo ha reputato elusivo uno *spin off* immobiliare, da attuare mediante una scissione parziale proporzionale, con cui una S.r.l. intendeva razionalizzare l'assetto societario separando l'attività principale, di carattere industriale, da quella accessoria, destinata alla gestione delle operazioni mobiliari o immobiliari⁵³⁶. Il progetto prevedeva la costituzione di una società in nome collettivo cui destinare i fabbricati industriali e i fondi di ammortamento a questi correlati. Uno dei fabbricati trasferito sarebbe poi stato concesso in locazione alla società stessa, dietro la corresponsione di un canone di locazione a prezzo di mercato. Il giudizio del Comitato, vittima del ricorrente equivoco di fondo, è risultato interamente improntato sulla sussistenza di una “*valida ragione economica*”, con riferimento ai “*soggetti che pongono in essere il negozio*”, e cioè la società scissa e la beneficiaria, senza considerare i soci. L'assenza di valide ragioni extrafiscali era confermata dall'antieconomicità, per la scissa, nel godere di un bene in locazione (pagandone il relativo canone), piuttosto che fruire della piena proprietà. Per giunta, gli importi esigui derivanti dalle operazioni immobiliari non sembravano sufficienti a sostenere un'attività produttiva autonoma. Appaiono palesi le incongruenze riscontrate nel

⁵³⁶ Parere del 23 marzo 1999, n.4.

ragionamento del Comitato: si entra nel merito dell'operazione, andandone a sindacare l'antieconomicità e l'assenza di effettive motivazioni economiche alla base, senza considerare l'esistenza degli elementi costitutivi dell'elusione fiscale. Nel concreto, non vengono menzionate le norme che si ritengono aggirate, né tantomeno il vantaggio fiscale indebito che ne deriva. Senza menzionare il fatto che, escludendo le ragioni dei soci nella ponderazione degli interessi sottesi all'operazione, viene ingiustificatamente omessa una valutazione che in molte risposte a interpello è risultata determinante, in considerazione dei riflessi indiretti che tali ragioni possono avere sulla società⁵³⁷.

In una Risoluzione del 2002⁵³⁸, il progetto presentato all'Agenzia delle Entrate era suddiviso in due fasi: la prima, dove con scissione parziale proporzionale a favore di cinque beneficiarie di nuova costituzione, si trasferivano determinati complessi immobiliari; la seconda, il cui obiettivo era rappresentato dallo svolgimento di interventi di natura edilizia sugli immobili, destinati poi ad essere ceduti o locati anche indirettamente, tramite la cessione delle partecipazioni nelle beneficiarie. Gli obiettivi dell'operazione, riconosciuti dall'Amministrazione finanziaria, sono: l'alienazione degli immobili; la stipula di contratti di locazione; l'alienazione delle partecipazioni nelle beneficiarie e nella scissa. Il risparmio d'imposta viene identificato nella cessione delle partecipazioni, effettuate da persone fisiche non esercenti attività d'impresa o da persone giuridiche esercenti attività d'impresa, per cui potessero sussistere i presupposti per l'assoggettamento ad imposta sostitutiva ai sensi del D.Lgs. n. 461/1997⁵³⁹. L'abusività poteva quindi riscontrarsi, per l'Ufficio, nell'unico *“fine di preordinarsi le condizioni per l'assoggettamento della plusvalenza ad aliquota agevolata ... sui beni all'uopo trasformati in beni di secondo grado, per il tramite di apposite società contenitore”*. Orbene, per superare tale ostacolo è necessaria la sussistenza di valide ragioni extrafiscali. Nello specifico, a giustificazione dell'utilizzo dello strumento della scissione, vengono apprezzati: il completamento o l'inizio di lavori edificatori per gli immobili oggetto di scissione; l'affidamento dei progetti a esponenti del mondo accademico e professionale; la *“conseguente caratterizzazione architettonica di ciascun intervento edilizio”*; la destinazione dei singoli immobili a investitori specifici (per cui si rendono necessari una campagna pubblicitaria e un supporto finanziario personalizzati). Cionondimeno, l'Agenzia non riconosce genuinità alla creazione di cinque *“società contenitori”* dei complessi immobiliari, posto che gli stessi obiettivi potrebbero essere raggiunti, più facilmente, se i

⁵³⁷ Si pensi, segnatamente, alla necessità di risolvere dissidi insanabili fra i soci, ovvero alle scissioni operate per permettere il passaggio generazionale tra componenti della stessa famiglia.

⁵³⁸ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 21 febbraio 2002, n. 53/E

⁵³⁹ Si veda la nota 512.

cespiti rimanessero in mano alla scindenda. La scissione, dunque, non apparirebbe “*istituto giuridico preordinato alla realizzazione dei suddetti obiettivi economici*”, con la conseguenza che le ragioni economiche potrebbero essere valide solo se scopo dell’operazione “*fosse quello di separare due o più attività tra loro eterogenee*”. L’Agenzia ha così ritenuto contestabile l’operazione, nella parte in cui vengano cedute le partecipazioni nella beneficiaria ottenute dalla scissione.

Il Comitato Consultivo, nel parere del 10 ottobre del 2006, n. 27, ha confermato le criticità emerse nel parere n. 4/1999, andando a sindacare su un’operazione di scissione parziale proporzionale, volta a separare il patrimonio immobiliare dall’attività caratteristica della società. L’opera di riorganizzazione era indispensabile per l’ingresso nella compagine sociale della scissa di un investitore estero, disposto ad acquisire le quote (in una misura che oscillava tra il 60% e il 100% delle partecipazioni totali) solamente dopo lo scorporo della componente immobiliare dalla società. Il Comitato, negando sostanzialmente la possibilità di fruire di un legittimo risparmio d’imposta, sostiene di non comprendere i “*motivi che avrebbero condotto i soci a non utilizzare lo strumento più congruo rispetto alle reali finalità perseguite*”, ovvero la cessione del ramo d’azienda immobiliare. Ebbene, ad essere aggirato sarebbe l’art. 86, comma 2 del TUIR, che regola la tassazione delle plusvalenze derivanti dalla cessione di un ramo d’azienda⁵⁴⁰.

Meritevoli di menzione sono le risoluzioni nn. 97/E e 256/E del 2009, che hanno raccolto diverse critiche da parte della dottrina maggioritaria. La prima riguarda un’istanza di interpello da prendere come esempio su “*come ‘non’ dovrebbero essere predisposte le istanze di interpello*”⁵⁴¹, non essendo specificato nell’atto introduttivo dell’istanza se, dopo la realizzazione dell’operazione, i soci avessero l’intenzione di cedere o meno le partecipazioni nella beneficiaria, nella scissa ovvero in entrambe. Il quesito verteva su una scissione parziale proporzionale di una S.n.c. – titolare di tre impianti di distribuzione di carburante e partecipata da due coniugi, Tizio e Caio, e la figlia Sempronio – mediante la quale si sarebbe trasferito uno dei tre rami aziendali. Il secondo *step* del progetto di riorganizzazione prevedeva la cessione dell’intero pacchetto di partecipazioni nella scissa. Le ragioni addotte dai soci erano di carattere strettamente personale, vertenti principalmente

⁵⁴⁰ Secondo M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 760, il parere del Comitato entra in conflitto con la libertà di scegliere l’alternativa meno onerosa, “*anche perché, probabilmente, taluni soci “originari” finivano per rimanere nella società a garanzia, nei confronti degli acquirenti, della continuità della gestione aziendale*”.

⁵⁴¹ M. Beghin, *Scissione parziale e proporzionale, successiva vendita delle partecipazioni ed elusione tributaria: le cattive abitudini sono dure a morire*, in Riv. Dir. Trib., 2009, p. 602.

sull'età avanzata dei coniugi e sulla volontà di Sempronio di fuoriuscire dalla compagine sociale, in quanto “*residente altrove*”. Il fulcro della costruzione, che ha poi portato l'Agenzia delle Entrate a ritenerla elusiva, era però la rivalutazione delle quote del capitale della S.n.c. operata prima della scissione, ai sensi dell'art. 2 del D.L. n. 282/2002⁵⁴². Anche l'Amministrazione finanziaria conferma l'impostazione scelta dal Comitato Consultivo: l'operazione di scissione può essere realizzata in regime di neutralità fiscale anche per consentire la divisione di un complesso aziendale in più “*sistemi economici*”, purché: l'azienda o il ramo di azienda sia idoneo a svolgere autonomamente attività d'impresa; all'operazione non consegua la cessione delle partecipazioni societarie, ispirata dalla finalità di eludere l'imposizione sui beni di primo grado. La scissione presentata nell'istanza, stando all'Ufficio, non garantisce né persegue la continuità aziendale ed imprenditoriale, ma rappresenta solo “*una fase intermedia di un più complesso disegno unitario finalizzato alla creazione di una o più società ‘contenitori’*” del complesso aziendale scisso, che sarebbe poi circolato mediante la cessione delle partecipazioni. La norma aggirata sarebbe l'art. 86, comma 2, del TUIR, applicabile in luogo dell'art. 68, comma 3, del TUIR, sulla tassazione dei *capital gains*. Non sussisterebbe inoltre alcuna valida ragione economica, vista la circostanza che gli impianti erano già affidati a terzi tramite contratti di comodato. L'esito è sempre lo stesso: la cessione delle quote societarie *post* scissione inficia l'intero procedimento, anche se ad essere trasferiti siano interi complessi aziendali e non semplicemente singoli beni⁵⁴³. La considerazione riguardante la rivalutazione delle partecipazioni non rende convincente la tesi dell'Agenzia. La previsione di un regime alternativo (insindacabilmente agevolativo) per permettere l'affrancamento delle quote era stata introdotta proprio in vista di una futura vendita delle partecipazioni. Il fatto che questa si perfezioni in due tempi, ovverosia con una rivalutazione che precede la scissione, seguita dall'alienazione delle quote, non deve portare alla conclusione per cui l'operazione sia elusiva. Il valore delle partecipazioni, equivalente prima e dopo la scissione, sarebbe stato ripartito tra le partecipazioni nella scissa e nella beneficiaria in maniera proporzionale al patrimonio netto di scissione. Di conseguenza, la plusvalenza da cessione delle partecipazioni rimarrebbe inalterata, sia nel caso in cui le quote venissero cedute prima della

⁵⁴² La norma, attraverso il richiamo all'art. 5 della L. n. 448/2001, permetteva la rideterminazione dei valori di acquisto delle partecipazioni non negoziate nei mercati regolamentati, con applicazione di un'aliquota pari al 2 o al 4 per cento, a seconda della qualifica delle partecipazioni come qualificate o non qualificate.

⁵⁴³ E. Zanetti, *Risoluzione n. 256/E del 2 ottobre 2009 - Scissioni societarie ed elusione fiscale*, in *Il fisco*, 2009, p. 6369, non condivide la prassi dell'Amministrazione finanziaria, soprattutto nei casi in cui difetta della “*sensibilità interpretativa*” che dovrebbe portare a distinguere tra scissione di singoli beni e scissione di un complesso aziendale.

scissione, sia qualora ciò dovesse avvenire *post* scissione. Pertanto, si riaffaccia lo stesso meccanismo incontrato finora, dove la scelta tra più alternative fiscalmente valide viene negata, in ragione di un risparmio d'imposta solo all'apparenza indebito.

Lo spettro di una tassazione rinviata *sine die* ha da sempre rappresentato per le Agenzie fiscali un rischio non percorribile, da epurare sin dal primo momento utile. Senonché, il disconoscimento di operazioni simili a quella appena prospettata limita enormemente la sfera di legittimità del risparmio d'imposta, con il contribuente che si ritrova *ob torto collo*, pur nella disponibilità di più alternative valide previste dall'ordinamento, a dover scegliere quella fiscalmente più onerosa⁵⁴⁴.

Mutatis mutandis, la Risoluzione n. 256/E del 2 ottobre 2009 si pone perfettamente in linea con quanto già detto. L'operazione consisteva nella scissione totale proporzionale di una società esercente attività di commercio all'ingrosso e al minuto, con costituzione di due S.n.c. cui affidare, rispettivamente, l'opificio dove aveva luogo l'attività d'impresa e il complesso aziendale utilizzato per svolgerla. Il copione è lo stesso: l'operazione è stata bollata come elusiva, colpevole del fatto che portava alla creazione di società contenitori, le cui partecipazioni sarebbero destinate alla vendita, *“con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado ... ai beni di secondo grado”*.

Ci si chiede, perciò, quali possano essere le valide ragioni economiche che possano “salvare” operazioni di scissione dal destino ormai segnato. A dare una risposta (seppur non vincolante) è il Consiglio Nazionale del Notariato nello Studio n. 56-2016/T, dedicato all’*“Abuso del diritto nella pratica notarile: rilevanza delle valide ragioni extrafiscali nelle operazioni societarie straordinarie”*. Anzitutto, lo Studio tratteggia le caratteristiche generali che le ragioni extrafiscali dovrebbero avere. Precisamente, queste devono essere: 1) *“di norma ‘oggettive’*”, cioè di carattere non strettamente personale; 2) effettive, cioè non meramente fittizie; 3) non marginali; 4) rispondenti all’interesse strutturale o funzionale dell’impresa⁵⁴⁵. Nel fornire un elenco delle valide ragioni extrafiscali, senza pretese di esaustività, il Comitato indica: l’ottimizzazione della gestione; i dissidi tra i soci; la modifica dei profili di responsabilità dei soci; le nuove acquisizioni; le nuove esposizioni debitorie; il

⁵⁴⁴ Nello stesso senso M. Beghin, *Scissione parziale e proporzionale, successiva vendita delle partecipazioni ed elusione tributaria: le cattive abitudini sono dure a morire*, in Riv. Dir. Trib., 2009, p. 605. Per l’Autore, chi scelga di cedere le quote anziché procedere con la cessione dell’azienda *“non schiva un regime più gravoso e non si assicura posizioni di vantaggio che non gli sarebbero in alcun modo spettate: egli si limita a scegliere un percorso negoziale che, come rilevato, è abbinato, per scelta riconducibile a sistema, ad una minore pressione fiscale”*.

⁵⁴⁵ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 56-2016/T, p. 4. In termini, il Comitato indica anche la Cass. Civ., Sez. V, 14-01-2015, n. 439.

controllo societario di un'altra società; il ricambio generazionale; il subentro di terzi nella titolarità delle partecipazioni; il miglior conseguimento dell'oggetto sociale⁵⁴⁶. Non sembra però che l'Agenzia delle Entrate sia in linea con simili conclusioni, addivenendo, come dimostrato dai numerosi documenti di prassi esposti, a negare la rilevanza di tali ragioni economiche. La Suprema Corte di Cassazione, in relazione a una scissione parziale proporzionale, con trasferimento del patrimonio immobiliare e successiva cessione delle partecipazioni nella beneficiaria, ha illustrato che *“In tema di elusione fiscale, sono prive di carattere elusivo e non integrano l'abuso del diritto le operazioni straordinarie sul capitale delle società giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o di un ramo d'azienda ...”*⁵⁴⁷.

Sempre in sede di legittimità⁵⁴⁸, è stata giudicata elusiva una scissione parziale proporzionale di una S.p.a. con assegnazione del patrimonio immobiliare a una S.r.l. di nuova costituzione, seguita dal riacquisto di una parte dei beni immobili trasferiti da parte della stessa scissa. Successivamente, veniva ceduta la totalità delle quote nella beneficiaria al socio Tizio, al coniuge e al figlio. Contemporaneamente, Tizio alienava le sue partecipazioni nella scissa agli altri soci. La contestazione erariale, confermata dalla Cassazione, dubitava della genuinità di un'operazione in cui si era consentito a Tizio di recedere liberamente dalla S.p.a., con sostanziale assegnazione dei beni immobili come liquidazione della sua quota di partecipazioni. Dopo aver chiarito un importante aspetto sul riparto dell'onere probatorio⁵⁴⁹, i Giudici Supremi hanno fatto luce sull'autonomia del piano fiscale rispetto a quello civilistico, con il primo che segue il principio della prevalenza della sostanza economica sulla qualificazione formale dei negozi adottati dai contribuenti. Nella sostanza, secondo gli Ermellini, il *“complesso significato economico dell'operazione”* ha reso possibile l'aggiramento delle disposizioni sull'assegnazione dei beni ai soci attraverso il recesso. I punti critici della pronuncia sono essenzialmente due⁵⁵⁰: l'assenza di una specifica esposizione dei motivi per cui si ritiene verificato un vantaggio fiscale indebito e

⁵⁴⁶ *Ivi*, p. 5.

⁵⁴⁷ Cass Civ, 12-04-2022, n. 11890.

⁵⁴⁸ Cass. Civ., 22-09-2022, n. 27709.

⁵⁴⁹ Nel ragionamento della Corte (supportato da una costante giurisprudenza), spetta all'Amministrazione finanziaria provare l'esistenza del disegno elusivo e le relative modalità di attuazione, non rispettose di una *“normale logica di mercato e perseguit[e] solo per pervenire ad un determinato risultato fiscale (Cass., sez. 5, 26 febbraio 2014, n. 4603; Cass. N. 1465/2009)”*. Al contribuente è invece riservato l'onere di dimostrare l'esistenza di valide ragioni diverse dal mero risparmio d'imposta.

⁵⁵⁰ F. De Rosa, *Scissione e cessioni di partecipazioni aggirano il recesso: per la Cassazione è abuso del diritto - Non può essere la lettura in chiave economica a far emergere l'abuso del diritto*, in GT- Riv. Giur. Trib., 2022, p. 950.

la comparazione della scissione con la disciplina del recesso. Il Supremo consesso non ha esposto il percorso logico seguito per pervenire alla conclusione per cui il vantaggio dovesse considerarsi indebito, limitandosi a richiamare astrattamente l'assenza di sostanza economica e il perseguimento di vantaggi fiscali. L'unico accenno sul punto viene fatto nel momento in cui si compara l'operazione di cui si controverte con altre più lineari. Qui si giunge alla seconda criticità. Per prima cosa, il percorso “*più lineare*” sarebbe stato quello della scissione asimmetrica, che avrebbe permesso al socio uscente di ottenere solamente partecipazioni nella beneficiaria⁵⁵¹. In secondo luogo, la comparazione dei risultati perseguiti dall'istante con quelli del recesso sembra seguire una logica alquanto inconsistente. La somiglianza, infatti, è “*solo economico-funzionale*”⁵⁵². Ma se dal punto di vista economico il risultato fosse lo stesso, sul versante giuridico le due operazioni realizzano degli effetti piuttosto differenti. Se da un lato il recesso permette al socio di acquisire la titolarità dei beni ottenuti in liquidazione della propria partecipazione, dall'altro con la scissione permane il vincolo societario che lega il bene immobile alla società beneficiaria. Quest'ultimo permane nel regime impositivo dei redditi d'impresa, senza poter “fuggire” verso prospettive fiscalmente meno onerose. E la fuoriuscita dal regime impositivo più gravoso si sarebbe verificata solamente con un recesso, anche se parziale.

In definitiva, non è ancora manifesto il criterio da dover seguire per poter comprendere se la scissione proporzionale sia a tutti gli effetti elusiva o meno. Quel che è certo è che indici sintomatici di una situazione di abuso possono riscontrarsi nella creazione di “*mere società contenitore*”, nelle scissioni seguite da cessione delle azioni o quote nella scissa e nelle beneficiarie, e nelle costruzioni complesse e artificiose, dove la scissione delinea una semplice fase intermedia di un più ampio disegno, asservito al conseguimento di un risparmio d'imposta indebito.

4.3. La scissione non proporzionale e la scissione asimmetrica

Nei paragrafi precedenti si è affermato che la scissione non proporzionale (insieme alla scissione asimmetrica) è da sempre l'operazione che ha destato maggiori sospetti per l'Erario. Con la scelta del criterio dell'assegnazione non proporzionale delle partecipazioni, si vanno infatti a toccare gli equilibri negli assetti proprietari della società, potendo proficuamente realizzare operazioni di assegnazione sostanziale dei beni aziendali. A livello legislativo, l'art. 123-*bis* del TUIR prevedeva una presunzione *iuris et de iure* di elusività

⁵⁵¹ *Ibidem.*

⁵⁵² *Ibidem.*

delle scissioni non proporzionali. L'abrogazione della disposizione antielusiva (unitamente a diverse pronunce in sede amministrativa) ha eliminato la presunzione di abusività della scissione non proporzionale. Inizialmente, anche il Comitato Consultivo ha seguito un approccio più permissivo, arrivando ad affermare che l'operazione di scissione parziale non proporzionale “non è di per sé elusiva”⁵⁵³. In seguito, in piena contraddizione con quanto affermato nei pareri precedenti, il Comitato si è reso artefice di numerosi pareri sfavorevoli alle scissioni non proporzionali. Allo stesso modo, l'Agenzia delle Entrate, anche dopo la soppressione del Comitato Consultivo, è rimasta del medesimo avviso per più di un decennio.

4.3.1. Le scissioni non proporzionali non elusive

Il Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, come anticipato, per un breve periodo ha confermato la volontà di superare la presunzione di elusività delle scissioni non proporzionali. Emblematico è stato il parere n. 9/2004, concernente una scissione non proporzionale di una società impegnata in una serie di attività industriali fra loro collegate, proprietaria di un cospicuo patrimonio immobiliare, e partecipata da tre soci. Con la scissione si intendeva trasferire la componente immobiliare a due società di nuova costituzione, partecipate in misura differente rispetto agli originali assetti societari (la prima beneficiaria sarebbe stata partecipata da due dei tre soci, con la seconda che sarebbe stata partecipata solo dal terzo socio). Le due società neocostituite continuerebbero a svolgere attività d'impresa, locando i beni ricevuti in sede di scissione. In conseguenza di ciò, gli *asset* non verrebbero sottratti dal regime d'impresa e le società beneficiarie non potrebbero definirsi “società contenitore”. A ciò si aggiunge la dichiarazione dei soci di non voler trasferire le partecipazioni nella scissa o nelle beneficiarie in un momento successivo all'operazione. Pertanto, l'Organismo ha sostenuto che la scissione in esame non fosse elusiva, sempre che non venissero in concreto poste in essere operazioni ulteriori (come la cessione di partecipazioni) che potessero compromettere le finalità riorganizzative della scissione⁵⁵⁴. Già nel lontano 1998 il Comitato aveva reso parere favorevole per un'operazione di scissione non proporzionale dovuta a dissidi insanabili tra soci, con separazione dell'attività immobiliare da quella produttiva⁵⁵⁵. L'Agenzia delle Entrate, nella risoluzione n. 5/E, del 9 gennaio 2006, nel solco di tale impostazione, ha aggiunto una

⁵⁵³ Parere del primo ottobre 2004, n. 22.

⁵⁵⁴ Le stesse conclusioni sono state raggiunte nel Parere n. 5, del 24 febbraio 2005,

⁵⁵⁵ Parere del 13 maggio 1998, n.4. In senso analogo, v. anche Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, del 22 marzo 2007, n. 56/E.

sfumatura non presente nel Parere del '99. L'Ufficio, constatando la genericità e lacunosità della produzione documentale dell'istante, ha ritenuto necessaria, al fine di provare l'esistenza di dissidi insanabili tra i soci, la produzione di una documentazione che comprovasse tale situazione di fatto.

Stando a quanto affermato dalla prassi amministrativa, appare evidente che per il riconoscimento della non elusività dell'operazione sia cruciale lo svolgimento di un'effettiva attività d'impresa da parte delle società beneficiarie⁵⁵⁶. Nel parere n. 29/2006, il Comitato Consultivo ha esaminato il caso di una scissione parziale non proporzionale di una Società, composta da due gruppi familiari, che svolgeva due attività d'impresa concorrenti. Scopo della scissione era quello di superare le divergenze emerse nella compagine sociale, attribuendo a due società beneficiarie, costituite *ex novo*, i rami aziendali occorrenti per lo svolgimento dell'attività sociale. Seguendo il criterio non proporzionale, a ciascuna famiglia spettavano solo le partecipazioni di una delle due beneficiarie, al fine di perseguire differenti obiettivi economici nell'esercizio delle attività d'impresa. Appunto, la continuazione dell'attività da parte delle neocostituite è stata decisiva per ottenere il *placet* del Comitato, che ha enfatizzato la mancata sottrazione dei beni trasferiti dal regime d'impresa, non facendo “*venir meno la latenza d'imposta sul relativo plusvalore*”.

Sempre rimanendo in tema di dissidi fra soci, la Risoluzione n. 56/E del 22 marzo 2007 offre un importante spunto di riflessione. Nell'operazione era coinvolta la Società “*ALFA e BETA S.n.c.*”, il cui oggetto sociale era suddiviso nell'attività di riparazioni metalmeccaniche e nell'attività di verniciatura. I soci, Sig.ri ALFA e BETA, svolgevano in piena indipendenza tra loro le due attività (ad ALFA era riservata l'attività di riparazione, a BETA quella di verniciatura). La situazione di discordia emersa tra i due soci era divenuta insuperabile, sì da rendere necessaria una netta separazione delle attività d'impresa. Lo strumento più idoneo era rappresentato da una scissione totale non proporzionale in due S.r.l., preceduta dalla separazione dell'immobile sociale in due parti, ciascuna riservata alla rispettiva attività. Alle beneficiarie sarebbe spettata la porzione di immobile attrezzato per l'attività di verniciatura (per BETA) o di riparazione (per ALFA). L'Agenzia ha confermato quanto detto finora, e cioè che i dissidi insanabili possono rappresentare valide ragioni economiche. In dottrina ci si è interrogati su quali possano essere i presupposti per potersi parlare di “*dissidi insanabili*”. Si è così supposto che debba trattarsi di quelle situazioni afferenti alle scelte strategico-gestionali, dove le divergenze fra i soci sono talmente gravi

⁵⁵⁶ C. Cimino, *Note in tema di elusione e scissione non proporzionale*, Rass. Trib., 2010, p. 1029.

da “*influire significativamente sulla gestione dell’impresa sociale, condizionandone i presupposti di efficienza e di economicità*”⁵⁵⁷. Tali situazioni possono inficiare la stessa economicità della continuazione dell’attività sociale, sicché rientra nell’interesse della società “assecondare” una scelta derivante dal deterioramento del rapporto tra i soci. Nel caso di specie, l’Agenzia delle Entrate ha dato il via libera alla Società in quanto, oltre a sussistere valide ragioni economiche: i beni non sono sottratti dal regime d’impresa; non è prevista l’alienazione delle partecipazioni; non sono create “*società contenitore*”; non emergono conguagli in danaro fra i soci.

Nelle scissioni non proporzionali causate da dissidi tra soci, l’Agenzia ha tenuto distinte, per la valutazione sull’esistenza di valide ragioni extrafiscali, le scissioni di aziende o rami d’azienda dalle scissioni di singoli beni o complessi di beni. Per le scissioni di un complesso aziendale, è più facile per gli Uffici riconoscere la sussistenza di valide ragioni economiche. Per le scissioni di singoli beni, le Agenzie fiscali sono più attente e tendono a lasciare un minore spazio di manovra agli operatori economici. Soltanto l’esigenza di scongiurare il rischio di paralisi della società, altrimenti inevitabile, permetterebbe il ricorso alla scissione piuttosto che alla liquidazione della società⁵⁵⁸. Indipendentemente da ciò, l’equiparazione tra scissione non proporzionale e liquidazione di una società pare inconferente, in ragione del fatto che i risultati ottenuti sono differenti. La scissione non proporzionale, invero, dovrebbe essere comparata con la liquidazione della società seguita dal conferimento in una società di nuova costituzione dei beni ricevuti dalla liquidazione, operazione ben più artificiosa della scissione⁵⁵⁹.

Con l’ingresso della clausola generale antiabuso nel panorama nazionale, un *revirement* sull’interpretazione dell’abuso del diritto nelle operazioni straordinarie era obbligatorio. In tale prospettiva, la Circolare n. 21 del 2016⁵⁶⁰ di Assonime si è occupata, tra le altre, delle operazioni di scissione non proporzionale di azienda e di singoli beni. L’Associazione, alla luce dell’introduzione dell’art. 10-*bis*, ha ritenuto come non elusive le

⁵⁵⁷ G. Beltramelli, *Note in tema di elusione e scissione non proporzionale in caso di dissidio tra i soci*, in Il Torresino, maggio/giugno 2011, p. 11.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ Così M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 767.

⁵⁶⁰ La Circolare n. 21 ha ricevuto numerosi consensi in dottrina. *Ex multis*, G. Franson, *L’assonime e l’abuso del diritto: una circolare con molte luci e qualche ombra*, in Riv. Dir. Trib. – Supplemento online, 2016, che ha tessuto le lodi del contributo di Assonime per due ordini di ragioni: innanzitutto, l’Associazione ha esaminato la stragrande maggioranza dei problemi interpretativi che potrebbero sorgere dall’art. 10-*bis* della l. n. 212/2000, offrendone anche le possibili soluzioni; inoltre, l’approccio casistico, considerato insolito in dottrina, soprattutto se così ampio, consentirebbe di sviluppare un metodo che gli esperti del diritto dovrebbero tenere in considerazione.

ipotesi fin qui riportate di scissioni non proporzionali. Concretamente, l'impostazione della prassi amministrativa sarebbe inconsistente di fronte alla (ai tempi) nuova clausola generale, dal momento che: dal punto di vista civilistico la scissione è pienamente legittima; la neutralità fiscale è perfettamente coerente con la natura successoria della scissione; non è corretto porre sullo stesso piano scissione e assegnazione di beni, in quanto nell'operazione straordinaria i beni sociali trasferiti non fuoriescono dal regime d'impresa⁵⁶¹.

A seguito della pubblicazione delle Risoluzioni nn. 97/E e 98/E del 2017, si sono avvicendate una serie di risposte a interpello dell'Agenzia delle Entrate, per operazioni di scissione non proporzionale, tutte favorevoli alla parte istante. Ci si riferisce, tra le altre, alle seguenti risposte:

- Risposta a interpello n. 36, del 12 ottobre 2018: una S.n.c., composta da quattro soci persone fisiche (ciascuno proprietario del 25% delle partecipazioni), esercente attività immobiliare e proprietaria di un condominio, vuole scindersi a seguito dei dissidi sorti fra i soci. La volontà è quella di costituire quattro S.r.l. cui destinare l'89,81% del patrimonio immobiliare, distribuendo le azioni fra i soci in misura non proporzionale (ogni socio sarebbe titolare del 100% delle partecipazioni di una delle S.r.l.). L'istante ha precisato che le quote delle partecipanti alla scissione non sarebbero cedute prima o dopo l'operazione. Per l'Agenzia l'operazione non presenta profili di elusività, trattandosi di operazione fisiologica alla prosecuzione dell'attività in maniera autonoma tra i soci.
- Risposta a interpello del 19 ottobre 2018, n. 40: una società partecipata da due sorelle in misura eguale, esercente attività di locazione degli immobili strumentali, ha deciso di operare una scissione totale non proporzionale, con attribuzione del patrimonio sociale a due S.r.l. di nuova costituzione. Data la natura dei beni trasferiti, è necessario un (esiguo) conguaglio in denaro da una delle beneficiarie verso l'altra. La decisione è stata presa a causa delle divergenze tra le due socie. Viene dichiarato che le partecipazioni nelle beneficiarie non sarebbero negoziate nel prossimo futuro. Per l'Agenzia, l'operazione non è elusiva, stante il mantenimento dei beni nel regime d'impresa, l'operatività delle beneficiarie e il carattere fisiologico dell'operazione.
- Risposta a interpello del 25 marzo 2019, n. 87: una S.n.c., le cui partecipazioni sono possedute da due soci (entrambe pari al 50% del capitale sociale), è titolare

⁵⁶¹ Le stesse considerazioni sono state fatte per le scissioni di singoli beni. Si rimanda però al par. 4.5.1. per la loro analisi.

di due rami d'azienda, con cui viene esercitata, in maniera autonoma tra i due rami, attività di ristorazione concessa in affitto ad altre due società. I dissidi tra i soci hanno reso necessaria un'operazione di scissione totale non proporzionale, costituendo due S.r.l. cui destinare i due rami d'azienda. A ciascun socio spetterebbe la partecipazione totalitaria in una delle due S.r.l., che continuerebbero comunque ad esercitare l'attività d'impresa. Gli istanti hanno precisato di non voler ricorrere alla cessione delle rispettive quote nel periodo immediatamente successivo alla scissione. Ancora, l'Agenzia ha sostenuto la non elusività dell'operazione, visto il mantenimento del regime d'impresa per gli immobili trasferiti e l'operatività delle due neocostituite.

- Risposta a interpello del primo ottobre 2020, n. 421: una società, che svolge attività di locazione dei propri immobili, è interamente partecipata da due soci (ciascuno al 50% del capitale sociale), che detengono la nuda proprietà delle partecipazioni (l'usufrutto delle quote spetta invece ad altri due soggetti). Non concordando sulle strategie aziendali, i soci hanno deciso di scindere la società con criterio non proporzionale. Più nello specifico, l'operazione prevede la costituzione di una nuova società, partecipata interamente da uno dei due soci nudi proprietari, mentre all'altro nudo proprietario sarà riservata la partecipazione totale nella scissa. Gli usufruttuari manterrebbero il diritto di usufrutto sul 50% delle partecipazioni in ciascuna delle due società. L'operazione non è preordinata alla cessione delle quote nella scissa o nella beneficiaria a seguito dell'efficacia della scissione. L'Amministrazione finanziaria ha giudicato l'operazione genuina, in virtù della conservazione del regime d'impresa per i beni sociali e della natura fisiologica dell'operazione per il perseguimento delle strategie aziendali.
- Risposta a interpello del 17 dicembre 2021, n. 830: i soci A e B detengono partecipazioni totalitarie (50% ciascuno) nelle società facenti parte del gruppo Gamma (Alfa, Omega e Gamma). Al fine di consentire ai due soci di perseguire strategie imprenditoriali differenti, viene prospettata una riorganizzazione del gruppo in due distinti gruppi economici. I passaggi da seguire sono due: il conferimento congiunto delle partecipazioni in Omega e Gamma a favore della capogruppo Alfa; scissione parziale non proporzionale di Alfa con costituzione di una nuova S.r.l. (Delta), le cui quote sono attribuite al socio B, mentre ad A spetterebbero le quote in Alfa. Il conferimento delle partecipazioni in Alfa,

rispettando i requisiti dell'art. 177, comma 2 del TUIR, avviene in regime di neutralità fiscale. Gli istanti precisano che le quote in Alfa e in Delta non saranno destinate a una cessione nel breve termine. L'Agenzia osserva come la permuta di partecipazioni tra i due soci A e B, quale operazione alternativa a quella prospettata dal gruppo Gamma, sia inadatta a realizzare lo stesso assetto societario del conferimento seguito da scissione, in quanto non permetterebbe la costituzione di Delta quale *holding* delle partecipazioni riferibili a B. L'operazione è perciò giudicata dall'Ufficio come non elusiva, anche alla luce delle valide ragioni economiche sottostanti (separazione dell'attività sociale tra i due gruppi familiari).

L'iter seguito dall'Agenzia delle Entrate nell'esposizione delle ragioni per cui la scissione non debba ritenersi elusiva è sempre lo stesso. Anzitutto, viene rammentato che *“In linea di principio, l'operazione di scissione ai sensi dell'articolo 173 del TUIR è fiscalmente neutrale e il passaggio del patrimonio della società scissa a una o più società beneficiarie - che non usufruiscano di un sistema di tassazione agevolato - non determina la fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario d'impresa”*⁵⁶². È poi sottolineato che i plusvalori latenti dei cespiti trasferiti potranno concorrere alla formazione del reddito della società solamente con la loro fuoriuscita dal regime d'impresa. Tale affermazione viene rafforzata con la constatazione che i beni oggetto di scissione, per come è stata descritta l'operazione nell'istanza, non vengono sottratti al regime d'impresa. Incidentalmente, viene messo in evidenza il fatto che, ai fini della non elusività della scissione, occorre comunque rispettare tutte le prescrizioni descritte dall'art. 173 del TUIR, insieme alle altre disposizioni che disciplinano la fiscalità dei soci. Infine, l'Agenzia conclude confermando che l'operazione non comporta il conseguimento di vantaggi fiscali indebiti, con la scissione che rappresenta un atto fisiologico per consentire ai soci e alla società la migliore prosecuzione dell'attività sociale. Il percorso logico-argomentativo seguito dall'Amministrazione finanziaria nell'esame delle istanze di interpello sembra sempre abbastanza chiaro. Tuttavia, è d'obbligo rilevare che l'Agenzia mantiene sempre un atteggiamento piuttosto difensivo, argomentando in maniera talvolta sintetica e ricordando, a più riprese, che eventuali negozi, atti o fatti compiuti in collegamento con l'operazione possono inficiare la non elusività dell'operazione. Oltretutto, in tutte le Risposte ispezionate, l'Istante indicava la volontà di

⁵⁶² Risposta a interpello n. 421/2020, ma le parole qui riportate vengono utilizzate anche in tutte le altre risposte a interpello analizzate.

non voler procedere all'alienazione delle partecipazioni dopo l'operazione⁵⁶³. Si apprezza comunque il fatto che, a differenza del passato, anche le operazioni di scissione non proporzionale siano generalmente giudicate positivamente dall'Amministrazione finanziaria.

4.3.2. Le scissioni non proporzionali elusive

Passando ora alle ipotesi in cui è stata riscontrata l'elusività delle scissioni non proporzionali, sono state molte le risposte a interpello sfavorevoli al contribuente.

Nel 1999, il Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive ha reputato elusiva un'operazione di scissione non proporzionale con cui una S.a.s., impegnata nel settore dell'edilizia, intendeva dividere il fabbricato di proprietà sociale tra i tre soci accomandanti, con la costituzione di altrettante società beneficiarie. Ad ognuno dei tre soci sarebbe spettata la partecipazione totalitaria in una delle tre beneficiarie. Secondo il Comitato, il percorso logico da seguire, nella valutazione dell'elusività di un'operazione di scissione, deve partire dall'esame delle ragioni economiche sottese all'operazione, valutando infine se dall'operazione possano emergere indebiti risparmi d'imposta rispetto a strumenti giuridici alternativi. Nel caso di specie, l'Organismo non ha rilevato l'esistenza di valide ragioni economiche e ha giudicato come più corretto l'utilizzo dello strumento della liquidazione della società. Oltre al fatto che il Comitato ha ingiustificatamente utilizzato come mezzo di comparazione lo strumento liquidatorio – estremamente differente rispetto a quello riorganizzativo (come già rilevato *supra*) –, è a dir poco sorprendente come si sia data importanza solo all'assenza di valide ragioni extrafiscali, senza minimamente dare conto dell'assenza di un vantaggio fiscale indebito.

All'inizio degli anni 2000, a seguito di diversi pareri tendenti a favorire l'utilizzo delle scissioni non proporzionali, si è passati a pareri che seguivano un orientamento di segno opposto, “*dal contenuto spesso disarmante*”⁵⁶⁴. Un esempio lampante di tale deriva interpretativa è offerto dal Parere del 12 maggio 2005, n. 11. Una S.r.l., con attività di gestione di immobili, era partecipata da otto soci, fra cui erano individuabili due schieramenti di interessi tra loro contrapposti. Si era così propeso per suddividere la società in due, attraverso una scissione totale non proporzionale, al fine di perseguire obiettivi aziendali non coincidenti. In questo caso l'esposizione delle ragioni da parte del Comitato è stata più analitica rispetto alle precedenti risposte. Restano però le medesime criticità emerse nelle altre pronunce. Più nello specifico, si parte sempre (incomprensibilmente) dalla

⁵⁶³ Si ritorna, perciò, a quanto detto in merito alle scissioni proporzionali non elusive nel par. 4.2.1.

⁵⁶⁴ D. Stevanato, *La norma antielusiva nei pareri del Comitato per l'interpello*, in Dir. Prat. Trib., 2002, p. 223.

valutazione sull'esistenza delle valide ragioni economiche, che per il Comitato non sono sussistenti, in quanto basate solamente su un dissidio tra soci non documentato⁵⁶⁵. L'indebito risparmio d'imposta consisterebbe nella non tassazione della sopravvenienza attiva, ex art. 88, comma 5 del TUIR, afferente al trasferimento del contratto di locazione. In più, l'Organismo ha constatato il rischio che una delle due società (se non entrambe) potesse essere un mero contenitore, sì da eludere l'applicazione dell'art. 86, commi 1 e 3 del TUIR. Rischio che però, come più volte ricordato in questa trattazione, è solamente virtuale, posto che i beni non passano direttamente nelle mani dei soci, bensì permangono saldamente sotto il regime d'impresa⁵⁶⁶, pronti ad essere tassati in caso di cessione, liquidazione o assegnazione ai soci⁵⁶⁷.

Ad analoghe conclusioni si è giunti in un successivo parere del Comitato Consultivo, basato su una scissione parziale non proporzionale⁵⁶⁸. Il quesito concerneva una S.p.a. partecipata da tre soci, con l'oggetto sociale che si divideva in un'attività edile e in un'attività finanziaria. A causa delle conflittualità sorte fra i soci sull'ampliamento del raggio d'azione della società, era stata presa la decisione di riorganizzare l'assetto societario per il tramite di un'operazione di scissione. L'obiettivo era quello di separare l'attività sociale in misura eguale fra i tre soci, al fine di consentire a ciascuno di perseguire strategie imprenditoriali in parte differenti. Le modalità operative erano le seguenti: al socio C sarebbero spettate le quote nella società scissa; il socio A avrebbe ricevuto le quote in una beneficiaria già costituita; al socio B erano destinate le quote di una società di nuova costituzione. Nel dettagliare in maniera molto accurata le attività che sarebbero state svolte dai singoli soci a seguito del riassetto aziendale, veniva precisato che non era nelle intenzioni dei soci cedere nel breve periodo le quote delle società partecipanti. L'operazione è stata tacciata di elusività dal Comitato, principalmente per due ordini di ragioni. *In primis*, i vantaggi economici derivanti dalla riorganizzazione sono (asseritamente) irrilevanti – se non

⁵⁶⁵ L'operazione viene inoltre descritta come antieconomica, dal momento che “con la sua realizzazione verrebbe meno l'attuale concentrazione in capo ad un unico soggetto economico delle funzioni concernenti l'attività di amministrazione e gestione di beni immobili, ragion per cui l'operazione non sembra produrre alcun beneficio aggiuntivo rispetto alla situazione attuale”.

⁵⁶⁶ Tra l'altro, nemmeno può dirsi che l'elusione dell'art. 86 del TUIR si rinverga nello spostamento della tassazione da beni di primo grado a beni di secondo grado, essendo stata precisata dall'istante la volontà di non cedere le partecipazioni.

⁵⁶⁷ Illuminante è la tesi di G. Zizzo, *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, cit., p. 626, il quale, in perfetta sintonia con quanto finora affermato, rileva che la scissione e liquidazione di società, seppur comparate dall'Amministrazione finanziaria, non possano ritenersi equivalenti: “*indipendentemente dal suo oggetto (complesso aziendale o singoli beni d'impresa), la scissione conserva i cespiti al contesto sociale (sia pure diversamente articolato), la liquidazione invece lo dissolve*”.

⁵⁶⁸ Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, del 22 marzo 2007, n. 8.

addirittura inesistenti – per le società partecipanti, sussistendo solo un interesse dei soci allo scioglimento del vincolo sociale⁵⁶⁹. *In secundis*, il vantaggio fiscale indebito deriverebbe dall'aggiramento della disciplina sullo scioglimento del vincolo societario, ritenuta “*più idonea sul piano giuridico rispetto alle finalità concretamente perseguite, ma assai più onerosa dal punto di vista fiscale*”. Come si legge nel parere, l'effetto dell'operazione sarebbe quello di creare più società contenitori, destinate a rinviare *sine die* la tassazione sulle plusvalenze latenti degli immobili societari⁵⁷⁰. Il tutto basando le proprie valutazioni su un'ipotetica inidoneità dei complessi immobiliari a sostenere un'attività d'impresa remunerativa, senza dar conto della circostanza che obiettivo dell'operazione era proprio quello di sviluppare l'ambito operativo delle singole società, attingendo anche ad apporti esterni. Non sembra dunque che una semplice valutazione in astratto delle potenzialità remunerative delle società risultanti dalla scissione possa essere idonea a disconoscere l'operazione. Ed anzi, quandanche la scissa e le beneficiarie potessero essere qualificate come società non operative, comunque i beni rimarrebbero sottoposti alla disciplina dei redditi d'impresa, con applicazione della disciplina sulle plusvalenze qualora si verifici la loro cessione, assegnazione o liquidazione⁵⁷¹.

Le numerose risposte in sede di interpello antiabuso, fornite dal Comitato e dall'Agenzia delle Entrate⁵⁷², non parrebbero valorizzare la funzione generalmente attribuita alle scissioni non proporzionali, e cioè quella di offrire una soluzione alle divergenze sorte nei rapporti tra soci, spesso in grado di pregiudicare lo svolgimento della stessa attività d'impresa. Appare perciò eccessivo il comportamento assunto dall'Amministrazione

⁵⁶⁹ Ancora una volta, l'interesse dei soci al compimento dell'operazione viene completamente svuotato di rilevanza, come a voler dire che, sol perché non formalmente partecipante al procedimento, il socio non potrebbe risultare titolare di interessi meritevoli di tutela nell'effettuazione dell'operazione, nonostante i riflessi che questi possono avere sullo svolgimento dell'attività societaria. Nondimeno, si deve ricordare che nella stragrande maggioranza delle operazioni di scissione giudicate come non elusive, sono proprio gli interessi dei soci a rivestire un ruolo principale per il riconoscimento delle valide ragioni economiche.

⁵⁷⁰ Cfr. anche la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, del 9 gennaio 2006, n. 5, dove viene assodato che “*l'unipersonalità delle società beneficiarie, la ristretta base familiare della compagine societaria della società istante, la gestione degli immobili di tipo meramente "locatizio", il patrimonio della società scissa che sembra risultare ab inizio di comodo*” sono indizi manifesti della “*creazione di società "contenitori" che consentano di assegnare a ciascun socio una parte degli immobili dei quali lo stesso potrà liberamente disporre attraverso lo schermo societario*”.

⁵⁷¹ In termini, cfr. F. Carrirolo, *Ipotesi di scissione societaria elusiva e non*, in *Il fisco*, 2009, p. 4396. Corretta è anche la successiva constatazione, per cui l'esistenza di una normativa in materia di società operative (art. 30 della L. del 23 dicembre 1994, n. 724), renderebbe inutile una pronuncia sull'elusività dell'operazione. Sarà infatti compito della disciplina in tema di società di comodo “sanzionare” la non operatività delle società, dovendo queste ultime adeguarsi al “*reddito minimo presunto*”.

⁵⁷² Fra cui, si vedano, senza pretese di completezza: Pareri del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, nn. 11/1998, 9/2002, 18/2004, 11/2004, 17/2005, 18/2005, 22/2005, 34/2005, 41/2005, 42/2005, 48/2005, 8/2007, 31/2007; Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate, nn. 5/2006, 5/E/2007, 56/E/2007.

finanziaria (e dal Comitato Consultivo), soprattutto nel momento in cui si richiedono integrazioni documentali sproporzionate, volte a dimostrare l'esistenza di valide ragioni economiche⁵⁷³.

Nella Risposta a interpello n. 493/2021 una scissione totale non proporzionale, preceduta da conferimento in una società neocostituita, è stata ritenuta come abusiva. L'istante è una S.r.l. (Alfa) partecipata da quattro soci: A e B, i "capostipiti", e C e D, figli del socio B. Le quote sono così ripartite; A detiene il 50% delle partecipazioni totali, B detiene il 2% in piena proprietà e il 48% in usufrutto, mentre C e D sono titolari del 48% delle partecipazioni sociali in nuda proprietà. Nel 2020 Alfa ha costituito una *holding* unipersonale (Alfa Holding S.r.l.) conferendo le partecipazioni di controllo delle società Beta e Gamma da essa detenute, usufruendo del regime di neutralità fiscale previsto dall'art. 175 del TUIR. Subito dopo la costituzione di Alfa Holding si procederebbe alla scissione totale non proporzionale di Alfa in due società di nuova costituzione (Alfa 1 e Alfa 2, partecipate rispettivamente dal socio A e dai soci B, C e D). L'obiettivo principale delle operazioni sarebbe quello di permettere che il gruppo Alfa rimanga all'interno della medesima famiglia, consentendo allo stesso tempo la separazione dei due nuclei familiari rappresentati dai capostipiti. L'Ufficio, per smontare la costruzione presentata, asserisce che il percorso che gli istanti dovrebbero seguire è quello del conferimento, che, ai sensi dell'art. 9, comma 5 del TUIR, è equiparato alle cessioni a titolo oneroso, con conseguente realizzazione di una plusvalenza tassabile. In tal caso, solamente il socio A, detentore del 50% delle partecipazioni in Alfa, avrebbe potuto godere del regime di favore previsto dall'art. 177, comma 2-*bis* del TUIR (c.d. realizzo controllato). La norma elusa, dunque, sarebbe l'art. 9 del TUIR, applicabile in luogo degli artt. 177 e 173. Neppure potrebbe dirsi – a parere dell'Agenzia – che l'operazione sia retta da valide ragioni economiche, posto che l'unico vantaggio ottenuto sarebbe di carattere fiscale. Di nuovo, l'argomentazione principale portata dall'Amministrazione finanziaria è quella del *test* dell'operazione alternativa.

Recentemente, soprattutto dopo l'avvento dell'art. 10-*bis*, le risposte a interpello hanno cominciato a incentrarsi sulle scissioni asimmetriche e sulle operazioni riorganizzative articolate in più fasi, mentre per le scissioni non proporzionali "pure" vi è stato un minore ricorso alle istanze di interpello, soprattutto in considerazione di

⁵⁷³ M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 765. Si andrebbe infatti a snaturare l'istituto della scissione non proporzionale, che diventerebbe *de facto* inutilizzabile. La situazione potrebbe poi degenerare nella cristallizzazione degli assetti societari, dovuta all'antieconomicità delle operazioni alternative (come l'assegnazione dei beni), con conseguenze anche gravi per le società.

un'apertura piuttosto ampia da parte dell'Agenzia delle Entrate, che nelle più recenti risposte (come visto nel precedente paragrafo) ha configurato come non abusive gran parte delle operazioni prospettate dai contribuenti.

4.3.3. Le scissioni asimmetriche

Fra le scissioni non proporzionali, una categoria particolare è rappresentata dalle scissioni asimmetriche. La particolarità delle scissioni dissociative consiste nell'attribuzione delle partecipazioni nelle beneficiarie, che spettano solamente ad alcuni soci della società scindenda, offrendo in compensazione l'assegnazione di ulteriori partecipazioni nella scissa. Emergono quindi criticità non dissimili da quelle viste per le scissioni non proporzionali. Ad oggi, anche le scissioni asimmetriche sono (tendenzialmente) ammesse come operazioni non abusive.

Ad esempio, la Risposta a interpello n. 68, del 15 novembre 2018, riguardante una scissione parziale asimmetrica di due S.r.l., ha avuto un riscontro positivo per il contribuente. La società Alfa, esercente attività di gestione degli immobili, è nelle mani di due gruppi familiari, ciascuno detentore del 50% delle partecipazioni al capitale sociale. La società Beta, la cui attività consiste nella gestione di “*casa e appartamenti per vacanze*”, è partecipata dai medesimi gruppi familiari e nelle stesse percentuali. Ai fini di un processo di razionalizzazione degli *asset* coinvolti nelle attività svolte dalle due società, è emersa la volontà di operare contemporaneamente due scissioni parziali asimmetriche, con le due società che risulterebbero al tempo stesso scisse e beneficiarie. Sicché, al termine del procedimento, le due società sarebbero partecipate interamente da uno dei due gruppi familiari. È inoltre confermato dai soci che non sussiste alcuna intenzione di alienare le partecipazioni nelle società partecipanti alle scissioni. Per l'Agenzia delle Entrate, non vi sono motivi per considerare l'operazione come elusiva, dal momento che i plusvalori relativi agli immobili trasferiti rimarranno latenti fino alla loro fuoriuscita dal regime d'impresa. D'altronde, l'operazione è “*fisiologica nell'ambito della riorganizzazione delle due società*”⁵⁷⁴.

Più articolato è il caso vagliato dall'Amministrazione finanziaria nella Risposta a interpello n. 133/2022. Esso coinvolge una *holding* di partecipazioni, al vertice di un gruppo societario più ampio, i cui soci sono dieci persone fisiche. Di fronte a un'offerta proveniente da una società americana per le partecipazioni in una *sub-holding* (in seguito, la società D S.r.l.) – le cui partecipazioni sono detenute al 40% dalla Società istante e al 60% da una

⁵⁷⁴ In termini, anche la Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate, del 15 novembre 2018, n. 70.

Società terza –, si sono creati divergenze tra i soci sull'utilizzo della liquidità derivante dalla cessione. Allo scopo di evitare uno stallo gestionale, i soci intendono realizzare una scissione asimmetrica con costituzione di cinque società beneficiarie. Sulla base delle attività che ogni socio intende realizzare, le partecipazioni sono distribuite in maniera non proporzionale tra gli stessi, cosicché ogni socio possiederà solamente le partecipazioni in una delle beneficiarie. A ciascuna società sarà destinata una parte delle partecipazioni in D S.r.l., in misura proporzionale rispetto alle partecipazioni detenute dai soci nella scindenda. Dopo la data di efficacia della scissione, verranno cedute le partecipazioni in D S.r.l. da parte delle neocostituite, seguendo il regime PEX (*participation exemption*), ex art. 87 del TUIR. La liquidità potrà così essere utilizzata per gli scopi che ogni società ritiene più profittevoli. Nel fornire la propria risposta, l'Ufficio sottolinea il fatto che le società risultanti dalla scissione dovranno comunque essere società operative e non di mero godimento. Non è rinvenibile un vantaggio indebito relativamente alla liquidità, giacché i dividendi sarebbero tassati solo al momento della distribuzione degli utili ai soci delle beneficiarie. Ricompare però il “*fantasma dell'elusione condizionata*”⁵⁷⁵, dal momento che l'Agenzia subordina la non elusività alla condizione che l'operazione non rappresenti “*solo la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di società "contenitore" ... e alla successiva cessione delle partecipazioni da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado ai beni di secondo grado, ove suscettibile di generare un risparmio d'imposta altrimenti non conseguibile*”⁵⁷⁶. Altro presupposto per avere un giudizio favorevole è quello che nessun cespite acquistato con la liquidità (ottenuta dalla cessione del pacchetto) sia utilizzato per perseguire obiettivi personali, che esulano da finalità imprenditoriali⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Termine coniato da M. Beghin, *La scissione parziale proporzionale e il fantasma dell'elusione "condizionata"*, cit., p. 761.

⁵⁷⁶ Sul punto cfr. F. De Rosa, *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, in Corr. Trib., 2021, p. 796. L'autore ritiene che le preoccupazioni del Fisco derivino dalla qualificazione civilistica delle società di comodo, e non dal loro *status* fiscale. Il soggetto societario continua ad esistere anche dopo la scissione, con lo *status* fiscale del bene che rimarrebbe invariato, senza che possano verificarsi rischi di rinviare la tassazione *sine die*. La presenza di una normativa fiscale che scoraggia l'utilizzo delle società di comodo (art. 30 della L. n. 724/1994), sta comunque ad indicare che le stesse sono tollerate e, dunque, non contrarie ai principi del diritto tributario.

⁵⁷⁷ Le stesse osservazioni sono state fatte nella Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate, del primo marzo 2023, n. 233, con riguardo a uno *spin off* immobiliare da realizzare mediante una scissione parziale asimmetrica. In merito, si veda G. Salvi, *Scissione parziale, non proporzionale e "asimmetrica": valutazione antiabuso*, in Amministrazione & Finanza, n. 12, 2023, p. 7.

4.4. Valutazione delle operazioni strumentali e successive alla scissione

Finora, ad essere oggetto di scrutinio sono state (principalmente) le scissioni più lineari, caratterizzate dall'assenza di atti, fatti o negozi in collegamento con l'operazione principale. I principali rischi derivanti dalle operazioni di scissione, secondo l'Agenzia delle Entrate, vengono accentuati laddove si inseriscano nel disegno (potenzialmente) elusivo ulteriori operazioni, direttamente o indirettamente connesse con la scissione. La spinosità delle questioni viene usualmente risolta dall'Amministrazione finanziaria con l'equiparazione delle operazioni straordinarie con i negozi traslativi. Senonché, come espresso dal Comitato Triveneto, *"Le fusioni e le scissioni non sono assimilabili ai negozi traslativi in quanto non ne condividono né la causa né la disciplina legale. La loro funzione economico-sociale è la riorganizzazione delle società coinvolte finalizzata alla prosecuzione dell'esercizio di un'attività economica e non la circolazione di beni in cambio di un corrispettivo o per animo liberale. Le assegnazioni patrimoniali che ad esse conseguono sono il prodotto necessario della riorganizzazione societarie, ne costituiscono il mezzo e non il fine"*⁵⁷⁸.

Detto questo, nella vigenza dell'art. 37-bis, la forma più diffusa di negozi complessi, giudicata come elusiva, è stata quella della circolazione indiretta del complesso aziendale. Essa rappresenta un'alternativa, ammessa dall'ordinamento, alla cessione diretta di un'azienda o di un ramo aziendale⁵⁷⁹. Concretamente, l'operazione consiste in una scissione seguita da cessione delle partecipazioni nella scissa, nelle beneficiarie o in entrambe. Pur rientrando nell'ambito della legittima pianificazione fiscale, più volte l'Agenzia delle Entrate ha contestato le operazioni di *share deal*, visto il "trattamento di favore" previsto dal regime PEX per la cessione di partecipazioni.

Paradigmatica è la Risoluzione n. 256/E del 2009, vista al par. 4.2.2. La questione verteva su una scissione totale proporzionale seguita dalla cessione delle partecipazioni in una delle società beneficiarie. L'obiettivo dell'operazione era quello di agevolare la cessione dell'attività d'impresa, separando l'attività caratteristica dall'immobile in cui si svolgeva tale attività⁵⁸⁰. La soluzione più conveniente era stata trovata nella scissione totale della società in due beneficiarie neocostituite, attribuendo ad una Società il complesso aziendale

⁵⁷⁸ Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.A. 15, 9/06, modificato il 9/22.

⁵⁷⁹ In dottrina, si è soliti distinguere tra *share deal* (cessione di partecipazioni) e *asset deal* (cessione di beni di primo grado).

⁵⁸⁰ Ciò in quanto *"l'importo necessario per rilevare l'attività è notevolmente inferiore qualora l'acquirente non deve acquistare anche l'opificio"*.

operativo e all'altra il comparto immobiliare. Secondo l'Agenzia, le finalità perseguite dall'istante non risponderebbero a quelle tipiche della scissione, potendo le stesse essere realizzate attraverso il ricorso a strumenti fiscalmente più onerosi. Con la scissione si creerebbe infatti una società contenitore da far circolare indirettamente mediante cessione delle partecipazioni. L'indebito risparmio d'imposta si riscontra nell'elusione dell'art. 86, comma 2 del TUIR, applicabile in luogo del più favorevole art. 68, comma 3 del TUIR (riguardante il regime di tassazione sui *capital gain*). L'operazione più lineare sarebbe stata perciò la cessione diretta del complesso aziendale⁵⁸¹.

Le conclusioni paventate dall'Agenzia incorrono però in una serie di errori, puntualmente evidenziati da autorevole dottrina⁵⁸². Anzitutto, l'asserito abuso dell'art. 86 del TUIR sarebbe contrastante con la previsione dell'art. 176, comma 3 del TUIR, che consente espressamente la cessione delle partecipazioni successiva a conferimento di azienda. Sarebbe contrario ai principi di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché di capacità contributiva (art. 53 Cost.), riservare un trattamento di favore solo ai conferimenti di azienda. Deve poi constatarsi che il regime fiscale di *participation exemption* è stato introdotto per coordinare la tassazione del reddito delle società con quello dei soci, sottoponendo a un'imposta meno onerosa la cessione di partecipazioni, sul presupposto che la tassazione avvenga già in capo alla società. Infine, si potrebbe affermare che una valida ragione economica sussista sempre, dal momento che nella cessione diretta dell'azienda l'Ente impositore può sindacare, nell'ambito dell'imposta di registro, il valore dichiarato dalle parti ai fini dell'avviamento⁵⁸³.

⁵⁸¹ Anche la Risoluzione n. 281/E/2007, pur se favorevole al contribuente, giunge alle stesse conclusioni. L'istanza veniva da una S.p.a. il cui capitale sociale era suddiviso in maniera eguale fra due soci, Alfa e Beta. Quest'ultimo, intenzionato a cedere la propria partecipazione ai figli di Alfa, era limitato dal valore eccessivo delle partecipazioni di propria competenza, dovuto (in parte) dall'esistenza di un comparto immobiliare molto consistente. La componente immobiliare non era però fondamentale per lo svolgimento dell'attività d'impresa, cosicché si era ipotizzato di operare una scissione parziale proporzionale del ramo d'azienda immobiliare a favore di una S.r.l. di nuova costituzione, che avrebbe poi locato i beni immobili alla scissa. Nel fornire parere favorevole all'operazione, l'Agenzia sottolinea che l'operazione sarebbe elusiva qualora la scissione "*rappresentasse solo la prima fase di un più complesso disegno unitario che preveda, con la scissione, la creazione di una società "contenitore" (di immobili o di un ramo aziendale) e sia finalizzato alla successiva rivendita delle azioni ...*". Per di più, l'operazione sarebbe comunque elusiva se obiettivo dell'operazione fosse quello di rinviare a data indeterminata la tassazione delle plusvalenze latenti sui beni trasferiti, attribuendo gli stessi a società di mero godimento. A "salvare" l'operazione sono state le ragioni economiche, considerate valide dall'Amministrazione finanziaria, in quanto l'operazione è comunque "*finalizzata a "snellire" la struttura patrimoniale della società scissa favorendo, con l'ingresso di nuovi soci ed il ricambio generazionale, lo svolgimento di un'attività imprenditoriale con l'apporto di nuove strategie industriali*".

⁵⁸² E. Della Valle, *L'elusione nella circolazione indiretta del complesso aziendale*, in Rass. Trib., 2009, p. 375.

⁵⁸³ *Ibidem*. Cfr. anche L. Barbone, *Cessione di partecipazioni previa scissione, elusività e «spirito del sistema»*, in Dialoghi tributari, 2010, p. 334, per cui "*è tecnicamente impossibile*" sottrarre i beni dal regime d'impresa, "*posto che la scissione di una società commerciale in altre società commerciali non è evidentemente in grado di provocare l'estromissione dei beni scissi dal regime d'impresa ...*".

Il rischio di contestazione degli *share deal* è stato molto alto per diverso tempo, almeno fino alla Risoluzione n. 97/E/2017 – che ha ammesso a chiare lettere la cessione indiretta di un’azienda⁵⁸⁴ –, poi confermata dalla Risposta a interpello n. 13/2019, dove si legge che *“la circolazione “indiretta” dell’azienda non comporta alcun indebito vantaggio fiscale, al ricorrere di determinate condizioni e in presenza di società che esercitano prevalentemente attività commerciali ai sensi dell’articolo 87, comma 1, lettera d), del TUIR”*.

Tra le risposte ad interpelli anti-abuso, diverse pronunce hanno riguardato ipotesi di conferimento di partecipazioni con successiva scissione della società conferente o conferitaria. La Risposta a interpello dell’8 ottobre 2018, n. 30, riguarda proprio un caso di conferimento di partecipazioni seguito dalla scissione della conferitaria. In dettaglio, una *holding* mista di partecipazioni (in seguito, Alfa), svolge, insieme all’attività di acquisto, gestione e coordinamento di partecipazioni, anche un’attività edile. Il capitale sociale è suddiviso in maniera eguale tra quattro fratelli, che intendono adottare un progetto di riorganizzazione aziendale strutturato in due fasi. La prima consiste nella costituzione di una nuova società (*infra*, Delta) a cui conferire le partecipazioni in Alfa, detenute dai quattro soci, ai sensi dell’art. 177 del TUIR⁵⁸⁵. A seguito del conferimento, la società Delta verrebbe scissa in quattro società, seguendo il criterio non proporzionale asimmetrico. A ogni socio spetterebbe la totalità delle partecipazioni in una delle neocostituite o nella scissa. L’operazione più lineare, costituita dalla scissione diretta della Società Alfa, non sarebbe stata percorribile a causa di un patto parasociale stipulato con la società Beta (partecipata da Alfa), che vincolava le parti sottoscrittrici a tenere inalterati i propri assetti societari. L’Agenzia delle Entrate ha reputato abusiva l’operazione in commento. In dettaglio, il vantaggio fiscale indebito sarebbe rinvenibile nel *“risparmio d’imposta derivante dalla fruizione della neutralità fiscale ‘indotta’”* derivante dal conferimento in un’unica società

⁵⁸⁴ Cfr. par. 4.1.1.

⁵⁸⁵ L’articolo 177, comma 2 del TUIR, permette, al ricorrere di determinate condizioni, di usufruire di un *“regime a realizzo controllato”*. Derogando al comma 2 dell’art. 9 del TUIR (in base al quale *“in caso di conferimenti o apporti in società o in altri enti si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti”*), la cennata disposizione permette ai soggetti che conferiscono le partecipazioni in una società – mediante le quali la conferitaria acquisisce il controllo (ai sensi dell’art. 2359 cod. civ.) di un’altra società – di determinare il valore delle partecipazioni ricevute in cambio *“in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento”*. La circolare n. 320/1997, richiamata dall’istante, permette di rientrare nell’ambito applicativo dell’art. 177 anche all’*“acquisto effettuato mediante la cessione da parte di più soggetti, sempreché sia ravvisabile, in modo oggettivo, che l’operazione di acquisto della partecipazione si inserisca in un progetto unitario di acquisizione della partecipazione di controllo”* (come confermato anche dalla più recente Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate n. 203/2022).

neocostituita (Delta). Sarebbe invero superfluo il conferimento seguito dalla scissione di Delta, posto che lo stesso risultato potrebbe essere raggiunto con il conferimento delle partecipazioni in quattro società di nuova costituzione. Secondo l'Ufficio, l'unico motivo per cui si vorrebbe ricorrere a tale arzigogolo, sarebbe quello di usufruire del regime di favore dell'art. 177, comma 2 del TUIR, che a determinate condizioni potrebbe permettere di non far emergere alcuna plusvalenza in capo al soggetto conferente (ovverosia quando l'incremento di patrimonio netto operato dalla conferitaria sia pari al valore fiscalmente riconosciuto in capo al conferente). È palese il fatto che, nel ragionamento dell'Agenzia, non vengono valorizzate le ragioni economiche esposte dall'istante. I vincoli posti dai patti parasociali hanno impedito alla società Alfa di effettuare l'operazione più semplice, cioè una scissione asimmetrica, che avrebbe raggiunto esattamente gli stessi risultati dell'operazione prospettata in sede di istanza⁵⁸⁶. Argomentando altrimenti, ci si spingerebbe fino ad ammettere l'esistenza di un discrimine tra le operazioni di scissione non proporzionale asimmetrica, sulla base delle modalità di acquisizione delle partecipazioni⁵⁸⁷. Secondo Assonime, l'operazione è stata bollata come elusiva in applicazione del *test* di comparazione con un'operazione alternativa, ritenuta più adatta sotto un profilo logico-economico⁵⁸⁸. Nondimeno, la scelta operata dai contribuenti aveva come obiettivo quello di usufruire di un regime di neutralità fiscale offerto dall'ordinamento, senza contrastare con la *ratio* di alcuna disposizione. Lo stesso utilizzo del *test* su un'operazione alternativa è da ritenersi in contrasto con quanto precedentemente affermato dalla stessa Agenzia delle Entrate, nella Risoluzione n. 97/E/2017⁵⁸⁹. L'Ufficio, nella siffatta pronuncia, ha attestato la libertà dei contribuenti nella scelta delle modalità di trasferimento del complesso aziendale, potendo indifferentemente scegliere anche il percorso che comporti un minor carico fiscale, purché non si violi la *ratio* delle disposizioni applicabili.

Da ultimo, la Risposta a interpello del 6 ottobre 2022, n. 496, è ritornata sul tema, questa volta confermando la soluzione interpretativa data dal contribuente. Il quesito riguardava una fattispecie in parte differente da quella appena affrontata. A monte del disegno riorganizzativo vi è una società Beta, che partecipa la Società Alfa nella misura del 48,99% del capitale sociale. Alfa è partecipata da due nuclei familiari distinti (Nucleo A e Nucleo B), che detengono, tramite Alfa, una partecipazione di controllo nella società

⁵⁸⁶ R. Michelutti, *Il conferimento in neutralità con scissione è elusione*”, in *Il Sole 24 Ore*, del 2018.

⁵⁸⁷ L. Miele, *I principi generali desumibili dalle pronunce dell'Agenzia delle entrate sull'abuso*, in *Corr. Trib.*, 2019, p. 73.

⁵⁸⁸ Assonime, Circolare del 18 dicembre 2018, n. 27.

⁵⁸⁹ L. Gaiani, *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *Il fisco*, 2019, p. 1013.

Gamma, la quale a sua volta detiene una partecipazione di controllo in Delta (dunque, controllata indirettamente da Alfa). Dopo la vendita delle partecipazioni in Delta, la società Gamma distribuirà gran parte della liquidità generata dalla cessione sotto forma di dividendi ad Alfa e agli altri soci. Con l'alienazione delle partecipazioni in Delta, il percorso imprenditoriale di Gamma si ritiene realizzato, dimodoché i due Nuclei familiari possono perseguire iniziative imprenditoriali differenti. Il percorso scelto è il seguente: *i*) il Nucleo A conferisce in Beta le partecipazioni detenute in Alfa⁵⁹⁰, con quest'ultima che rimarrebbe partecipata solo da Beta e dal Nucleo B; *ii*) sarà operata la scissione totale non proporzionale di Alfa, con attribuzione di parte delle quote di Gamma (insieme a una porzione delle disponibilità liquide) a una neocostituita Epsilon, partecipata interamente dal Nucleo B, mentre le disponibilità liquide rimanenti – insieme all'altra parte delle partecipazioni in Gamma – saranno destinate a Beta. Il valore economico delle partecipazioni in Alfa sarà uguale a quello delle partecipazioni nelle beneficiarie a seguito della scissione. Al termine delle operazioni, ciascun Nucleo sarà titolare delle partecipazioni in una sola delle beneficiarie, potendo così gestire autonomamente le quote in Gamma. Dopo un breve *excursus* sull'operatività dell'art. 177, comma 2 del TUIR⁵⁹¹, l'Ufficio ha ritenuto valide le ragioni extrafiscali presentate dall'istante per il ricorso al conferimento, afferenti alla semplificazione che sarebbe derivata nella gestione dei concambi azionari nella scissione. La non elusività dell'operazione, così come descritta, deriva dal fatto che nessun cespite di Beta o di Epsilon sarà utilizzato per raggiungere obiettivi personali. Al contrario, la scissione dovrebbe considerarsi elusiva nel caso in cui la stessa non si caratterizzasse come operazione di riorganizzazione aziendale “*finalizzata all'effettiva prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte di ciascuna società*”, configurandosi in tal caso la creazione di una società di comodo destinata sostanzialmente alla fruizione dei beni sociali da parte dei singoli soci. Vieppiù. L'abuso del diritto emergerebbe anche laddove la scissione rappresentasse un mero *escamotage* per pervenire a uno scioglimento di fatto del vincolo societario, realizzato attraverso la creazione di una società contenitore non operativa. L'interesse dei singoli soci all'operazione, che non dovranno rappresentare la ragione per cui la scissione prospettata è stata operata, sarà soddisfatto solamente con la distribuzione fisiologica degli utili da parte delle beneficiarie, “*escludendo la volontà di distogliere le*

⁵⁹⁰ Secondo il regime dettato dall'art. 177, comma 2 del TUIR, in quanto con il conferimento Beta acquisirà il controllo di diritto della Società Alfa.

⁵⁹¹ Per cui si rimanda a G. Salvi, *Scissione preceduta da conferimento e normativa antiabuso*, in Amministrazione & Finanza, 2023, p. 25.

risorse finanziarie/disponibilità liquide dall'attività d'impresa per il tramite ad esempio di operazioni di finanziamento o di garanzia nei confronti dei soci medesimi”.

Nella risposta appena riportata, la scissione preceduta da conferimento di partecipazioni non è stata giudicata elusiva. Si deve ritenere che le conclusioni raggiunte dall'Amministrazione finanziaria, in una prospettiva favorevole per il contribuente, debbano essere lette “*come una conferma del fatto che vanno ritenute pacificamente legittime quelle condotte attraverso le quali si precostituiscono le migliori condizioni per fruire di regimi fiscali di vantaggio*”⁵⁹². Se all'interno di un disegno unitario i singoli negozi od operazioni sono fiscalmente legittimi, non si potranno disconoscere gli effetti realizzati con la loro combinazione⁵⁹³.

Per concludere, un caso particolare di scissione è quello descritto dalla Risposta n. 70/2018. Il quesito è stato introdotto da una S.p.a. (Alfa), titolare di una partecipazione indiretta nel capitale di un'altra società per azioni (Beta) per il tramite della Società Gamma S.p.a. Alcune modifiche nella disciplina del settore di appartenenza di Gamma hanno reso necessario l'avvio di una procedura di riorganizzazione, al fine di snellire la struttura del gruppo societario. La soluzione è stata trovata dal CdA di Gamma nella scissione totale asimmetrica di Gamma, con costituzione di tante società beneficiarie quanti sono i soci della stessa. Ogni socio possiederà una partecipazione totalitaria in una delle beneficiarie. A queste ultime, sarà riservata una quota del patrimonio netto di Gamma proporzionale alla partecipazione detenuta dai singoli soci di quest'ultima. Le beneficiarie diverrebbero così titolari di una parte del pacchetto azionario in Gamma, una quota di indebitamento e una quota di patrimonio netto. Dopo aver ripianato l'indebitamento, le beneficiarie verranno fuse per incorporazione con le rispettive società controllanti. I soci delle beneficiarie si impegnano inoltre alla stipula di un patto parasociale, dove viene stabilito di mantenere invariate le regole di controllo delle partecipazioni in Beta. L'Agenzia nella propria risposta dà conto di quanto evidenziato dagli istanti, e cioè che lo stesso risultato sarebbe stato raggiunto mediante la scissione di Gamma a favore dei propri soci. Posto che in entrambe le costruzioni si sarebbero comunque verificati effetti fiscalmente neutrali, l'operazione non appare elusiva. Una risposta di segno negativo sarebbe stata alquanto insolita, posto che

⁵⁹² M. Antonini, P. Piantavigna, *È legittima la scissione preceduta dal conferimento di partecipazioni in regime di realizzo controllato*, in *Il fisco*, 2022, p. 4121.

⁵⁹³ A non essere stato considerato, secondo M. Antonini, P. Piantavigna, *Ivi*, p. 4120, è il fatto che la società scindenda possiede solo liquidità e partecipazioni societaria. Secondo gli autori tale “omissione” deve essere valutata in senso positivo, poiché ciò che importa nella valutazione dell'elusività di un'operazione è la presenza di finalità riorganizzative congruenti con l'interesse della società alla continuazione dell'attività d'impresa, senza che debba essere scrutinata la composizione patrimoniale della scissa o delle beneficiarie.

entrambe le operazioni (alternative) hanno pari dignità fiscale e nessun vantaggio potrebbe derivare sia nell'una che nell'altra costruzione.

4.5. Casi particolari di scissione

Nel labirinto delle scelte lasciate dall'ordinamento per utilizzare le operazioni di scissione, emergono alcune dinamiche che sfuggono ai canoni convenzionali e diventano terreno fertile per un utilizzo "distorto" da parte dei contribuenti. Nei paragrafi che seguono saranno analizzate attentamente le scissioni aventi ad oggetto singoli beni, le scissioni di sola liquidità (scissioni di cassa) e le scissioni con scorporo.

4.5.1. La scissione avente ad oggetto singoli beni

La composizione del patrimonio oggetto di scissione ha rappresentato un elemento spesso dirimente nella valutazione sull'abusività dell'operazione, generalmente in ragione del fatto che è richiesto alle società risultanti dalla scissione di rispettare determinati requisiti di operatività. A maggior ragione, la scissione realizzata per il trasferimento di un singolo bene è stata più volte avversata dalla prassi amministrativa.

Si veda, a dimostrazione di ciò, il parere n. 9/2002 del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive. La richiesta di riesame interessava una società che intendeva realizzare una scissione parziale non proporzionale, con la quale trasferire un bene immobile (che si prestava a "*divenire un importante centro logistico*") a una società di nuova costituzione. Stando a quanto si legge nel parere, l'obiettivo di un'operazione di scissione sarebbe quello di "*pervenire ad un diverso assetto del complesso dei rapporti attivi e passivi insistenti sulla società scissa*". Gli elementi patrimoniali trasferiti dovrebbero, comunque, "*rappresentare una quota parte quali-quantitativa dei rapporti compresi nel perimetro della società scissa*". Tale condizione non si ritiene verificata nei casi in cui, attraverso la scissione, si realizzino effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di una cessione di un singolo bene. Per tali motivi, l'operazione si qualificherebbe come elusiva, dal momento che si sarebbero aggirate le norme che regolano un normale trasferimento di un bene immobile, senza che possano emergere plusvalenze tassabili. Tale orientamento, inficiato alla base da numerose contraddizioni logico-giuridiche⁵⁹⁴, è stato travolto dalle più recenti pronunce dell'Agenzia delle Entrate. In particolar modo, la Risposte a interpello nn. 65/2018 e

⁵⁹⁴ Si deve ricordare, infatti, che anche il trasferimento di un singolo bene mediante scissione deve avere pari dignità rispetto ad operazioni alternative, seppur fiscalmente più onerose. Non ne sarebbe aggirata la disciplina in tema di plusvalenze, stante la considerazione che il bene continuerà comunque a sottostare al regime d'impresa, potendo essere tassato solamente quando si verifichi un'effettiva fuoriuscita da tale regime. Laddove si presentasse l'obiezione per cui la società dovrebbe comunque essere operativa, si deve ricordare, come riportato nella nota 570, che sarà la normativa in materia di società di comodo a "sanzionare" la non operatività delle società, dovendo queste ultime adeguarsi al "*reddito minimo presunto*".

317/2023 hanno esplicitamente ammesso la possibilità per gli operatori economici di utilizzare lo strumento della scissione per trasferire singoli beni⁵⁹⁵.

Le stesse considerazioni non possono essere fatte per operazioni di scissione di singoli beni seguite dall'alienazione delle partecipazioni nella beneficiaria. Già nella Risposta a interpello n. 97/E/2017 si metteva in risalto un aspetto determinante per la non elusività della circolazione indiretta di beni: le società coinvolte nell'operazione dovranno comunque rispondere ai criteri dettati dall'art. 87, comma 1, lett. d) del TUIR in tema di attività d'impresa, non essendo ammesse “*società sostanzialmente costituite solo da liquidità, intangibles o immobili*”. Queste ultime, infatti, non esercitando alcuna attività d'impresa (almeno in astratto), rientrano pienamente nella categoria delle “società contenitore”, costantemente ripudiate dalle agenzie fiscali.

Nella Risposta a interpello n. 89/2021 emerge chiaramente la posizione dell'Amministrazione finanziaria in merito. Alfa S.p.a., partecipata da quattro soci persone fisiche, prospetta un'operazione di riorganizzazione aziendale con la quale separare il ramo aziendale finanziario dall'attività industriale. L'*iter* da seguire sarebbe stato quello di una scissione parziale proporzionale di Alfa, con attribuzione del ramo finanziario a una neocostituita (Beta), conservando i valori contabili iscritti prima dell'operazione. Le azioni attribuite ai due soci di minoranza sarebbero poi acquistate dalla Società Beta, nei limiti di quanto consentito ai sensi dell'art. 2357 cod. civ., dimodoché le partecipazioni in Beta si suddividerebbero tra i due soci di maggioranza e Beta stessa. Gli istanti sottolineano che comunque si sarebbero avvalse, prima della cessione, di regimi agevolativi eventualmente presenti per la rivalutazione delle azioni da cedere. Scopo dichiarato di simili operazioni è quello di facilitare la gestione del ramo finanziario e concentrare la titolarità delle partecipazioni in Beta in un unico complesso familiare, soprattutto in prospettiva di un passaggio generazionale. Non è stata ravvisata alcuna finalità elusiva nella scissione in sé considerata, poiché, come dichiarato dagli istanti, entrambe le società continueranno a svolgere un'attività d'impresa e gli *asset* trasferiti non saranno destinati al perseguimento di finalità estranee all'esercizio dell'attività sociale. Ciononostante, profili di abusività sono stati riscontrati nella combinazione dei diversi negozi successivi alla scissione. In particolare, la rivalutazione delle partecipazioni minoritarie in Beta, seguita dalla loro cessione alla beneficiaria stessa, configurerebbe un aggiramento del recesso tipico come

⁵⁹⁵ La Risposta n. 65/2018 riguarda un'ipotesi di una scissione parziale proporzionale, con assegnazione di quattro beni immobili ad altrettante società di nuova costituzione. La risposta n. 317/2023, già esaminata in questa sede, tratta di una scissione parziale proporzionale di una partecipazione a favore dell'unico socio controllante.

regolato dall'art. 47 del TUIR⁵⁹⁶. L'abuso si rinverrebbe nella fruizione del regime di rideterminazione del valore delle partecipazioni a norma dell'art. 2, comma 2 del D.L. n. 282/2002, utilizzabile solamente per le ipotesi di recesso atipico⁵⁹⁷. Con la scissione, seguita da rivalutazione, i soci si precostituirebbero le “*condizioni per porre in essere un recesso atipico al fine di minimizzare il carico fiscale 'sfruttando' le eventuali norme di rivalutazione applicate*”. Il vantaggio fiscale indebito sarebbe conseguito con l'assolvimento dell'imposta sostitutiva sulla partecipazione rivalutata. Il medesimo obiettivo potrebbe essere utilmente raggiunto anche con un semplice recesso tipico dalla società Beta. Al pensiero dell'Agenzia, del tutto opinabile, può essere opposta un'eccezione non trascurabile: un soggetto che si fosse trovato *ab origine* in possesso del singolo bene (per il tramite della società), sarebbe stato nella piena libertà di rivalutare le partecipazioni e procedere a un recesso “*atipico*”⁵⁹⁸.

Ricorrente nelle pronunce dell'Amministrazione finanziaria è anche un argomento sistematico. Difatti, l'elusione nella scissione di singoli beni seguita da cessione delle partecipazioni nella beneficiaria è individuabile nella lettura *a contrario* dell'art. 176, comma 3 del TUIR. La norma appena menzionata, nell'ammettere la genuinità del conferimento seguito da cessione delle partecipazioni nella beneficiaria, escluderebbe invece che si possano raggiungere i medesimi risultati per i conferimenti di beni che non configurino un'azienda o un ramo d'azienda. Lo stesso principio potrebbe quindi essere esteso alle scissioni. La tesi in esame introdurrebbe però un elemento di discriminazione ingiustificato, dal momento che un soggetto già possessore di partecipazioni in una società contenitore ben potrebbe cedere le quote di propria competenza⁵⁹⁹. Anche il *test* dell'operazione alternativa appare inconferente. La cessione diretta del bene (o comunque il recesso tipico) permette all'acquirente di entrare nella piena disponibilità del bene, senza il tramite di un soggetto societario⁶⁰⁰. All'opposto, nella cessione indiretta, interposta fra il bene e il titolare delle partecipazioni ci sarà sempre la società, reale titolare del bene, con quest'ultimo che rimarrebbe assoggettato alla disciplina d'impresa fino ad una sua (eventuale) distrazione. Insomma, parrebbe che le indicazioni fornite dalla prassi degli

⁵⁹⁶ Il recesso tipico, conseguito con l'annullamento delle partecipazioni e il rimborso del loro valore determinato ai sensi dell'art. 2473 cod. civ., genera un reddito di capitale, ex art. 47 del TUIR, per la parte eccedente il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni oggetto di recesso.

⁵⁹⁷ Nella Risposta l'Agenzia richiama la Circolare n. 16/E del 22 aprile 2005, secondo la quale il regime agevolativo non può essere esteso al recesso tipico, “*in quanto le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate*”.

⁵⁹⁸ L. Miele, *La complessa interpretazione dell'abuso del diritto nella prassi dell'Agenzia delle entrate*, in *Corr. Trib.*, 2022, p. 624. Nello stesso senso, anche Assonime nella Circolare n. 20/2017.

⁵⁹⁹ F. De Rosa, *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, op. cit., p. 799.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

Uffici Fiscali non siano perfettamente coerenti con una corretta applicazione della disciplina dell'abuso del diritto, nella speranza che un *revirement*, così come avvenuta per la circolazione indiretta di azienda, possa avverarsi anche per la circolazione indiretta di singoli beni.

4.5.2. La scissione di cassa

La scissione di sola liquidità, o scissione di cassa, consiste nell'attribuzione alle beneficiarie della scissione di risorse prettamente o esclusivamente finanziarie (fra le quali rientrano, segnatamente, le disponibilità liquide, i titoli azionari e obbligazionari). Normalmente, il ricorso a tale tipologia di scissione è finalizzato a: riorganizzare le aree finanziarie, in virtù di uno sviluppo dell'attività principale che impedisce alla società di seguire proficuamente ogni attività secondaria; diversificare il rischio d'impresa⁶⁰¹. Vista la peculiarità che un trasferimento di sola liquidità – in regime di neutralità fiscale – può comportare (sia per i soci che per le società interessate), l'Amministrazione finanziaria è stata molto attenta nel suo esame.

Il vantaggio fiscale derivante dalle scissioni di sola liquidità potrebbe ravvisarsi nella dilazione della tassazione in capo ai soci degli utili formati all'interno della società⁶⁰². Non si vede però come ci possa esserci un differimento della tassazione rispetto agli utili societari, posto che il potere dell'Ente impositore di tassare tali utili (in capo i soci) sorge esclusivamente in ragione di una loro distribuzione tramite delibera assembleare⁶⁰³. Quandanche si dovesse ritenere che il vantaggio fiscale sussiste, non si vede come questo possa essere indebito. La neutralità fiscale derivante dall'applicazione dell'art. 173 TUIR deve considerarsi come la "*traslazione, ai fini impositivi, della natura successoria della scissione*"⁶⁰⁴, dimodoché anche la scissione di cassa, ammessa dalla normativa civilistica, può trovare il proprio posto nell'ordinamento tributario. D'altronde, sembra ridondante ricordare che a seguito di una scissione di cassa, le risorse trasferite permarranno comunque nel regime d'impresa, e una loro estromissione occulta sarebbe possibile solamente con condotte tipicamente evasive.

⁶⁰¹ P. Ceppellini, R. Lugano, *La scissione di cassa: valutazione dell'opportunità e prevenzione dei rischi di contestazione*, in Corr. Trib., 2021, p. 845.

⁶⁰² M. Leo, *La scissione di cassa seguita dalla cessione delle partecipazioni nella società beneficiaria è elusiva?*, in Corr. Trib., 2022, p. 518.

⁶⁰³ Ovviamente, ci si riferisce a ciò che accade normalmente nell'ordinamento tributario. Esulano da questa trattazione le considerazioni riguardanti l'imposizione di distribuzioni occulte di utili, come avviene per le società a ristretta base azionaria, per cui, secondo una prassi distorta dell'Amministrazione finanziaria, la distribuzione degli utili è presunta, senza alcuna delibera assembleare, al momento della loro formazione.

⁶⁰⁴ M. Leo, *La scissione di cassa seguita dalla cessione delle partecipazioni nella società beneficiaria è elusiva?*, cit., p. 518.

Fra i diversi pronunciamenti dell’Agenzia delle Entrate, particolarmente rilevante è la già menzionata Risposta a interpello n. 133/2022. L’operazione coinvolgeva i soci di una *holding* che, non concordi sulla destinazione della liquidità derivante da una possibile cessione di un pacchetto azionario, decidevano di destinare, tramite scissione totale asimmetrica, le partecipazioni in diverse società di nuova costituzione. Ogni società avrebbe poi alienato le partecipazioni di propria competenza. L’Agenzia ha qualificato l’operazione come non elusiva, dando però contezza del fatto che l’abuso del diritto permane nei casi in cui la beneficiaria dell’operazione sia una mera società di comodo, destinata a circolare per mezzo della cessione di partecipazioni, facendo traslare l’imposizione da beni di primo grado (la liquidità) a beni di secondo grado (le partecipazioni). Per giunta, il giudizio positivo è stato comunque subordinato alla mancata dislocazione della cassa trasferita a finalità personali. Ferme restando le considerazioni effettuate nel paragrafo 4.3.3., l’unico vantaggio che potrà derivare dalla scissione di cassa, sarà di natura civilistica, rendendo più semplici le deliberazioni in sede di assemblea⁶⁰⁵. Un’ipotetica contestazione potrebbe essere mossa esclusivamente nel caso in cui fosse stata realizzata una rivalutazione delle partecipazioni della scissa prima dell’operazione⁶⁰⁶.

4.5.3. La scissione mediante scorporo

Con l’entrata in vigore del nuovo art. 2506.1 del Codice civile, una nuova figura di scissione ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento. Si tratta della scissione mediante scorporo, e cioè un’operazione di scissione parziale con cui si assegna una parte del patrimonio della scissa a una società neocostituita e, al tempo stesso, si attribuiscono alla stessa scissa le partecipazioni nella beneficiaria. Introdotta dal Dlgs n. 19 del 2 marzo 2023, in attuazione della direttiva UE 2019/2121 in tema di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere, la scissione mediante scorporo è subentrata nel panorama nazionale in risposta all’esigenza di conformarsi alla vasta gamma di possibilità presenti in ambito transnazionale.

⁶⁰⁵ F. De Rosa, M. Cramarossa, *Scissione e conferimento di cassa possono essere parte di un disegno elusivo?*, in *Il fisco*, 2022, p. 2521.

⁶⁰⁶ M. Leo, *La scissione di cassa seguita dalla cessione delle partecipazioni nella società beneficiaria è elusiva?*, cit., p. 522. In tal caso, si rientrerebbe nel campo delle operazioni di *cash out*. In breve, le operazioni di *leveraged cash out* si articolano in tre fasi: nella prima fase, i soci di una società rivalutano le proprie partecipazioni, usufruendo dell’imposta sostitutiva prevista per le operazioni di rivalutazione. Nella seconda fase, viene costituita una nuova Società, il cui compito sarà quello di acquistare le partecipazioni rivalutate a debito, e cioè senza avere le disponibilità finanziarie per l’acquisto. Nella terza fase, la neocostituita acquisisce le risorse finanziarie per ripianare il debito dai dividendi distribuiti dalla società partecipata, rimborsando dunque i soci del debito originato dall’acquisto delle partecipazioni. Si veda in merito *Il leveraged cash out e l’abuso del diritto*, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, Aprile 2020.

Autorevole dottrina ritiene che, nonostante il dato normativo sembri riferirsi solo a beneficiarie di nuova costituzione, la scissione mediante scorporo possa essere realizzata anche con una società beneficiaria preesistente interamente partecipata dalla scissa⁶⁰⁷. Dalla lettura della norma, e seguendo la logica, con lo scorporo si può trasferire solo una parte del patrimonio della scissa, poiché quest'ultima deve necessariamente esistere anche dopo la scissione. Non sembrano invece esserci dubbi sulla configurabilità di uno scorporo verso più societarie beneficiarie⁶⁰⁸. Come desumibile dal tenore testuale dell'art. 52, comma 3, del D.Lgs. n. 19/2023, si deve riconoscere come valida anche la scissione con scorporo di singoli *asset*⁶⁰⁹. Alla luce del principio di economicità dei mezzi giuridici, il Comitato Triveneto ha ritenuto possibile che si effettui, in un unico contesto, un'operazione di scorporo unitamente ad una fusione o a una scissione ordinaria, *“nei limiti in cui dette operazioni sarebbero legittimamente realizzabili con progetti distinti”*⁶¹⁰.

La rilevanza pratica dell'istituto è manifesta per la riorganizzazione dei gruppi societari, essendo possibile, per il tramite dello scorporo: costituire una *sub-holding*; costituire una *holding* familiare; creare anelli intermedi nel gruppo societario; ramificare le attività svolte da una società⁶¹¹.

⁶⁰⁷ A. Busani, *La scissione mediante scorporo*, in *Le Società*, 2023, p. 401. Secondo l'impostazione seguita dall'autore, non si vedrebbe come tale ipotesi non possa ritenersi configurabile, considerato che altrimenti lo stesso risultato sarebbe comunque raggiungibile con una fusione per incorporazione a ridosso dello scorporo. Di opinione contraria è lo Studio n. 45-2023/I del Consiglio Nazionale del Notariato, per cui la mancata previsione dello scorporo verso una società preesistente avrebbe comportato un eccesso di delega rispetto al *“Considerando 8”* della Dir. UE 2019/20321.

⁶⁰⁸ M. Peta, *La “scissione mediante scorporo”: profili civilisti e fiscali, abuso di diritto e approccio aziendalistico*, op. cit., p. 688.

⁶⁰⁹ A. Busani, *La scissione mediante scorporo*, cit., p. 405. Effettivamente, secondo la norma la scissione mediante scorporo sarebbe stata introdotta *“al fine di consentire alle società il trasferimento di attività e passività a una o più società di nuova costituzione regolate dal diritto interno anche avvalendosi della disciplina della scissione”*.

⁶¹⁰ Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, L.G.2, 10/23. Così, in unico procedimento sarebbe possibile: a) prevedere che alla beneficiaria di nuova costituzione siano destinati sia beni derivanti da una scissione con scorporo che beni derivanti da una scissione ordinaria; b) operare una scissione di un'unica società in parte con scorporo e in parte in via ordinaria, assegnando le partecipazioni derivanti da quest'ultima ai soci della scissa. In merito, si veda A. Busani, *Scissioni con scorporo anche «collettive» se la beneficiaria è unica*, in *Il Sole 24 ore*, 6 novembre 2023.

⁶¹¹ M. Peta, *La “scissione mediante scorporo”: profili civilisti e fiscali, abuso di diritto e approccio aziendalistico*, op. cit., p. 684.

Sul profilo fiscale, stante il silenzio del D.Lgs. n. 19/2023, si deve ritenere che le scissioni con scorporo rientrino nell'ambito applicativo dell'art. 173 del TUIR⁶¹², nella misura in cui le prescrizioni della norma risultino compatibili con le peculiarità dello scorporo. Dunque, anche questa figura di scissione dovrebbe essere caratterizzata da neutralità fiscale. Non sembrano invece assumere reale portata applicativa le disposizioni sugli avanzi o disavanzi da concambio o annullamento, dato che: la beneficiaria è una società neocostituita; non è quindi necessario stimare il valore corrente degli *asset* trasferiti; non emergeranno plusvalori relativi ai beni oggetto di scissione⁶¹³. Il valore fiscale da attribuire alle partecipazioni nella beneficiaria non può essere determinato ai sensi dell'art. 173, comma 3 del TUIR, dal momento che le azioni saranno assegnate direttamente alla scissa e non sarà possibile ripartire il valore delle precedenti partecipazioni⁶¹⁴. Si deve dunque ritenere applicabile, in coerenza con il principio di neutralità, il medesimo regime previsto per il conferimento di azienda dall'art. 176, comma 1 del TUIR. Di conseguenza, bisognerebbe assegnare, alle partecipazioni nella beneficiaria, lo stesso valore fiscale dei beni di primo grado trasferiti⁶¹⁵.

Un discorso a parte deve essere fatto per le posizioni fiscali soggettive. Secondo il comma 4 dell'art. 173 queste devono essere ripartite in misura proporzionale alla quota di patrimonio netto contabile trasferito. Nella Circolare di Assonime n. 14/2023 vengono passate in rassegna tre tesi.

Secondo una prima tesi, seguita da Assonime, anche questa regola si deve ritenere applicabile alle scissioni mediante scorporo. Tuttavia, nel fare ciò si rischia di sterilizzare “*di fatto l'effetto tipico della scissione mediante scorporo (assegnazione delle partecipazioni nella scissa)*”⁶¹⁶, trascurando perciò il fatto che il trasferimento patrimoniale è compensato dalle azioni nella beneficiaria.

⁶¹² R. Michelutti, E. Iascone, *La scissione mediante “scorporo” alla prova del regime fiscale di riferimento*, in *Corr. Trib.*, 2023, p. 536. A conferma di ciò, si deve considerare che l'operazione si auto-qualifica come scissione, riprendendone anche (quasi) interamente la regolamentazione civilistica.

⁶¹³ F. Cocchi, D. Greco, *Scissione mediante scorporo: primi spunti comparativi*, in *Amministrazione & Finanza*, 2023, p. 25.

⁶¹⁴ R. Michelutti, E. Iascone, *La scissione mediante “scorporo” alla prova del regime fiscale di riferimento*, cit., p. 538.

⁶¹⁵ Assonime, Circolare n. 14/2023.

⁶¹⁶ G. Albano, A. M. Conti, *Scissione mediante scorporo: il principio di neutralità fiscale detta la disciplina applicabile*, in *Il fisco*, 2023, p. 2402.

Per la seconda tesi, le posizioni soggettive non vengono trasferite alla beneficiaria, posto che non si verifica alcun decremento patrimoniale nella scissa e presupposto fondamentale per ripartire le posizioni soggettive è una diminuzione del patrimonio.

Infine, la terza tesi perviene a una soluzione mediana. Bisognerebbe infatti dare conto degli effetti che si verificano in entrambe le società, seguendo un criterio proporzionale basato sull'aumento del patrimonio netto contabile della beneficiaria (derivante dall'attribuzione dei beni di primo grado) e sull'aumento del patrimonio netto contabile della scissa (derivante dall'attribuzione delle partecipazioni nella beneficiaria).

Sotto un aspetto sostanziale, l'operazione presenta molteplici profili di affinità con il conferimento. Entrambe le operazioni permettono il trasferimento di *asset*, aziende o rami d'azienda a una società beneficiaria, ottenendo in cambio le partecipazioni in quest'ultima. Senonché, la scissione mediante scorporo non rappresenta un'operazione realizzativa, mentre il conferimento di beni (che non rappresentano un'azienda), ai sensi dell'art. 9 del TUIR, è equiparato alla cessione onerosa di beni. Nessun problema si pone per i conferimenti d'azienda, anch'essi fiscalmente neutrali ai sensi dell'art. 176 del TUIR, cosicché la scissione mediante scorporo di aziende o rami d'azienda non genera alcun dubbio di elusione della disciplina dei conferimenti d'azienda.

Contrariamente, per la scissione mediante scorporo di singoli beni potrebbero sorgere più incertezze, soprattutto nel caso in cui a seguito dello scorporo venissero cedute le partecipazioni nella beneficiaria. Secondo la dottrina⁶¹⁷, bisogna dar conto dell'esistenza dell'art. 10-*bis*, comma 4, dello Statuto dei diritti del contribuente, secondo cui resta nella piena libertà del contribuente scegliere tra operazioni comportanti un carico fiscale diverso, ma poste dall'ordinamento su un piano di pari dignità. Per di più, lo stesso D. Lgs. n. 19/2023 prevede che l'obiettivo perseguito con l'introduzione della figura qui analizzata è proprio quello di consentire alle società di trasferire attività e passività a società neocostituite, anche in applicazione

⁶¹⁷ R. Michelutti, E. Iascone, *La scissione mediante "scorporo" alla prova del regime fiscale di riferimento*, cit., p. 541; M. Peta, *La "scissione mediante scorporo": profili civilisti e fiscali, abuso di diritto e approccio aziendalistico*, op. cit., p. 689.

della normativa sulle scissioni. Inoltre, anche la successiva cessione di partecipazioni deve considerarsi non elusiva⁶¹⁸. Invero, qualora ad essere assegnata fosse un'azienda o un ramo d'azienda, la normativa in tema di conferimenti d'azienda (applicabile anche alle scissioni, secondo la prassi più recente) ammette la possibilità che vengano cedute le partecipazioni nella beneficiaria a seguito del conferimento. Per le scissioni con scorporo di singoli beni non si potrebbe usufruire invece del regime PEX, vista l'assenza di un'attività commerciale, con la plusvalenza da cessione delle partecipazioni che seguirebbe il regime ordinario di tassazione⁶¹⁹. L'unica ipotesi di potenziale elusività dell'operazione è ravvisabile nello scorporo di beni minusvalenti, con valore fiscale *post* scissione superiore rispetto al valore contabile⁶²⁰. Il vantaggio indebito si riscontrerebbe nella doppia deduzione delle minusvalenze, sia in capo alla scissa, in caso di alienazione delle partecipazioni, che beneficerebbe del minor valore contabile iscritto per le partecipazioni, sia in capo alla beneficiaria, che realizza una minusvalenza da svalutazione o da realizzo. Secondo Assonime⁶²¹, tale schema negoziale è abusivo, fatta salva la sussistenza di valide ragioni extrafiscali.

⁶¹⁸ R. Michelutti, E. Iacone, *La scissione mediante "scorporo" alla prova del regime fiscale di riferimento*, cit., p. 542.

⁶¹⁹ G. Albano, A. M. Conti, *Scissione mediante scorporo: il principio di neutralità fiscale detta la disciplina applicabile*, in *Il fisco*, 2023, p. 2404.

⁶²⁰ Tale ipotesi è ravvisabile, ad esempio, nel caso in cui una svalutazione rilevante in sede contabile sia al contrario fiscalmente irrilevante, generando così un disallineamento tra valore contabile (inferiore) e valore fiscale (superiore).

⁶²¹ Assonime, Circolare del 22 maggio 2023, n. 14. L'esempio portato dall'Associazione è quello di una scissione con scorporo mediante la quale si scinde un compendio immobiliare con valore fiscale pari a 1000 e un valore contabile pari a 800. Sicché la scissa, potendo iscrivere le partecipazioni per un valore contabile pari a 800, procede a cederle al valore di 800, realizzando quindi una minusvalenza (dal punto di vista fiscale) pari a 200 (data dalla differenza tra il valore fiscale di 1000 e il valore di realizzo pari a 800). Dall'altra parte, il terzo cessionario potrà a sua volta trarre vantaggio dal fatto che la beneficiaria della scissione potrà cedere il bene, dal valore contabile di 800 e dal valore fiscale di 1000, a 800, realizzando quindi una minusvalenza pari a 200.

CONCLUSIONI

L'analisi condotta nel presente elaborato ha investito i diversi profili dell'elusione fiscale in correlazione alle operazioni straordinarie di scissione, nel solco di un ampio dibattito che, sorto fra gli operatori del diritto, non sembra destinato a placarsi.

Frutto di una costante e (a tratti) contraddittoria reinterpretazione delle norme vigenti, unita all'intervento di un legislatore che a più riprese si è mostrato incerto nell'elaborazione di una disciplina uniforme, la questione a cui ruota attorno l'intera trattazione è quella dell'abuso del diritto.

Nel complesso agglomerato normativo delle operazioni straordinarie, l'innesto di un tema come quello dell'elusione fiscale ha dato luogo a numerose problematiche, sia dal punto di vista dei contribuenti che da quello delle istituzioni. In effetti, una formulazione all'apparenza chiara e concisa, come quella adottata nelle varie versioni delle clausole antiabuso, ha aperto la strada per un dibattito interpretativo di non poco conto. Ne sono l'esempio i numerosi spunti dottrinali rappresentati nel primo capitolo, interamente dedicato a meglio comprendere, anzitutto, cosa si intende per elusione fiscale e abuso del diritto e, incidentalmente, il perché i due fenomeni possano rappresentare due facce della stessa medaglia. Si è dunque passata in rassegna – nel capitolo II – l'evoluzione o, per meglio dire, la metamorfosi che ha interessato il nostro ordinamento per l'elaborazione di una *General anti-avoidance rule*, anche in ragione della situazione di *impasse* che si stava creando a causa dell'inadeguatezza dell'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973 a ricoprire la veste di norma generale antiabuso.

L'impiego del concetto di abuso del diritto nelle operazioni di scissione non ha di certo agevolato il compito dei giuristi. La scissione, quale strumento diretto a consentire la divisione del patrimonio societario, è senza dubbio una delle operazioni che meglio si presta a manovre non propriamente genuine. Invero, già l'art. 173 del TUIR è dedicato, in molte sue parti, al contenimento di pratiche elusive da parte degli operatori economici. Cionondimeno, l'Agenzia delle Entrate si è frequentemente rifugiata sotto l'usbergo dell'"*elusione fiscale condizionata*" ai sensi degli artt. 37-bis e 10-bis. Tale locuzione, incontrata più volte nel corso dell'elaborato, si riferisce alla prassi (distorta) degli Uffici

dell'Amministrazione finanziaria di concedere risposte favorevoli agli interpelli presentati dal contribuente solamente al ricorrere di determinate condizioni non richieste dalla legge, come rinvenibile nei diversi documenti di prassi in cui si richiede agli istanti di mantenere la proprietà delle partecipazioni nelle beneficiarie e nella scissa dopo la data di efficacia della scissione.

Di conseguenza, da un'elusione condizionata si passa a un'elusione “*condizionante*”, in quanto direttamente incidente sui comportamenti degli operatori sul mercato. Invero, questi ultimi, allo scopo di evitare eventuali contestazioni da parte dell'Agenzia delle Entrate, si astengono dal porre in essere operazioni che, seppur rispettose delle disposizioni di legge, potrebbero essere tacciate di un'asserita elusività. Ci si ritrova, dunque, in una situazione che prende le sembianze di una partita di scacchi, dove ogni piccola mossa, seppur apparentemente insignificante, potrebbe avere conseguenze determinanti sull'esito della partita. Con l'unica differenza che, nel sistema fiscale, l'unico soggetto a poterne subire le conseguenze sarà il contribuente, anche a causa di errori marchiani attribuibili alla controparte pubblica.

Bisogna comunque tenere conto del fatto che, nel solco del principio di leale collaborazione tra Fisco e contribuente, grandi passi avanti sono stati compiuti nella redazione delle più recenti Risposte a interpello, sempre più spesso favorevoli alla soluzione prospettata dall'istante. Da ultimo, ancor più determinante è stato l'intervento in sede legislativa che ha introdotto la figura della scissione mediante scorporo, la quale permette di adottare una serie di soluzioni pratiche che fino a poco tempo fa potevano ricadere nel calderone dell'abuso del diritto.

In conclusione, un'eventuale riforma dell'assetto normativo vigente non sembrerebbe una soluzione praticabile al momento, in virtù del fatto che la stragrande maggioranza dei contrasti interpretativi è sorta in sede giurisprudenziale e amministrativa, nonostante la vigenza di una norma conforme ai dettami dell'ordinamento comunitario. Perciò, l'unica via d'uscita per permettere il definitivo superamento dell'impostazione finora seguita – in relazione alle scissioni potenzialmente elusive – sarà quella di un avvicinamento

tra gli Uffici fiscali e il contribuente, ai fini di una migliore comprensione del fenomeno dell'abuso del diritto.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

- AMATUCCI F., CORDEIRO GUERRA R., *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale ed internazionale*, Roma, 2016;
- ANDREANI G, DODERO A, FERRANTI G., *Testo Unico Imposte Sui Redditi*, Milano, 2022;
- ASTONE A., *Il divieto di abuso del diritto: diritto scritto e diritto vivente*, Giuffrè, Milano, 2017;
- BEGHIN M., *Diritto Tributario: Per l'Università e Per La Preparazione all'Esercizio Delle Professioni Giuridiche*, Milano, Padova, 2020;
- BEGHIN M. *L'Elusione Fiscale e Il Principio Del Divieto Di Abuso Del Diritto*. 2. ed. Milano, Padova, 2021;
- BEGHIN M., TUNDO F., *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2022.
- BERTOLI L. E PEROTTA R., *Le operazioni straordinarie - conferimento d'azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, Milano, 2015;
- BLUMENSTEIN E., *Sistema di diritto delle imposte*, trad. a cura di F. Forte, Milano, 1954;
- BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *Codice civile commentato*, Milano, 2012;
- BUSANI A., *Massimario Delle Operazioni Societarie e Degli Enti Non Profit: Società Di Persone, SPA, SRL, Cooperative e Società Consortili STP, STA, Start-Up Innovative, Società-PMI, Società Benefit. Consorzi Società a Partecipazione*

Pubblica, GEIE, Enti Del Terzo Settore. Atto Costitutivo, Statuto, Patti Parasociali, Governance e Assemblee Aumento e Riduzione Del Capitale, Fusione, Scissione, Trasformazione Obbligazioni, Titoli Di Debito, Strumenti Finanziari Partecipativi Procedure Concorsuali, Liquidazione / Orientamenti Professionali e Giurisprudenza, Milano, 2023;

- CARATTOZZOLO M., *I bilanci Straordinari*, Milano 2009, p. 564;
- CARBONE M. E MANCAZZO A., *Contrasto alla fiscalità internazionale aggressiva*, Milano, 2021, p. 8;
- CARPENTIERI L., *L' Abuso Del Diritto*, Vol. 10, Torino, 2019, p. 2;
- CIAMARELLI F., *Legislazione e giurisdizione: problemi di metodologia giuridica e teoria dell'interpretazione*, Torino, 2006, p. 79 ss.;
- CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992;
- COLOMBO G.E., PORTALE G.B., *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004;
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *La scissione di società*, Roma, 1996, p. 139;
- CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto: profili teorici e problematiche operative*, Bologna, Cisalpino ed., 1996;
- DELLA VALLE E., MARINI G., MIELE L., *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Torino, 2018;
- DI LORENZO L., MOZZARELLI M., SANTAGATA R., SCOGNAMIGLIO G., TERRUSI F., *Operazioni straordinarie. Patrimoni destinati. Liquidazione ed estinzione*, Milano, 2020;

- DINI R., *Scissioni, Strutture, forme e funzioni*, Torino, 2008;
- DONATIVI V., *Trattato delle società*, Milano, 2022;
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, pp. 90 ss. e 157 ss.;
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 197;
- FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Padova, 2020, pp. 220-225;
- FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario, Parte Speciale, Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2021;
- FANTOZZI A., FALSITTA G., BATOCCHI F., MOSCHETTI F., MARONGIU G., *Commentario Breve Alle Leggi Tributarie*, t. III, 2010, p. 868;
- FERRI G., RESCIO G. A., ROSAPEPE R., *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2020;
- FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO, *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, 2007;
- FORNACIARI L., *Profili contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, Torino, 2022;
- GALGANO F., *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza, 2012, p. 2686;
- GAFFURI G., *Diritto Tributario, Parte Generale e Parte Speciale*, Padova, 2016;
- GAMBARO A., *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, Roma, 1988;
- GIANNINI A. D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, p. 166;

- GLENDI C., CONSOLO C., CONTRINO A., *Abuso del diritto e novità sul processo tributario: commento al D.lgs. 5 agosto 2015, n.128 e al D.lgs. 24 settembre 2015, n.156*, Assago, 2016;
- GUARNERI A., *Clausole generali*, in D. disc. priv., sez. civ., 1988, p. 403;
- HENSEL A., *Zur Dogmatik des Begriffs "Steuerumgehung"*, Monaco, 1923, p. 224;
- HENSEL A., *Diritto tributario*, trad. it. di D. Jarach, Milano, 1956, p. 146;
- JARACH D., *Principi per l'applicazione dell'imposta di registro*, Padova, 1936, p. 46;
- LEVI G., *L'abuso del diritto*, Milano, 1993;
- LIBONATI B., *Diritto Commerciale: Impresa e società*, Milano, 2005, p. 513;
- MAGLIULO F., *La scissione delle società*, Milano, 2012, p. 24;
- 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, p. 6 ss.;
- MANCIN M., *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, Milano, 2020;
- MELIS G., *L'Interpretazione Nel Diritto Tributario*, Padova, 2003, p. 216 ss;
- MELIS G., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, p. 101 ss;
- MICCINESI M., *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, p. 435;
- MIELE L., *Il nuovo abuso del diritto*, Torino, 2016, p. 280;
- MOSCHETTI F., *Capacità contributiva*, Torino, V, 1988, p. 2.;
- NIGRO A., *Diritto delle operazioni straordinarie*, Bologna, 2022;

- ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI ROMA -
COMMISSIONE IMPOSTE DIRETTE, OPERAZIONI STRAORDINARIE, *Elusione Fiscale e Circolazione Dell'Azienda Ai Fini IRES Nella Scissione Societaria*, Vol 1, Milano, 2016, p. 48;
- PAGLIARO A., *Concorso di norme*, in Enc. dir., VIII, Milano, 1961, p. 545;
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p. 21;
- PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, Milano, 2013, p. 111 ss.;
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 554 ss.;
- POTITO L., *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, Sesta ed., Torino, 2020;
- RUFINO A., Teubner G., *Il diritto possibile. Funzioni e prospettive del medium giuridico*, Milano, 2005;
- SERRA A., DEMURO I., F. AVELLA, *Trasformazione Fusione, Scissione*, Bologna, 2014, p. 923;
- TABELLINI P.M., *Elusione fiscale*, Enc. Dir. Agg., III, Milano, 1988;
- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010;
- VELLUZZI V., *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Edizioni ETS, Pisa, 2012;
- ZIZZO G., *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, pp. 218-219;
- ZIZZO G., CONTRINO A., BEGHIN M., *Abuso Del Diritto Ed Elusione Fiscale*, Vol. 2, Torino, 2016;

- ZIZZO G., *La clausola generale antiabuso. Tra certezza del diritto ed equità del prelievo*, Pisa, 2022.
-

ARTICOLI DI PERIODICI

- ALBANO G., CONTI A. M., *Scissione mediante scorporo: il principio di neutralità fiscale detta la disciplina applicabile*, in *Il fisco*, 2023, p. 2404;
- ALBANO G., DI CAVE S., *L'abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale*, in *Corr. Trib.*, 2017, p. 3262;
- AMENDOLA M., *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. Comm.*, 1992, p. 501;
- AMENDOLAGINE V., *Abuso del diritto e buona fede nei rapporti contrattuali*, in *I Contratti*, n. 8-9, 2016, p. 811;
- AMENDOLAGINE V., *La valutazione della gravità dell'inadempimento contrattuale tra obbligazioni costitutive del sinallagma ed accessorie*, in *I Contratti*, n. 6, 2021, p. 620;
- ANTONACCHIO F., *Pianificazione fiscale aggressiva nell'era post-BEPS*, in *Il fisco*, n. 9, 2020, p. 854;
- ARENA C., *Elusione dell'imposta e perequazione tributaria*, in *Riv. Guardia Fin.*, 1954, p. 453;
- ARGINELLI P., *The Implementation of the ATAD in Italy*, in *Intertax*, 2022, p. 1;
- ANTONINI E., *Evasione ed elusione d'imposta (Gli atti simulati e le imposte di registro)*, in *Giur. It.*, 1959;

- ANTONINI M., PIANTAVIGNA P., *È legittima la scissione preceduta dal conferimento di partecipazioni in regime di realizzo controllato*, in *Il fisco*, 2022, p. 4121;
- ARNOLD B. J., WILSON J.R., *The general anti-avoidance rule part I*, in *Canadian Tax Journal*, 1988, p. 881;
- ATTARDI C., *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, in *Diritto e Pratica tributaria*, n. 4, 2008, p. 20627;
- BARBAGELATA G., PISANO M., *I limiti al riporto delle perdite fiscali nei trasferimenti societari*, in *Corr. Trib.*, 2023, p. 238;
- BARBONE L., *Cessione di partecipazioni previa scissione, elusività e «spirito del sistema»*, in *Dialoghi tributari*, 2010, p. 334;
- BABORO R., *Le declinazioni della clausola generale antiabuso nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Riv. Dott. Comm.*, fasc. 1, 2023, p. 165;
- BARTOLAZZI MENCHETTI E. M., *Sulla distinzione tra abuso del diritto e simulazione in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 6, 2012, pp. 957-996;
- BASILAVECCHIA M., *Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile*, *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 9, 2008, p. 741
- BASILAVECCHIA M., *Per un coordinamento sistematico nell'attuazione della delega fiscale: giocare all'attacco*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 2994;

- BEGHIN M., *Commento al parere n. 29 del 4 ottobre 2006 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive*, in *Rivista di diritto tributario*, II, 2007, p. 386 ss;
- BEGHIN M., *La scissione parziale proporzionale e il fantasma dell'elusione "condizionata"*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, p. 761;
- BEGHIN M., *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e abuso del diritto*, in *Corr. Trib.*, n. 22, 2008, p. 1777;
- BEGHIN M., *Abuso del diritto: la confusione persiste*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 8, 2008, p. 649;
- BEGHIN M., *Scissione parziale e proporzionale, successiva vendita delle partecipazioni ed elusione tributaria: le cattive abitudini sono dure a morire*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, p. 605;
- BEGHIN M., *Il contribuente infingardo e la latitanza del Fisco in punto di prova della simulazione relativa*, in *GT – Rivista di giur. Trib.*, 2009, p. 140 ss;
- BEGHIN M., *La scissione societaria, l'elusione fiscale e i mulini a vento di Cervantes*, in *Rivista di diritto tributario*, n.1, 2010, p. 56;
- BEGHIN M., *Commento a Corte di cassazione n. 25758 del 2014*, in *Corriere Tributario*, 2015, n.10, p. 731;
- BEGHIN M., *"Elusione", tassazione differenziale e impatto sulla motivazione degli avvisi di accertamento*, in *Corr. Trib.*, n. 24, 2015, p. 1827
- BEGHIN M., *L'abuso del diritto tra operazioni antieconomiche e contrarietà alle "normali logiche di mercato"*, in *Corr. Trib.*, n. 3, 2022, p. 225;

- BEGHIN M., *L'elusione fiscale dominata dal "senso economico" dell'operazione realizzata dal contribuente*, in *Corriere Tributario*, n. 2, 2023, p. 126;
- BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, in *Diritto Penale e Uomo*, n. 7-8, 2019, p. 47 ss;
- BELTRAMELLI G., *Note in tema di elusione e scissione non proporzionale in caso di dissidio tra i soci*, in *Il Torresino*, maggio/giugno 2011, p. 11;
- BENZI C., *Canone inverso: la responsabilità solidale illimitata in materia tributaria delle beneficiarie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 2022, p. 609 ss;
- BERLIRI A., *Negozi giuridici e negozi economici quali basi per l'applicazione dell'imposta di registro*, in *Scritti scelti di diritto tributario*, Milano, 1990, p. 71;
- BISINELLA I., ARTUSO E., *Brevi note tributarie in tema di "azienda" e "conferimento": sulla configurabilità, quale "ramo", di un compendio di beni costituito prevalentemente da partecipazioni, oggetto di trasferimento*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2023, p. 432;
- BLUM W.J., *Motive, intent and Purpose in Federal Income Taxation*, in *University of Chicago Law Review*, 1967, p. 523;
- BOLETTO G., *Riflessioni sull'esclusione della condotta abusiva dall'area di penale rilevanza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, Fascicolo 3, 2016, pp. 535-551;
- BONFANTI L., *Riflessioni, a partire da Assonime, sul recepimento della clausola generale antiabuso dell'ATAD*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 6, 2019, p. 26;

- BRIGHENTI S., *Deliberazioni negative: problematiche ed ipotesi di disciplina*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 10, 2017, p. 1454;
- BUSANI A., *La scissione mediante scorporo*, in *Le società*, n. 4, p. 401, 2023;
- BUSATTA V., *La gestione delle posizioni soggettive nella scissione*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2018, p. 43;
- CARINCI A., *Elusione tributaria, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2012, p. 786;
- CARPENTIERI L., *L'ordinamento tributario tra abuso e incertezza del diritto*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc.12, 2008, p. 1055;
- CARRIROLO F., *Ipotesi di scissione societaria elusiva e non*, in *il Fisco*, 2009, p. 4393;
- CAVELTI L.U., JAAG C., ROHNER T.F., *Why Corporate Taxation Should Mean Source Taxation: A Response to the OECD's Actions against Base Erosion and Profit Splitting*, in *World Tax Journal*, 2017, pp. 352-390;
- CENTORE P., *La detrazione Iva ai confini dell'elusione*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 1105;
- CEPPELLINI P., *La scissione di cassa: valutazione dell'opportunità e prevenzione dei rischi di contestazione*, in *Corriere tributario*, n. 10, 2021, pp. 843-849;
- CHIRICHIGNO S., STANCATI G., *Elusività delle scissioni tra prassi e giurisprudenza*, in *Corr. Trib.*, 2011, p. 1829;
- CIMELLI A., *L'armonizzazione (e il ravvicinamento) fiscale tra lo "spazio unico europeo dell'iva", la direttiva del consiglio "contro le pratiche di elusione fiscale" e l'abuso del diritto*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4, 2018, p. 1397;

- CIMINO C., *Note in tema di elusione e scissione non proporzionale*, Rass. Trib., 2010, p. 1029;
- CIPOLLINA S., *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. dir. fin., fasc.1, 2007, p. 3;
- CIPOLLINA S., *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in Giurisprudenza Italiana, n. 7, 2010, pp. 1724 ss;
- CIPOLLINA S., *Abuso del diritto o elusione fiscale*, in Dig. disc. priv., sez. comm., Agg. VIII, 2017, p. 3 ss.;
- CIRILLO A., ATZENI G. E REGGIANI S., *Il ritorno dell'ACE e il coordinamento con il Decreto ATAD*, in Amministrazione & Finanza, n. 4, 2020, p. 7;
- CLERICI C. E LAURINI F., *La scissione negativa*, in La gestione straordinaria delle imprese, n. 4, 2019, p. 6 ss.;
- COCCHI F., GRECO D., *Scissione mediante scorporo: primi spunti comparativi*, in Amministrazione & Finanza, 2023, p. 25;
- COLLIA F., ROTONDI F., *Rassegna del merito - Sul sindacato del giudice del merito in caso di contratto che preveda il diritto di recesso ad nutum*, in Il lavoro nella giurisprudenza, n. 6, 2023, p. 635;
- COMMITTERI G.M. E CERRAI A., *Dissidi insanabili tra soci e strumenti per la riorganizzazione societaria*, in Il fisco, n. 14, 2023, p. 1348;
- COMMITTERI G.M., DODERO A., *Semplificazioni dei regimi di riallineamento e gestione delle perdite per i soggetti IRES*, in il Fisco, 2023, p. 3481;

- COMMITTERI G. M., *Molte le novità attese per la disciplina del conferimento di aziende e partecipazioni*, in *Il Fisco*, 2023, p. 3574;
- CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società: Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, Milano, 2023;
- CONTE D., *Il discrimen tra abuso del diritto ed evasione fiscale: spunti per un inquadramento critico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, n. 2, pp. 291-318;
- CONTRINO A., *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, *Dir. prat. trib.*, 2009, I, p. 463;
- CORASANITI G., *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 2, 2009, p. 213;
- CORASANITI G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, n.2;
- CORASANITI G., *Gli aspetti tributari del passaggio generazionale delle imprese alla luce della recente prassi dell'agenzia delle entrate*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, n. 2, 2020, pp. 293-335;
- DELLA VALLE E., *L'elusione nella circolazione indiretta del complesso aziendale*, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 375;
- DELLA VALLE E., *Brevi note in tema di rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva/abusiva*, in *Rass. Trib.*, 2012, p. 1118;
- DE ROSA F., *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, in *Corr. Trib.*, 2021, p. 796;

- DE ROSA F., CRAMAROSSA M., *Scissione e conferimento di cassa possono essere parte di un disegno elusivo?*, in *Il fisco*, 2022, p. 2521;
- DE ROSA F., *Abuso del diritto, vantaggio fiscale indebito e lettura monodimensionale*, in *Corr. Trib.*, n. 1, 2022, p. 76;
- DE ROSA F., *Scissione e cessioni di partecipazioni aggirano il recesso: per la Cassazione è abuso del diritto - Non può essere la lettura in chiave economica a far emergere l'abuso del diritto*, in *GT- Riv. Giur. Trib.*, 2022, p. 950;
- DI GIACOMO S.P., *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n. 3, p. 1123;
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritti delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.;
- DI SIENA M., *Variazioni sul tema della neutralità fiscale nelle riorganizzazioni aziendali*, in *Corriere Tributario*, 2012, p. 202;
- DI SIENA M., *Note sul regime della scissione eterogenea ai fini delle imposte dirette: il caso della scissione cui partecipi una società semplice*, in *Riv. Notariato*, 2013, p. 869;
- DI SIENA M., *La Corte costituzionale ed il regime della responsabilità fiscale in caso di scissione: la specialità della materia tributaria preserva lo status quo*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, n.2, pp. 430-442, 2018;
- DI VITTORIO D., *Per il "pieno" riporto delle perdite nella scissione rileva anche il valore economico della beneficiaria*, in *il Fisco*, 2021, p. 2827;

- DONATELLI S., *Norma tributaria e norma civile: il caso della responsabilità solidale illimitata per i debiti tributari delle società beneficiarie nelle operazioni di scissione*, in *Diritto e pratica tributaria*, fasc. 1, 2021, pp. 398-412.
- DOURADO A. P., *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, in *Intertax*, 2015, p. 44;
- EDGAR T., *Building a better GAAR*, in *27 Virginia Tax Review*, 2008, p. 874;
- ESCALAR G., *Per una rilettura critica della nozione unionale di abuso del diritto fiscale*, in *Corr. Trib.*, n. 3, 2019, p. 291;
- FABIANI E., *Clausole generali*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 180 ss;
- FALSITTA G., *L'influenza dell'opera di Albert Hensel sulla dottrina tributaristica italiana e le origini dell'interpretazione antielusiva della norma tributaria*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 6, 2007, p. 569 ss.;
- FALSITTA G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 293 ss.;
- FALSITTA G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore dell'"abuso del diritto"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, p. 349 ss.;
- FALSITTA G., *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 1, 2017 1, p. 707 ss.;

- FALSITTA G., *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 4, parte I, 2018, p. 333;
- FANNI M., *La Cassazione rivaluta i propri precedenti su presunzione di onerosità e "transfer pricing" in una pronuncia sui finanziamenti infragruppo*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2015, p. 322 ss.;
- FANNI M., MANZITTI A., *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, in *Corriere Tributario*, n. 15, 2014, p. 1140;
- FAZIO A., *L'esterovestizione societaria quale fenomeno puramente evasivo: la ragionevole fine di un equivoco?*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 6, 2022, p. 2200;
- FERRARA E., *Scissione per riorganizzazione d'azienda e passaggio generazionale: profili di (non) elusività*, in *Il Fisco*, n. 43, 2019, p. 4107;
- FICARI V., *Spigolature tributarie sulla rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva e abusiva*, *Riv. dir. trib.*, 2012, I, p. 1117;
- FICARI V., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10 bis della l. N. 212/2000*, in *Riv. Tri. Dir. Trib.*, n. 2. 2016, p. 320;
- Fiorentino S., *Il problema dell'elusione nel sistema tributario positivo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, n. 7, p. 814;
- FONTANI M., MONTECCHI G., *Posizioni fiscali soggettive e scissione: una questione non solo tributaria*, in *Amministrazione & Finanza*, 2017, pp. 44-45;

- FRANSONI G., *Appunti su abuso del diritto e “valide ragioni economiche”*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 932;
- FRANSONI G., *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corriere Tributario*, n. 1, 2011, pp. 13-23;
- FRANSONI G., *L’assonime e l’abuso del diritto: una circolare con molte luci e qualche ombra*, in *Riv. Dir. Trib. – Supplemento online*, 2016;
- FRANSONI G., *Abuso del diritto: generalità della clausola e determinatezza del procedimento*, in *Rass. Trib.*, n. 2, 2017, p. 297;
- FRANSONI G., *L’Agenzia delle entrate esclude il carattere “abusivo” delle operazioni “strumentali”*, in *Rivista di diritto tributario, supplemento online*, 2017;
- GAIANI L., *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *Il fisco*, 2019, p. 1013;
- GALLO F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d’impresa)*, in *Rass. Trib.*, 1989, p. 19;
- GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, I, p. 1778 ss.;
- GALLO F., *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 6, 2014, p. 947;
- GALLO F., *La nuova frontiera dell’abuso del diritto*, in *Rass. trib.*, n. 6, 2015, p. 1315 ss.;

- GALLO F., *L'abuso del diritto nell'art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE e nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente: un confronto tra le due nozioni*, in *Rassegna tributaria*, 2018, pp. 274-275;
- GERMANI A., *La scissione di una partecipazione è un'alternativa valida all'assegnazione*, in *Norme e Tributi – Il Sole 24 ore*, 2023;
- GIUSTI G., *Assenza di sostanza economica e indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, p. 1437;
- GUARINI M., *Il consenso 'determinante' della minoranza nelle società di capitali tra clausole di salvaguardia e abuso di potere*, in *Rivista di diritto societario*, n. 2, 2018, nota 78;
- GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2013, p. 454;
- GIOVANNINI A., *La delega unifica elusione e abuso del diritto: nozione e conseguenze*, in *Corr. Trib.*, n. 24, 2014, p. 1827;
- GIOVANNINI A., *Note controcorrente sulla sanzionabilità dell'abuso del diritto*, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 823 ss.;
- GUARISE V. E SCULLIN A., *Ripartizione tra società partecipanti alla scissione di posizioni soggettive ACE: riporto e utilizzo in capo alla beneficiaria*, *Il fisco*, n. 44, 2022, p. 4217;
- HEGDE N., MATHRUHA H., *The vodafone case looking back, looking ahead*, in *Corporate Business Taxation Monthly*, 13, 2012, pp. 15-44;

- HJI PANAYI C., *Advances issues in international and European tax law*, Bloomsbury Publishing, 2015, p. 47 ss.;
- IANIGRO E., *Spunti in tema di riforma della fiscalità delle operazioni straordinarie alla luce della legge delega*, in *Rivista di diritto tributario – supplemento online*, del 19 settembre 2023;
- IASCONE E., MICHELUTTI R., *Rilevanza transnazionale degli elementi costitutivi dell'abuso del diritto di cui all'art. 10-bis della L. 27.7.200 n. 212*, in L. Miele (a cura di), *Il nuovo abuso del diritto*, Torino, Eutekne, 2016, p. 280;
- INGRAO G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4, 2016, p. 1433;
- LA ROSA S., *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, in *Rivista di diritto tributario*, 2010, p. 787 ss.;
- LA ROSA S., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenze*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2012, I, p. 707;
- LA ROSA S., *L'accertamento tributario antielusivo: profili procedimenti e processuali*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 514;
- LAMEDICA T., *Abuso del diritto ed elusione: disciplina unificata*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 1429;
- LANCIA R., *La deducibilità degli oneri finanziari nelle operazioni transfrontaliere: il caso Lexel AB contro Skatteverket tra mutato quadro normativo europeo, pianificazione fiscale aggressiva e nuovi orizzonti internazionali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, p. 844;

- LASINSKI-SULECKI K., MORAWSKI & E. PREJS W., *General Principles of Law and Taxation*, in *Review of European and Comparative Law*, 2022, p. 92 ss.;
- LEO M., *La scissione di cassa seguita dalla cessione delle partecipazioni nella società beneficiaria è elusiva?*, in *Corr. Trib.*, 2022, p. 518;
- LEONI G., MONTEDURO G., *Le posizioni soggettive nelle operazioni di scissione tra carenze normative e dubbi interpretativi*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, n. 4, 2015;
- LIPRINO V., *Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso di diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Parte Service*, in *Rivista di diritto tributario*, II, 2008, p. 133 ss.;
- LUPI R., *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art. 10 legge 408/1990)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992, p. 439;
- LUPI R., *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazioni della fusione e fobie antielusive*, in *il fisco*, 1993, p. 2211;
- LUPI R., *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna tributaria*, 1997, p. 1099 ss;
- LUPI R., *Elusione, valide ragioni economiche, aggiramenti e sanzioni*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, p. 386;
- LUPI R., STEVANATO D., *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, in *Corr. Trib.*, n. 6, 2009, p. 403;

- MAISTO G., *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in tema di Iva*, in Riv. Dir. Trib., 2007, p. 17;
- 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 Dir. e prat. trib., n. 1, 2019, p. 247;
- MARCHESE S., L. MIELE, *Circolazione e compensazione delle perdite nel consolidato e nelle operazioni straordinarie*, in Corr. Trib., 2023, p. 425;
- MARCHESELLI A., *Il contraddittorio deve precedere ogni provvedimento tributario*, in Corr. Trib., 2014, p. 3019 ss.
- MARCHESELLI A., RONCO S.M., *La formulazione dell'abuso del diritto contenuta nella Direttiva europea*, in Corr. Trib., n. 7, 2017;
- MARCHETTI F., *La riqualificazione dell'atto soggetto a tassazione ad opera dell'Ufficio del registro: l'interpretazione dell'art. 20 d.p.r. n. 131/1986*, in Boll. trib., 2002, p. 738;
- MARONGIU G., *L'abuso del diritto nella legge di registro tra principi veri e principi asseriti*, in Dir. e prat. Trib., 2013, vol. II, p. 361;
- MARZANO M., *Note a margine della sentenza della Corte di Giustizia 5 luglio 2007, causa C- 321/05, (caso Kofoed). Sulla non applicabilità del principio di divieto di abuso come criterio generale al cospetto di fattispecie elusive realizzate nell'ambito del regime delle "fusioni" comunitarie*, in Riv. dir. fin., fasc.2, 2009, p. 23;

- MAUGERI M., *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano*, in Giur. Comm., 1991, I, p. 745 ss.;
- MENGONI L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in Dir. lav., 1992, p. 3 ss.;
- MERCURI G., *Spunti ricostruttivi in tema di dac-6: pianificazione fiscale aggressiva, ragionevolezza e profili sanzionatori*, in Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, n. 2, 2021, pp. 247-292;
- MICHELUTTI R., *Il conferimento in neutralità con scissione è elusione*, in Il Sole 24 Ore, del 2018;
- MICHELUTTI R., CAPITTA F., *Il vantaggio fiscale indebito nella prassi dell'Agenzia delle entrate in materia di abuso del diritto*, in Corr. Trib., n. 6, 2022, p. 524;
- MICHELUTTI R. E IASCONE E., *La scissione mediante "scorporo" alla prova del regime fiscale di riferimento*, in Corriere Tributario, n. 6, 2023, pp. 535-544;
- MIELE L., *I principi desumibili dalle pronunce dell'Agenzia delle entrate sull'abuso*, in Corriere tributario, n. 1, 2019, p. 73;
- MIELE L., *La complessa interpretazione dell'abuso del diritto nella prassi dell'Agenzia delle entrate*, in Corr. Trib., 2022, p. 624;
- MISCALI M., *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in Dir. Prat. Trib., n. 4, 2017, p. 1391 ss.;
- MONTALENTI P., *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in Rivista di Diritto Civile, n. 4, 2018, p. 873;

- MOSQUERA VALDERRAMA IJ., *Critical Review of the ATAD Implementation: Foreword: The Implementation of the ATAD in the EU: The Same but not the Same*, in *Intertax*, v. 49, pp. 915-916;
- NISHKA, V. KUMAR, *MNCS and Tax Avoidance: GAAR Provision to Override DTAA in Case of Abuse*, in *Indian Journal of Law and Legal Research*, p. 1;
- NUSSI M., *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, I, p. 513;
- OSTWAL T.P., Vijayaraghavan V., *Anti-Avoidance Measures*, in *National Law School of India Review*, V. 22, 2010, p. 74;
- PALESTINI S., *L'Agenzia ha cambiato approccio verso le operazioni di scissione?*, in *Amministrazione & Finanza*, 2017, p. 34;
- PETA M., *La "scissione mediante scorporo": profili civilisti e fiscali, abuso di diritto e approccio aziendalistico*, in *Notariato*, 2023, p. 688;
- PETRITAJ F., *Scissione - L'opposizione dei creditori alla scissione: natura e profili procedurali*, in *Giur. It.*, 2021, p. 637;
- PIANTAVIGNA P., *Tax abuse in european Union Law: A Theory*, in *EC Tax Review*, n. 3, 2011, p. 146;
- PICCOLO C., *Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*, in *Rass. Trib.*, n. 3, 2006, p. 1040;
- PICCONE FERRAROTTI P., *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del D. Lgs. N. 358/1997*, in *Rassegna Tributaria*, 1997, p. 1155;

- PIRAINO F., *Sull'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1, 2023, p. 173;
- PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, n. 2, 2016, pp. 395-439;
- POMPEI M., *L'abuso del diritto è configurabile come principio generale del nostro ordinamento?*, in *Rivista di diritto economico, dei trasporti e dell'ambiente*, 2010, pp. 285-309;
- POMPEI M., *Abuso del diritto – Un approccio tra filosofia e storia*, v. 131, Torino, 2019;
- PORTALE G.B., *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. Soc.*, 2000, p. 488;
- PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4, 2019, p. 1445;
- RAGUCCI G., *Schemi di attuazione della neutralità nelle operazioni straordinarie d'impresa*, in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1391-1392;
- REBECCA G. E ZANNI M., *Il riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie d'impresa*, in *il Fisco*, 2010, p. 2627;
- RESCIGNO P., *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 2;
- RIGHI M., *Elusione fiscale, abuso del diritto e la prospettiva di una teoria dell'illecito tributario in Brasile*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, n. 1, 2021, p. 89;

- RIZZARDI R., *Con la convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*, in Corr. Trib., n. 3, 2017, p. 223;
- ROSENBLATT P. & TRON M.E., *General Report*, in Anti-avoidance measures of general nature and cope GAAR and other rules, in IFA Cahiers, n. 103a, 2018, p. 14;
- RUSSO A. E DE ROSA L., *La «supersolidarietà» per i debiti tributari delle società partecipanti ad un'operazione di scissione*, in Modulo24 Operazioni Straordinarie, n. 1, 2023, p. 42;
- RUSSO P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in Rass. trib., 1999, p. 68.
- SALVI G., *Scissione parziale, non proporzionale e “asimmetrica”*: valutazione antiabuso, in Amministrazione & Finanza, n. 12, 2023, p. 7;
- SALVI G., *Scissione preceduta da conferimento e normativa antiabuso*, in Amministrazione & Finanza, n. 2, 2023, p. 25;
- SALVINI L., *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, in Corr. Trib., 2006, p. 3101;
- SANTOCCHINI M. E FRANCONI F., *Regime di responsabilità per le obbligazioni tributarie scaturenti da una scissione elusiva*, in La gestione straordinaria delle imprese, n. 54, 2013, p. 54 ss.;
- SANTONASTASO F., *I negozi in frode alla legge fiscale*, in Dir. Prat. Trib., 1970, I, p. 505;
- SORIGNANI P. R. E ROCCHI A., *Gli atti dispositivi di azienda e le problematiche interpretative sui principi di continuità e di neutralità*, in Il fisco, 2017, p. 2049;
- SPOLIDORO M. S., *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, in Riv. dir. soc., 2019, p. 2;

- STABILINI A., *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Le Società*, n. 7, 2011, p. 841;
- STEVANATO D., *La norma antielusiva nei pareri del Comitato per l'interpello*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2002, p. 223;
- STEVANATO D., *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rass. Trib.*, n. 1, 2006, p. 309;
- STEVANATO D., *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria: è davvero aggirato lo spirito della legge?*, in *Corr. Trib.*, n. 21, 2008, p. 1719;
- STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 5, 2015, p. 695;
- TABET G., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, in *Bollettino tributario*, 2009, p. 85;
- TANG J., *Reconstruction of the general anti-avoidance rule from the perspective of the rule of law*, in *Law Science*, 2022, p. 1147;
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980, p. 371;
- TARGHINI M., *La dissonante, confusionaria, dispotica e diuturna supersolidarietà tributaria nella scissione: a volte ritornano*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2023, p. 1278;
- TARUFFO M., *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 943;
- TESAURO F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4, 2012, p. 10683;

- TRIVOLI A., *Contro l'introduzione di una clausola generale antielusione nell'ordinamento vigente*, in Dir. Prat. Trib., 1992, I, p. 1337;
- VALENTE P., *Canada*, in Fiscalità & Commercio Internazionale, n. 12, 2022, p. 24;
- F. VANISTENDAEL, in *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax Law?*, EC Tax Review, 2006, p. 194;
- VELLUZZI V., *Abuso del diritto ed interpretazione giuridica. Alcune questioni ed una proposta*, in Riv. Dir. Trib., 2019, p. 499;
- VEROI F., *ACE - Aiuto alla crescita economica*, Wolters Kluwer, One fiscale;
- WAERZEGGERS C., HILLER C., *Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR): Ensuring that a GAAR achieves its purpose*, in Tax Law IMF Technical Note, n. 01/2016, p. 1;
- WEISBACH D.A., *An Economic analysis of Anti-avoidance doctrines*, in John M. Olin Law & Economics Working paper, n. 99, 2002, pp. 23-24;
- ZANETTI E., *Risoluzione n. 256/E del 2 ottobre 2009 - Scissioni societarie ed elusione fiscale*, in Il fisco, 2009, p. 6369;
- ZANETTI E., *La tassazione della plusvalenza da cessione d'azienda - Disciplina generale e casi particolari*, in Il Fisco, 2010, p. 1617;
- ZIZZO G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in Giurisprudenza Tributaria, 2008, p. 465;
- ZIZZO G., *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, in Rass. Trib., 2008, p. 929;
- ZIZZO G., *La nuova nozione di abuso del diritto e le raccomandazioni della Commissione europea*, in Corriere tributario, 2015, pp. 4577-4583;

- ZIZZO G., *La preordinazione degli atti nell'abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, n. 4, 2023, pp. 317-321;
 - ZOPPINI G., *Prospettiva critica della giurisprudenza 'antielusiva' della Corte di Cassazione (1969-1999)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, p. 919;
 - ZOPPINI G., *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, p. 809;
 - ZOPPINI G., *Nuove prospettive giurisprudenziali in tema di abuso*, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 1255.
-

GIURISPRUDENZA

- Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1951, n. 1177;
- Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 1963, n. 195;
- Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 1979, n. 818;
- Cass. civ., Sez. I, 09 gennaio 1987, n. 75;
- Cass. civ., Sez. I, 21 novembre 1998, n. 11801;
- Cass. civ., Sez. I, 17 luglio 2007, n. 15950;
- Cass. civ., Sez. V, 4 aprile 2008, n. 8772;
- Cass. civ., Sez. V, 6 agosto 2008, n. 21170;
- Cass. civ., SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30055;
- Cass. civ., SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30056;
- Cass. Civ., SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30057;
- Cass. civ., Sez. V, 22 settembre 2010, n. 20030;
- Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2010, n. 22819;

- Cass. civ., Sez. V, 12 novembre 2010, n. 22994;
- Cass. civ., Sez. V, 21 gennaio 2011, n. 1372;
- Cass. civ., Sez. V, 18 febbraio 2011, n.3947;
- Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 2011, n. 26723;
- Cass. Pen., Sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739;
- Cass. civ., Sez. I, 17 febbraio 2012, n. 2334;
- Cass. civ., Sez. Lavoro, 7 maggio 2013, n. 10568;
- Cass. civ., Sez. V, 8 ottobre 2014, n. 21190;
- Cass. civ., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 25758;
- Cass. civ., Sez. V, 19 dicembre 2014, n. 27087;
- Cass. civ., Sez. V, 14 gennaio 2015, n. 405;
- Cass. civ., Sez. V, 27 marzo 2015, n. 6226;
- Cass. pen., Sez. III, 20 ottobre 2015, n. 43809;
- Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 41755;
- Cass. pen, Sez. III, 16 novembre 2016, n. 48293;
- Cass. pen., Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016;
- Corte Cost., 26 aprile 2018, n.90;
- Cass. civ., Sez. V, 21 maggio 2019, n. 13613;
- Cass. pen., Sez. V, 14 giugno 2019, n. 37326;
- Cass. civ., Sez. V, 25 febbraio 2020, n. 4987;
- Cass. civ., Sez. V, del 29 maggio 2020, n. 10238;
- Cass. civ., SS.UU., 16 dicembre 2020, n. 28709;

- Cass. civ. Sez. II, Ord. 09 luglio 2021, n. 19579;
- Cass. civ., Sez. V, 19 novembre 2021, n. 35398;
- Cass. civ., del 12 aprile 2022, n. 11890;
- Cass. civ., Sez. V, 9 maggio 2022, n. 14493;
- Cass. civ., Sez. II, 12 luglio 2022, n. 21966;
- Cass. civ., Sez. V, 22 settembre 2022, n. 27709;
- Cass. civ., Sez. V, 11 novembre 2022, n. 33436;
- Cass. civ., Sez. V, 16 gennaio 2023, n. 1035;
- Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, causa C-110/99, (c.d. *Emsland-Starke*);
- Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-255/02 (c.d. *Halifax*);
- Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-419/02 (c.d. *Bupa Hospitals*);
- Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-223/03, (c.d. *University of Huddersfield Higher Education Corporation*);
- Corte di Giustizia, 5 luglio 2007, causa C-321/05, (c.d. *Kofoed*);
- Corte di Giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-245/06 (c.d. *Part Service*);
- Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, causa C-103/09, (c.d. *Weald Weaving Ltd*);
- Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, causa C-277/09, (c.d. *RBS Deutschland Holding*);
- Corte di Giustizia, 27 ottobre 2011, causa C-504/10, (c.d. *Tanoarch*);
- Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, causa C-419/14, (c.d. *WebMindLicenses*);
- Corte di Giustizia, 22 novembre 2017, causa C-251/16, (c.d. *Cussens*);
- Corte di Giustizia, 6 febbraio 2020, causa C-276/18, (c.d. *Krak Vet Marek Batko*);

- *Gregory v. Helverin, Commissioner of Internal Revenue*, no. 127, Supreme Court, 1935.
-

PRASSI

- Assonime, Circolare del 4 agosto 2016, n. 21;
- Assonime, Circolare del 3 agosto 2017, n. 20;
- Assonime, Circolare del 18 dicembre 2018, n. 27;
- Assonime, Circolare del 22 maggio 2023, n. 14;
- Circolare ministeriale del 19 dicembre 1997, n. 320/E;
- Circolare del Ministero delle finanze del 17 maggio 2000, n. 98/E;
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 22 aprile 2005, n. 16/E;
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 25 settembre 2008, n. 57/E;
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 9 marzo 2010, n. 9/E;
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate del primo luglio 2016, n. 26/E;
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate, del primo agosto 2022, n. 31/E;
- Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima L.D.2, 2011;
- Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.A. 15, 9/06, modificato il 9/22;
- Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima L.A. 13, 9/06;
- Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima L.A. 30, 2023;

- Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima L.A.28, 2023;
- Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima L.A.32, 2023;
- Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.G.2, 10/23;
- Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 56-2016/T;
- Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 45-2023/I;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 13 maggio 1998, n.4;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive 23 marzo 1999, n.4;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 4 luglio 2002, n. 6;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 5 luglio 2002, n. 9;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 25 marzo 2004, n. 9;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del primo ottobre 2004, n. 22;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 24 febbraio 2005, n. 5;

- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 12 maggio 2005, n. 11;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 14 ottobre 2005, n. 38;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, del 16 maggio 2006, n. 18;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 25 luglio 2006, n. 24;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive 10 ottobre del 2006, n. 27;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 4 ottobre 2006, n. 29;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 22 marzo 2007, n. 8;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 9 maggio 2007, n. 20;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 23 marzo 2001, n. 32/E;
- Risoluzione Agenzia delle entrate del 6 luglio 2001, n. 114;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 21 febbraio 2002, n. 53/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 19 marzo 2002, n. 91/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, del 9 gennaio 2006, n. 5/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 24 ottobre 2006, n. 116/E;

- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 13 marzo 2007, n. 48/E;
- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 22 marzo 2007, n. 56/E;
- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 4 ottobre 2007, n. 281/E;
- Risoluzione Agenzia delle entrate del 28 aprile 2008, n. 177/E;
- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 7 aprile 2009, n. 97/E;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 30 giugno 2009, n. 168/E;
- Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2019, n. 256/E;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 3 novembre 2016, n. 101/E;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 25 luglio 2017, n. 97/E;
- Risoluzione Agenzia delle entrate del 26 luglio 2017, n.98/E;
- Risoluzione ministeriale n. 5/E del 6 febbraio 1998;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 3 ottobre 2018, n. 21;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’8 ottobre 2018, n. 30;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 12 ottobre 2018, n.36;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 19 ottobre 2018, n. 40;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 12 novembre 2018, n. 65;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 15 novembre 2018, n. 68;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 15 novembre 2018, n. 70;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 29 gennaio 2019, n. 13;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 13 febbraio 2019, n. 53;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 25 marzo 2019, n. 87;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 20 maggio 2019, n. 147;

- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’8 agosto 2019, n. 333;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate, del 23 agosto 2019, n. 341;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 23 agosto 2019, n. 343;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 21 febbraio 2020, n. 72;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 27 marzo 2020, n. 98;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 3 aprile 2020, n. 101;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del primo ottobre 2020, n. 421;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 31 dicembre 2020, n. 635;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’8 febbraio 2021, n. 89;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate, del 2 marzo 2021, n. 129;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 3 marzo 2021, n. 155;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 10 maggio 2021, n. 316;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 20 luglio 2021, n. 493;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 17 dicembre 2021, n. 830;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 28 dicembre 2021, n. 864;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 14 marzo 2022, n. 111;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2022, n. 133;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 23 marzo 2022, n. 152;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 21 aprile 2022, n. 203;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 10 maggio 2022, n. 252;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2022, n. 496;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 12 gennaio 2023, n. 14;

- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate, del primo marzo 2023, n. 233;
 - Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2023, n. 260;
 - Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2023, n. 263;
 - Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’8 maggio 2023, n. 317;
 - Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’11 dicembre 2023, n. 473.
-

SITOGRAFIA

- FTA ONLINE NEWS, Milano, <https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/dividend-washing127.htm>, 2010;
- LIDIMATEMATICI, <https://lidimatematici.wordpress.com/2010/11/13/il-v-postulato-di-euclide-un-dogma-violato-che-cambio-il-mondo/>, 2010;
- ONEMIND, <https://www.manuelmarangoni.it/onemind/2951/e-vero-che-due-rette-parallele-si-incontrano-allinfinito/>, 2012;
- L. MIELE, *Abuso del diritto – Prassi e casi pratici*, https://www.odcec.roma.it/index.php?option=com_wbmf&format=raw&cod=MjUxMzU=, 2019.