



Cattedra DI DIRITTO TRIBUTARIO DELL'IMPRESA

ELUSIONE FISCALE NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE: TRA LEGITTIMO RISPARMIO D'IMPOSTA E FATTISPECIE ABUSIVE

Chiar.mo Prof. GIUSEPPE MOLINARO

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa LIVIA SALVINI

CORRELATORE

SABINO PIO LAPENNA 167833

CANDIDATO

Anno Accademico 2024/2025

ELUSIONE NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE: TRA LEGITTIMO RISPARMIO D'IMPOSTA E FATTISPECIE ABUSIVE

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO I – L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO: NOZIONE ED EVOLUZIONE.....	8
1.1. Inquadramento generale dell'elusione fiscale	8
1.1.1. (segue) Limite superiore e inferiore: l'evasione e il legittimo risparmio d'imposta	15
1.1.2. (segue) Il rapporto con la simulazione	19
1.2. Evoluzione normativa: dalle clausole antielusive specifiche all'introduzione della clausola generale.....	21
1.3. L'apporto della giurisprudenza alla definizione di abuso del diritto in ambito tributario	24
1.3.1. (segue) La giurisprudenza comunitaria	24
1.3.2. (segue) Il percorso interno: la giurisprudenza di legittimità.....	29
1.4. Abuso del diritto: dalle origini all'unificazione dei concetti.....	34
CAPITOLO II – LA CLAUSOLA GENERALE ANTIABUSO	37
2.1. Disciplina vigente e presupposti applicativi.....	37
2.2. Le valide ragioni extrafiscali	46
2.3. L'interpello antiabuso e la sua rilevanza nelle operazioni straordinarie	49
2.4. L'accertamento dell'elusione fiscale: profili procedurali.....	53
CAPITOLO III – LE OPERAZIONI STRAORDINARIE: TRA DISCIPLINA CIVILISTICA E TRATTAMENTO FISCALE	58
3.1. Le operazioni straordinarie: i contorni di una nozione.....	58
3.2. Il conferimento nelle imposte sui redditi: disciplina generale e profili di neutralità fiscale.....	61
3.2.1. (segue) Il conferimento di partecipazioni: fattispecie impositive e regime di realizzo controllato	63
3.2.1.1. (segue) La deducibilità dei conferimenti minusvalenti: le modifiche del D.lgs 192/2024.....	71
3.2.2. (segue) Il conferimento d'azienda e il suo trattamento fiscale.....	74
3.3. Lo scambio di partecipazioni tramite permuta	79
3.4. La fusione	81
3.4.1. (segue) La neutralità fiscale in capo alle società e ai soci	84
3.4.2. (segue) Effetto successorio e disciplina delle riserve.....	87
3.4.3. (segue) Il nuovo regime del riporto delle perdite pregresse	89
3.4.3.1. (segue) Il riporto delle perdite nel Merger Leveraged Buy-out (MLBO) .	93
3.5. La scissione.....	94

3.5.1. (segue) Il regime fiscale applicabile e neutralità nella prospettiva della scissa, beneficiaria e dei soci	96
3.5.2. (segue) Il nuovo comma 15-ter: trattamento fiscale applicabile alla scissione mediante scorporo	100
CAPITOLO IV – PRASSI AMMINISTRATIVA E CONFIGURAZIONE	
DELL’ABUSO DEL DIRITTO NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE	103
4.1. La rilevanza della prassi amministrativa nell’individuazione delle operazioni elusive	103
4.2. L’elusione nei conferimenti d’azienda e di partecipazioni	104
4.3. La scissione nelle valutazioni dell’Amministrazione: da operazione sospetta a strumento legittimo	110
4.3.1. (segue) L’elusione nelle diverse tipologie di scissione	114
4.3.2. (segue) Scissioni precedute o seguite da altre operazioni	119
4.4. La fusione e i profili di abuso	125
4.4.1. (segue) Il caso del Merger Leveraged buy-out	131
CONCLUSIONI	136
Bibliografia:	138

INTRODUZIONE

Nel panorama giuridico italiano, il diritto tributario si distingue per una complessità che, più di ogni altra branca, riflette la sua natura profondamente trasversale. Si tratta, infatti, di una materia in cui confluiscono istanze civilistiche, contabili ed economiche, e che trova nella continua sovrapposizione di fonti, nell'instabilità interpretativa e nell'iperproduzione normativa un fertile terreno di ambiguità. La stratificazione disordinata delle disposizioni fiscali, unita all'instabilità degli orientamenti dell'Amministrazione finanziaria e della giurisprudenza, ha prodotto negli anni un sistema incerto e fragile, in cui il contribuente si trova spesso esposto al rischio di contestazioni fondate più su interpretazioni giurisprudenziali oscillanti che su regole chiare e predeterminate.

In questo contesto complesso e disordinato, le operazioni straordinarie assumono una rilevanza centrale nella vita economica dell'impresa. Strumenti giuridici di primaria importanza, esse consentono agli operatori economici di perseguire obiettivi strategici quali la riorganizzazione societaria, la razionalizzazione delle attività produttive, l'integrazione verticale o orizzontale, nonché l'ottimizzazione delle risorse aziendali. Tali operazioni si caratterizzano per un impatto significativo anche sul piano fiscale. Ed è proprio su tale versante che si annidano le maggiori criticità interpretative e applicative.

Il legislatore tributario, infatti, tende a considerare le operazioni straordinarie come fiscalmente neutrali, vale a dire non idonee, in via ordinaria, a generare imponibili immediati. Questa impostazione, ispirata all'esigenza di non ostacolare la fisiologica evoluzione del tessuto imprenditoriale, può tuttavia prestarsi a forme di utilizzo distorto o meramente strumentale, finalizzate a conseguire indebiti vantaggi fiscali aggirando l'effettiva ratio delle norme. In tali ipotesi, l'apparente neutralità dell'operazione cela intenti elusivi che l'Amministrazione finanziaria può sottoporre a sindacato in base alla clausola generale antiabuso di cui all'art. 10-bis della legge n. 212 del 2000.

Alla luce di ciò, il presente lavoro si propone di analizzare in modo critico e sistematico la normativa generale antiabuso, per poi esaminare la disciplina fiscale delle operazioni straordinarie più rilevanti, al fine di comprendere quando tali operazioni si traducano in

un legittimo risparmio d'imposta e quando, invece, integrino una fattispecie elusiva. L'indagine intende fornire uno strumento interpretativo utile a orientarsi nel delicato confine tra pianificazione fiscale lecita e abuso del diritto, analizzando in particolare il modo in cui l'Amministrazione finanziaria interpreta le scelte del contribuente in chiave antiabuso, individuando i presupposti che, secondo la stessa, configurano un'operazione elusiva e ricostruendo gli argomenti interpretativi che ne sostengono il ragionamento.

Per perseguire tale obiettivo, il lavoro si apre con una ricostruzione delle origini e dello sviluppo del concetto di elusione fiscale, fenomeno tradizionalmente oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Il primo capitolo si sofferma sulle incertezze che ne hanno accompagnato l'evoluzione e che, nel tempo, hanno richiesto l'elaborazione di un principio generale capace di colmare le lacune lasciate dalla normativa speciale.

Segue, nel secondo capitolo, l'analisi della disciplina attualmente vigente in materia di abuso del diritto, con particolare attenzione ai presupposti richiesti per la sua applicazione e alle condizioni in presenza delle quali tali presupposti possono dirsi integrati. L'esame tiene conto delle perplessità interpretative che si sono manifestate nel tempo e dei chiarimenti più recenti forniti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze con l'atto di indirizzo del 27 febbraio 2025, volto a offrire un orientamento più uniforme in materia.

Il terzo capitolo affronta il tema delle operazioni straordinarie sotto il duplice profilo civilistico e tributario. Dopo averne ricostruito la nozione e classificazione, l'indagine si concentra sul loro trattamento fiscale, con particolare riferimento ai regimi di neutralità e realizzo controllato previsti dal TUIR, alla luce anche delle recenti innovazioni introdotte dal decreto legislativo n. 192 del 2024. L'intento è quello di evidenziare come queste operazioni rappresentino, da un lato, strumenti legittimi e funzionali alla riorganizzazione aziendale e, dall'altro, potenziali veicoli di pianificazione fiscale aggressiva suscettibili di sindacato.

Il quarto e ultimo capitolo si focalizza sull'applicazione concreta della clausola generale antiabuso nell'ambito delle operazioni straordinarie, mediante l'analisi della prassi amministrativa più rilevante. Lo studio delle risposte a interpello e degli orientamenti espressi dall'Agenzia delle Entrate consente di comprendere i criteri adottati per qualificare una determinata operazione come elusiva, al fine di valutare la coerenza interpretativa dell'Amministrazione e di individuare le persistenti criticità nell'individuazione e delimitazione delle operazioni straordinarie abusive.

CAPITOLO I – L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO: NOZIONE ED EVOLUZIONE

Prima di affrontare il tema delle operazioni straordinarie e delle relative implicazioni fiscali, è necessario delineare il fenomeno dell'elusione fiscale, al centro di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Il concetto ha conosciuto un'evoluzione significativa, che ha condotto all'introduzione della clausola generale antielusiva di cui all'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente¹.

Il presente Capitolo intende offrire un inquadramento sistematico dell'istituto, ripercorrendone le tappe principali – dalle prime elaborazioni giurisprudenziali fino alla sua attuale codificazione – al fine di ricostruirne lo sviluppo e comprenderne l'attuale portata applicativa.

1.1. Inquadramento generale dell'elusione fiscale

Dal punto di vista economico, i tributi, intesi quali prestazioni patrimoniali coattive, costituiscono la principale forma di finanziamento delle spese pubbliche, cui ciascun cittadino è tenuto a concorrere in base alla propria capacità contributiva². Poiché le scelte economiche degli individui sono generalmente guidate da criteri di razionalità, e il pagamento dei tributi rappresenta un onere significativo, è naturale che la pressione fiscale influenzi i processi di allocazione della ricchezza. In questo contesto, i contribuenti tendono a prediligere soluzioni che minimizzano il carico fiscale, sfruttando le opportunità offerte dall'ordinamento per ridurre l'imposizione tributaria³. In tal senso, risulta legittima la condotta del contribuente che, tra le diverse opzioni consentite dalla

¹ Legge 27 luglio 2000, n. 212

² Cfr. G. FRANSONI e N. ZANOTTI, *Manuale di diritto tributario*, 2025, p. 15 ss.

³ Per un'opinione conforme si veda W. GOTHOT, *Conférence prononcée a l'Ecole Supérieure des Sciences Fiscales, le 3 mars 1962*, in *The business purpose test and abuse of rights*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, 1242; secondo cui “la scelta fatta dal contribuente è nient'altro che l'uso della libertà data ai cittadini dal diritto civile e dalla Costituzione di fare tutto ciò che non è vietato. Perciò non è sicuramente vietato di evitare una situazione in cui l'imposta è dovuta. Il desiderio di evitare l'imposizione è normale. È persino inconcepibile che il contribuente possa avere un atteggiamento diverso. Cosa si penserebbe di un contribuente che, nel corso di una transazione, si chiedesse cosa fare per pagare la maggior quantità d'imposta? Non è naturale che si ponga la domanda contraria? E se egli fa ciò non potrà non ammettersi che ha agito come un buon pater familias, cioè come uomo prudente”

legge per ottenere lo stesso risultato economico, sceglie quella fiscalmente meno onerosa⁴.

Tuttavia, quando un contribuente compie un'operazione, o una serie di operazioni collegate, con l'unico o prevalente scopo di ridurre il proprio carico fiscale, sfruttando disposizioni normative in modo distorto e contrario alle finalità per cui sono state introdotte, il vantaggio fiscale ottenuto non può considerarsi legittimo.

In questi casi si configura la cd elusione fiscale, un concetto apparso nell'ordinamento italiano agli inizi del Novecento e divenuto oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il primo approccio al contrasto dell'elusione fiscale si fondava sull'interpretazione della disposizione normativa elusa, applicando criteri estensivi o restrittivi per evitarne un uso distorto.

Tale metodo si è sviluppato a partire dai contributi della Scuola Pavese di finanza pubblica⁵, attraverso i quali si è elaborata la cd teoria dell'interpretazione funzionale. Secondo quest'ultima, il dovere d'imposta non costituisce una limitazione ai diritti del cittadino, ma rappresenta un presupposto logico necessario per il loro pieno esercizio. Partendo da tale presupposto, le norme tributarie non avrebbero carattere eccezionale e sarebbero, pertanto, suscettibili di interpretazione analogica, così da attribuire loro il significato più conforme alla finalità riconosciutagli, nel rispetto dei principi di uguaglianza⁶.

Sebbene risultasse particolarmente efficace in chiave antielusiva, tale teoria fu esposta a una serie di critiche⁷ e, in particolare, a quella secondo cui, aderendovi, all'interprete fosse riconosciuto uno spazio di discrezionalità troppo eccessivo, quindi incompatibile con la riserva di legge prevista in materia tributaria⁸ (art. 30 Statuto Albertino).

Di conseguenza, la teoria dell'interpretazione funzionale fu progressivamente abbandonata e, per un certo periodo, il dibattito sull'elusione fiscale rimase in secondo piano.

⁴ Cfr. E. GARCIA GONZALES, *La cosiddetta "evasione fiscale legittima"*, in *Riv. dir. fin.*, 1974, 51 ss.

⁵ Cfr. P. M. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 27.

⁶ Cfr. B. GRIZIOTTI, *Politica diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929.

⁷ Si veda A. UCKMAR, *Interpretazione funzionale delle norme tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 1949, pp. 184 ss.

⁸ V. P.M. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, Milano, 1988, p. 199.

Una svolta significativa si verificò con l'adozione, in ambito comunitario, della Direttiva n. 90/434/CEE, che ha concesso agli Stati membri la facoltà di negare la neutralità fiscale alle operazioni transfrontaliere prive di valide ragioni economiche, introducendo taluni criteri per individuare possibili fenomeni elusivi⁹.

Questo impulso normativo spinse il legislatore italiano a intervenire, adottando un secondo approccio di contrasto all'elusione, basato sulla predisposizione di disposizioni specifiche che, attraverso elenchi tassativi, positivizzavano diverse fattispecie elusive.

Il primo intervento in tale senso fu l'art. 10 della l. n. 408 del 1990 che, per una serie di operazioni individuate¹⁰, ne riconosceva l'elusività a condizione che fossero prive di valide ragioni economiche e compiute con lo scopo esclusivo di raggiungere un fraudolento risparmio d'imposta.

Tuttavia, a causa del ristretto ambito applicativo e di alcune difficoltà interpretative¹¹, la norma fu sostituita con il nuovo art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973, introdotto dal D.lgs. n. 358/1997. Quest'ultimo eliminava il requisito dello scopo "esclusivo", ampliava l'elenco tassativo delle operazioni elusive¹² e introduceva il concetto di "aggiramento". Nonostante queste innovazioni, anche questa nuova disciplina, sebbene in un perimetro più ampio rispetto alla precedente, continuava a relegare l'elusione fiscale esclusivamente all'interno delle operazioni tassativamente individuate dalla legge, lasciando al di fuori dei comportamenti sanzionabili tutte quelle serie di operazioni che, seppur non rientranti tra quelle espressamente previste, comunque consentivano al contribuente di conseguire un vantaggio fiscale attraverso l'impiego di strumenti giuridici in modo contrario alle finalità per cui erano stati introdotti¹³.

Questo approccio è stato progressivamente superato dalla giurisprudenza¹⁴, che ha riconosciuto un principio generale antielusivo. Più nel dettaglio, con la sentenza n.

⁹ V. Articolo 11, Direttiva n.90/434/CEE.

¹⁰ In particolare, la norma comprendeva le operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale.

¹¹ Si veda *infra*, par. 1.2.

¹² Alle precedenti si aggiungevano le operazioni di liquidazioni volontarie, distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili, conferimenti in società, trasferimento o godimento di aziende, cessioni di crediti, cessioni di eccedenze d'imposta, cessione e permuta di partecipazioni.

¹³ Ad esempio, rimaneva al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 37-bis l'operazione in cui un soggetto trasferiva, tramite conferimento e prima della vendita, una partecipazione a una holding, trasformando una plusvalenza immediatamente tassabile in un provento esente, eludendo così l'imposizione fiscale senza rientrare nell'elenco chiuso dell'art. 37-bis.

¹⁴ Cfr. Circolare Assonime n. 21 del 4 agosto 2016, pp. 10-14.

30055/2008, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno statuito “che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali¹⁵, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”¹⁶. Lo scenario descritto risultava disomogeneo e confusionario: da un lato, la legge individuava tassativamente le operazioni suscettibili di essere qualificate come elusive, limitando l'applicazione della disciplina ai soli casi espressamente previsti; dall'altro, la giurisprudenza e la prassi amministrativa, interpretando in modo estensivo il concetto di elusione fiscale, finivano per ricondurvi anche ipotesi di evasione o simulazione, pur trattandosi di fenomeni giuridicamente distinti.

Peraltro, l'assenza di criteri oggettivi e di regole unanimemente condivise per la determinazione della validità delle scelte economiche, rendeva il confine tra legittimo risparmio d'imposta ed elusione decisamente labile e connotato da un'incessante incertezza¹⁷.

Questa incertezza interpretativa, unita ai principi statuiti in tema di abuso del diritto dalla giurisprudenza comunitaria¹⁸, ha reso necessario un intervento normativo volto a garantire maggiore certezza del diritto.

A tale scopo, con l'art. 1 del D.lgs. n. 128/2015, il legislatore ha introdotto una clausola generale antielusiva, fornendone una definizione normativa inserita nell'art.10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente¹⁹, e con l'intento di bilanciare due esigenze contrapposte in tema di imposizione: l'equità e la prevedibilità²⁰.

¹⁵ In particolare, dai principi di capacità contributiva e progressività stabiliti dall'art. 53 della Costituzione.

¹⁶ Quanto alla compatibilità di siffatta clausola con le disposizioni antielusive di carattere particolare, prosegue la Corte nella stessa pronuncia, “*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*”.

¹⁷ Vedi *infra* par. 1.1.1.

¹⁸ Vedi *infra* par. 1.4.1.

¹⁹ La norma, come tutte le disposizioni contenute nello Statuto del contribuente, si riferisce sia ai tributi erariali che a quelli locali. In tal senso, si veda Circolare Assonime n. 21 del 4 agosto 2016, p. 19.

²⁰ Su tali aspetti, si veda A. CONTRINO e A. MARCHESELLI, *Luci e ombre nella struttura dell'abuso fiscale “riformato”*, in *Corr. trib.*, 2015, 3787 ss. dove gli Autori analizzano i due fenomeni affermando che: mentre l'equità spinge verso l'applicazione del tributo a tutte le situazioni equivalenti in termini di capacità economica, assicurando che operazioni sostanzialmente analoghe siano soggette allo stesso trattamento fiscale, anche quando non espressamente contemplate dalla legge; la prevedibilità impedisce che vengano imposti tributi su fattispecie non disciplinata dalla normativa fiscale, così da garantire al

Come si evince dalla relazione illustrativa, la norma individua “tre presupposti per l'esistenza dell'abuso: l'assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate, la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito e la circostanza che il vantaggio é l'effetto essenziale dell'operazione”.

Nel rinviare la specifica analisi dei singoli presupposti al prosieguo della trattazione²¹, è opportuno sin d'ora delinearne i tratti essenziali. Incominciando dal vantaggio fiscale, questo si definisce indebito ogniqualvolta miri a conseguire benefici, anche non immediati, in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. Circa la possibilità di qualificare un'operazione come priva di sostanza economica, quest'ultima sussiste quando l'operazione è inidonea a produrre effetti significativi diversi dai meri vantaggi fiscali. Con riferimento al requisito dell'essenzialità, invece, questo può dirsi sussistente se il vantaggio fiscale rappresenta l'obiettivo principale dell'operazione.

Sulla base di queste nozioni, la giurisprudenza di legittimità²² ha ritenuto elusiva un'operazione in cui due società, riconducibili allo stesso gruppo societario, hanno ceduto contestualmente il 100% del capitale di una partecipata a un unico acquirente, attribuendo però valori notevolmente differenti alle due cessioni.

In particolare, il 34% delle quote era stato venduto a un prezzo per azione superiore del 241% rispetto a quello applicato per la cessione del restante 23%. Questa differenza, secondo l'Amministrazione finanziaria, era finalizzata a far sì che la plusvalenza derivante dalla prima vendita beneficiasse del regime di esenzione previsto dall'art. 87 del TUIR, mentre la seconda fosse assoggettata a imposizione come ricavo ex art. 85 TUIR, con una conseguente riduzione del carico fiscale complessivo. La società contribuente ha difeso l'operazione richiamando l'esistenza di patti parasociali che attribuivano alla quota del 34% alcuni diritti di governance e controllo, i quali avrebbero giustificato il maggior prezzo corrisposto dall'acquirente.

Tuttavia, la Suprema Corte ha rilevato che tali patti non potevano avere alcuna efficacia nei confronti dell'acquirente, poiché quest'ultimo, avendo acquisito l'intero pacchetto

contribuente un quadro giuridico certo e coerente con il principio di tassatività delle prestazioni patrimoniali.

²¹ V. *infra* Capitolo II.

²² Cass. civ., sez. V, sent. n. 27158 del 6 ottobre 2021.

azionario, era divenuto socio unico della partecipata, rendendo irrilevanti i privilegi riconosciuti alla società venditrice nell'assetto precedente.

In assenza di una giustificazione economica valida per la sproporzione nei prezzi di vendita, la Corte ha quindi ritenuto che “l'operazione (..) [fuoriesce] da una normale logica di mercato, determinando un'evidente distorsione dello schema negoziale utilizzato” e, pertanto, che essa “si qualifica come priva di sostanza economica, in quanto i fatti, gli atti e i contratti (...) sono inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”; di conseguenza, conclude il Supremo Organo, la stessa dovrà considerarsi elusiva anche considerando che ha come effetto principale il perseguimento di un beneficio fiscale. Alla luce del ragionamento svolto dalla Corte, emerge chiaramente come le tre condizioni previste dall'art. 10-bis debbano essere verificate in ordine scalare²³.

In primo luogo, si accerta l'esistenza di un vantaggio fiscale indebito, analizzando se l'operazione abbia determinato benefici contrari alle finalità delle norme fiscali o ai principi dell'ordinamento tributario. Successivamente, si verifica se l'operazione sia priva di sostanza economica, valutando se essa sia inidonea a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. A completamento dell'analisi, si valuta se il vantaggio fiscale rappresenti l'effetto principale dell'operazione, concludendo per la sua natura elusiva qualora l'unico o prevalente beneficio sia di tipo tributario.

Infatti, la Corte ha seguito questo schema logico proprio nel caso analizzato: dapprima ha accertato che la disparità nei valori attribuiti alle due cessioni avesse generato un indebito risparmio d'imposta; poi ha verificato che la giustificazione addotta dalla società, basata sull'esistenza di patti parasociali, non fosse idonea a giustificare la sproporzione nei prezzi, in quanto l'acquirente, avendo acquisito l'intero capitale, non avrebbe potuto subire alcun condizionamento dai suddetti patti (quindi ha verificato che l'operazione fosse priva di sostanza economica); ha poi rilevato che il vantaggio fiscale rappresentasse l'effetto principale dell'operazione e, per tale ragione, l'ha qualificata come elusiva.

Non si considerano elusive, invece, tutte quelle operazioni sorrette da valide ragioni extrafiscali non marginali che soddisfano esigenze funzionali dell'attività d'impresa o di quella professionale del contribuente.

²³ Cfr. A. CARINCI e T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, Bologna, 2022, p. 246.

In questa prospettiva, “il carattere abusivo va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non necessariamente si identificano in una redditività immediata, potendo consistere in esigenze di natura organizzativa ed in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda”²⁴.

A tal fine, è il contribuente a dover allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino la struttura adottata per l'operazione²⁵. Se tali ragioni vengono adeguatamente fornite, ossia se il contribuente dimostra che l'operazione è stata concepita per realizzare un'esigenza extrafiscale effettiva e non marginale, l'operazione, anche in presenza delle condizioni previste dall'art. 10-bis, non potrà essere considerata elusiva. Viceversa, qualora il contribuente non sia in grado di fornire una giustificazione economica valida, e risultino integrati tutti i presupposti individuati dalla clausola generale, l'assetto giuridico elusivo da lui realizzato non sarà opponibile all'Amministrazione finanziaria, che potrà dunque disconoscere il vantaggio fiscale indebitamente fruito e richiedere la maggiore imposta dovuta.

Affinché ciò avvenga, tuttavia, non è sufficiente il mero disconoscimento del vantaggio fiscale ma, oltre a ciò, è necessario applicare il regime fiscale che sarebbe stato adottato se l'aggravamento non si fosse verificato.

In quest'ottica, l'Amministrazione finanziaria, attraverso una *fictio iuris*, dovrà ricostruire le condizioni economiche e giuridiche che avrebbero trovato applicazione in assenza dell'abuso, ripristinando la corretta disciplina fiscale dell'operazione e garantendo l'integrità del sistema tributario.

Infine, autorevole dottrina²⁶ ha individuato tre differenti modalità attraverso cui l'elusione fiscale può realizzarsi: la prima si verifica quando un contribuente, per raggiungere un determinato scopo economico, opta per un percorso giuridico che consenta un indebito risparmio d'imposta, eludendo la finalità della norma tributaria, piuttosto che scegliere l'alternativa più onerosa a livello fiscale prevista dal legislatore per ottenere lo stesso esito.

La seconda si verifica quando la normativa fiscale limita l'accesso a determinati benefici, ma il contribuente modifica la struttura giuridica delle operazioni per ottenere un

²⁴ Cass. civ., Sez. VI - 5, sent. 25 luglio 2022, n. 23135 che richiama Cass., Sez. V, sent. n. 4604 del 26 febbraio 2014; Cass. civ., Sez. V, sent. n. 31772 del 5 dicembre 2019;

²⁵ Ex multis Cass. civ. Sez. V, sent. n. 869 del 16 gennaio 2019; Cass. civ., Sez. II, sent. n. 3938 del 26 febbraio 2015

²⁶ Cfr. G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, p.101 ss.

trattamento fiscale più favorevole. Esempio tipico è la riorganizzazione delle operazioni di cessione, in cui il contribuente, anziché vendere direttamente beni aziendali (asset deal), trasferisce tali beni in una società e cede le relative partecipazioni (share deal), ottenendo così un regime fiscale più favorevole rispetto alla tassazione delle plusvalenze dirette²⁷.

La terza, invece, consiste nell'uso strumentale di norme fiscali per produrre perdite fittizie o per recuperare perdite fiscali altrimenti non deducibili²⁸.

1.1.1. (segue) Limite superiore e inferiore: l'evasione e il legittimo risparmio d'imposta

Nel paragrafo precedente si è evidenziato come l'elusione consista nel conseguimento di un vantaggio fiscale “mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili, che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici”²⁹.

Tuttavia, non tutte le ipotesi di risparmio d'imposta configurano una fattispecie elusiva. È opportuno precisare, infatti, che il vantaggio fiscale può derivare anche da altre due fattispecie: l'evasione fiscale e il legittimo risparmio d'imposta. La prima si realizza quando il contribuente viola direttamente le norme tributarie. Il legittimo risparmio d'imposta, al contrario, si verifica quando il contribuente sceglie di adottare il percorso negoziale fiscalmente meno oneroso tra quelli espressamente previsti dal legislatore per ottenere lo stesso risultato economico.

Questa distinzione è di fondamentale importanza, poiché è la natura dell'operazione a determinare se il risparmio d'imposta conseguito debba considerarsi lecito, indebito o illecito. Inoltre, mentre l'accertamento di una condotta evasiva comporta l'irrogazione di sanzioni, anche penali, e quello di una condotta elusiva il versamento della maggiore

²⁷ In questo caso si verifica un cd travestimento del reddito convertendo plusvalenza da asset deal in plusvalenze da share deal. In tal senso, è stata ritenuta elusiva una scissione parziale in cui una società ha trasferito tutti i beni immobili a una beneficiaria neocostituita, per poi riacquistarne parte a condizioni non di mercato e cedere le partecipazioni. (Cass., Sez. trib., sent. n. 27709 del 22 settembre 2022)

²⁸ Ad esempio, è stata ritenuta elusiva l'operazione mediante la quale una società di persone viene trasformata in società di capitali, con contestuale esercizio dell'opzione per il consolidato fiscale nazionale, con successiva immediata vendita di immobili e successiva compensazione della plusvalenza realizzata con le perdite maturate dalla società controllata dopo l'esercizio dell'opzione. (Cass., Sez. V, ord. n.17743 del 22 giugno 2021)

²⁹ Cass. civ., Sez. V., sent. n. 30335 del 23 novembre 2018.

imposta dovuta, il conseguimento di un lecito risparmio d'imposta è privo di conseguenza sanzionatore e, anzi, può costituire uno strumento utilizzato dal legislatore per perseguire specifici obiettivi.

Ne deriva che, affinché si possa determinare la natura del vantaggio fiscale derivante da un'operazione, è necessario inquadrarla in una delle tre categorie rilevanti: legittimo risparmio d'imposta, elusione o evasione. In tal senso, l'elusione occupa una posizione intermedia, situandosi tra due estremi: da un lato l'evasione, che costituisce il suo limite superiore, dall'altro il legittimo risparmio d'imposta, che rappresenta invece il limite inferiore³⁰. Come sottolineato dalla più attenta dottrina, queste tre nozioni attengono a piani normativi diversi e si collocano in un rapporto di reciproca esclusione³¹.

Tanto premesso, è ora necessario passare alla disamina dei due istituti, individuandone la linea di demarcazione rispetto al fenomeno elusivo, al fine di definirne con precisione il corretto ambito applicativo.

L'evasione costituisce un "inadempimento colpevole della pretesa tributaria, già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie legale"³², che si risolve nell'occultamento o nell'artificiosa alterazione del presupposto o della base imponibile, in violazione di specifiche norme tributarie³³.

In particolare, tramite l'evasione si verifica "la creazione di un'apparenza illecita, o l'altrettanto illecita negazione di ogni apparenza giuridica, da cui derivano, rispettivamente, la riduzione e l'inesistenza del debito d'imposta"³⁴. In quanto violazione di un precetto normativo, all'evasione il legislatore ricollega l'irrogazione di specifiche sanzioni, sia amministrative che penali.

A lungo, il fenomeno evasivo e quello elusivo sono stati confusi a causa di erranee interpretazioni, che hanno portato a un'applicazione impropria della disciplina dell'elusione fiscale a fattispecie che, in realtà, costituivano chiare ipotesi di evasione. Per ovviare a tale ambiguità, il legislatore ha introdotto il comma 12 dell'art.10-bis dello

³⁰ Cfr. A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996, p. 21.

³¹ Cfr. G. FRANSONI, *La "multiforme" efficacia nel tempo dell'art. 10-bis dello Statuto su abuso ed elusione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2015, 4366 ss.

³² A. HENSEL, *Diritto tributario*, Milano, 1956, p. 148.

³³ F. A. CERRETA, *Elusione e causa illecita del contratto*, in *Riv. guar. fin.*, 1992.

³⁴ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale, Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 135.

Statuto dei diritti dei contribuenti, il quale ha stabilito la regola secondo cui “l’abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie”.

Da ciò si deduce che, in presenza di violazioni specifiche, l’Amministrazione finanziaria non potrà contestare l’operazione ex art.10-bis, ma dovrà necessariamente qualificarla come evasiva.

Questa interpretazione è stata confermata anche dalla relazione illustrativa al decreto che ha introdotto la norma, nella quale si precisa che “la disciplina dell’abuso del diritto ha applicazione solo residuale rispetto alle disposizioni concernenti la simulazione o i reati tributari, in particolare, l’evasione e la frode (...) fattispecie [che] vanno perseguite con gli strumenti che l’ordinamento gli offre”. In tal senso, l’analisi della condotta del contribuente risulta fondamentale per delimitare correttamente l’ambito applicativo dei due istituti: se la condotta è illecita, in quanto contrasta direttamente con una specifica previsione normativa, dovrà essere classificata come evasiva; viceversa, qualora non sia in contrasto con alcuna espressa disposizione, ma produca un risultato disapprovato dall’ordinamento, dovrà qualificarsi come elusiva.

Dunque, è nella sussistenza o meno di una violazione, intesa quale comportamento intenzionale volto a non rispettare il precetto normativo, che va rintracciata la linea di demarcazione tra l’elusione e l’evasione³⁵.

Appurato che una condotta non sia evasiva, per contestarne validamente l’elusività, sarà altresì necessario verificare che non rientri tra le ipotesi di legittimo risparmio d’imposta³⁶.

A tal proposito, la relazione di accompagnamento all’art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973 ha chiarito che il lecito risparmio tributario “si verifica quando, tra i vari comportamenti posti in essere dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello fiscalmente meno oneroso”.

Il criterio distintivo tra legittimo risparmio d’imposta ed elusione fiscale è stato ulteriormente specificato nella medesima relazione, laddove si è evidenziato che “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. (...) In tutti questi

³⁵ A. CONTRINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d’imposta*, in dir. e prat. trib., 2016, p. 1407.

³⁶ Cfr. A. CONTRINO, *op. cit.*, p. 1422.

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”³⁷.

Tuttavia, nonostante questa distinzione fosse già consolidata e accettata dalla prevalente dottrina, la giurisprudenza e la prassi amministrativa hanno a lungo continuato a ricondurre erroneamente ipotesi di legittimo risparmio d’imposta all’interno del perimetro dell’elusione fiscale³⁸.

Per tale ragione, deve essere accolta con favore la scelta del legislatore di stabilire, all’interno del 4 comma dell’art.10-bis, la regola secondo cui “resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali differenti offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale”.

Dalla lettera della norma risulta chiaro che, anche qualora la scelta del contribuente comporti un minore onere fiscale, essa non potrà essere qualificata come elusiva se risulta coerente con la ratio della normativa applicata³⁹. In particolare, ciò si verifica quando la differenza di trattamento fiscale tra le condotte alternative deriva da una precisa scelta legislativa, generalmente finalizzata al raggiungimento di specifici obiettivi di politica tributaria o economica⁴⁰.

Seguendo questo criterio, il discrimine tra legittimo risparmio d’imposta ed elusione va rintracciato nella coerenza dell’operazione rispetto alla finalità della norma tributaria di riferimento: se il risparmio fiscale è ottenuto mediante strumenti giuridici che rispettano la finalità della norma e si inseriscono in un quadro economico e giuridico giustificato, esso dovrà essere considerato lecito; al contrario, qualora il beneficio derivi da operazioni prive di reale sostanza economica e in contrasto con la ratio della disciplina applicata, l’operazione assume natura elusiva e il risparmio d’imposta ottenuto deve considerarsi indebito.

³⁷ Per un commento e un approfondimento sul tema si veda R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d’imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 1997, pp. 1099 ss.

³⁸ A titolo esemplificativo si vedano: Cass. civ., sent. n. 653 del 15 gennaio 2014; Cass. civ., ord. n. 24027 del 11 novembre 2014.

³⁹ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., p. 20.

⁴⁰ V. C. COSCIANI, *Principi di scienze delle finanze*, Torino, 1953, pp. 105 e 567.

1.1.2. (segue) Il rapporto con la simulazione

Chiarito che la disciplina antielusiva non trova applicazione nei casi di evasione e legittima pianificazione fiscale, è ora opportuno individuare con precisione il confine tra elusione e simulazione, due fenomeni a lungo confusi.

La simulazione si verifica quando le parti stipulano un contratto concordando, di comune accordo, che gli effetti giuridici da questi discendenti non si producano⁴¹. Più nel dettaglio, si parla di simulazione assoluta quando il contratto non determina alcuna modifica della realtà giuridica sottostante⁴²; si ha invece simulazione relativa quando il contratto apparente cela un diverso negozio giuridico effettivamente voluto dalle parti, il cosiddetto negozio dissimulato⁴³. In entrambi i casi, le parti non modificano la realtà esterna attraverso il contratto simulato, ma intendono semplicemente farla apparire diversa⁴⁴.

In ambito tributario, la simulazione rientra nell'ambito dell'evasione fiscale: il contribuente applica il trattamento fiscale più favorevole previsto per il contratto simulato (ad esempio, in fase di dichiarazione, liquidazione o pagamento dei tributi), occultando consapevolmente al Fisco gli effetti reali dell'operazione. Così facendo, realizza una violazione diretta della normativa fiscale, sottraendosi fraudolentemente all'imposizione prevista per il negozio effettivamente voluto⁴⁵.

A lungo la Corte di cassazione ha applicato a casi di simulazione la disciplina dell'elusione fiscale⁴⁶, compiendo così un'indebita commistione tra i differenti istituti. Invero, quello simulatorio e quello elusivo sono due fenomeni da tenere distinti la cui linea di demarcazione va individuata nella fittizietà del negozio simulato.

Più nel dettaglio: mentre nella simulazione le parti mirano far sì che gli effetti tipici del contratto non si producano, ovvero desiderano che se ne producano altri diversi in base ad un accordo sottostante, nella elusione fiscale le parti vogliono che tutti gli effetti

⁴¹ Cfr. Articolo 1414 codice civile.

⁴² S. BRANDANI, *Simulazione assoluta e autonomia negoziale*, Napoli, 2019.

⁴³ N. CIPRIANI, *La simulazione di effetti giuridici. Appunti sulla fattispecie*, in R. DI RAIMO, M. FRANCESCA, A. C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2011, p. 99 e ss.

⁴⁴ G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, 2016, p. 465.

⁴⁵ A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 137.

⁴⁶ Cfr. S.P. DI GIACOMO, *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2017, pp. 1132.

previsti dalla legge per i negozi adottati si realizzino, al fine di ottenere un indebito risparmio risposta. In altri termini, a differenza della simulazione, l'elusione fiscale si caratterizza per un comportamento effettivo e reale⁴⁷, fondato sull'uso formalmente lecito, ma distorto, di strumenti giuridici.

La simulazione, invece, si distingue per la sua natura fittizia, che implica un'alterazione della realtà giuridica e determina una violazione diretta della normativa tributaria, configurando un comportamento evasivo piuttosto che elusivo.

Inoltre, mentre nella simulazione il contribuente interviene dopo il verificarsi del presupposto impositivo, occultandolo al Fisco in modo fraudolento e ingannevole; attraverso un'operazione elusiva egli agisce prima che il presupposto stesso si realizzi, evitando così che sorga o determinando la nascita di un presupposto alternativo, soggetto a un regime fiscale più favorevole⁴⁸.

Tale distinzione è stata anche confermata dal legislatore laddove, nell'ambito della riforma del sistema penale tributario, ha definito le operazioni simulate come "operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212 [quindi da tutte le operazioni elusive], poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte"⁴⁹.

Pertanto, sebbene simulazione ed elusione fiscale possano talvolta produrre effetti economici simili, esse si collocano su piani giuridici distinti: la prima si basa su un comportamento fittizio e fraudolento, finalizzato a dissimulare la realtà e a violare direttamente la normativa tributaria; la seconda, invece, si realizza attraverso l'utilizzo di schemi giuridici formalmente leciti, ma impiegati in modo strumentale per ottenere un vantaggio fiscale indebito, in contrasto con la ratio delle disposizioni applicate. La corretta individuazione di tali differenze è fondamentale per garantire una qualificazione giuridica rigorosa delle condotte e un'applicazione coerente dei diversi strumenti sanzionatori previsti dall'ordinamento.

⁴⁷ L. CASTALDI, *Il "dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto – La Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo*, in *Riv. giur. trib.*, 2016, p. 581.

⁴⁸ G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2016, p. 100.

⁴⁹ Articolo 1, comma 1, lett. d) del del D.lgs 158/2015.

1.2. Evoluzione normativa: dalle clausole antielusive specifiche all'introduzione della clausola generale

L'introduzione della clausola generale antielusiva tramite l'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente è il risultato di un percorso articolato in più tappe, che ha visto il progressivo passaggio da interventi normativi fondati su clausole specifiche a un sistema organico ispirato a un principio generale, capace di disciplinare in modo unitario e sistematico le diverse fattispecie elusive.

Inizialmente, con la promulgazione dell'art. 10, l. n. 408/1990, il legislatore aveva stabilito che fosse consentito "all'amministrazione finanziaria disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenuto e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta"⁵⁰. Successivamente, tramite l'art. 28, comma 1, della l. n. 274/1994, l'ambito oggettivo della norma fu ampliato, includendo le operazioni di "liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari", nonché, con l'art. 3, comma 26, della l. n. 662/1996, anche quelle di cessione d'azienda.

Nel quadro normativo appena descritto, affinché un'operazione potesse essere qualificata come elusiva, dovevano ricorrere cumulativamente quattro condizioni: l'operazione doveva rientrare tra quelle tassativamente previste dalla norma; doveva mancare una valida ragione economica; lo scopo del contribuente doveva essere esclusivamente quello di ottenere un risparmio d'imposta; e la condotta doveva essere connotata da "fraudolenza"⁵¹. Tuttavia, la norma si rivelò da subito inadeguata al contrasto dei fenomeni abusivi per diverse ragioni.

Anzitutto, l'avverbio "fraudolentemente" fu inizialmente interpretato in senso penalistico⁵², assimilato a concetti come l'artificio o il raggiro, imponendo all'Amministrazione finanziaria l'onere di provare il dolo specifico del contribuente. Solo successivamente prevalse un'interpretazione civilistica del termine, quale richiamo alla

⁵⁰ Articolo 10, comma 1, legge 29 dicembre 1990, n. 408.

⁵¹ Cfr. M. ANDRIOLA, *La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in *Rass. Trib.*, 2006, p. 1897.

⁵² Si veda E. NUZZO, *Elusione, abuso dello strumento negoziale, fraudolenza*, in *Rass. trib.*, 1996.

frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.⁵³, come confermato anche dalla delibera n. 105 del Secit⁵⁴.

In secondo luogo, il requisito secondo cui il comportamento del contribuente dovesse essere finalizzato “esclusivamente” all’ottenimento di un risparmio d’imposta si rivelò eccessivamente stringente, non solo perché nella prassi le operazioni elusive si accompagnano spesso a finalità economiche accessorie (ad esempio ad esigenze di riorganizzazione aziendale), ma anche perché tale impostazione risultava sensibilmente più rigida rispetto a quella adottata in ambito comunitario. L’articolo 11 della direttiva CEE n. 434/1990⁵⁵, infatti, richiedeva — affinché si potessero disconoscere i vantaggi fiscali conseguiti — che l’operazione avesse come “obiettivo principale” (e non esclusivo) il conseguimento di un indebito vantaggio fiscale, adottando così una soglia meno restrittiva e maggiormente aderente alla realtà delle pratiche elusive, che solo raramente si caratterizzano per una finalità esclusivamente fiscale.

A ciò si aggiungeva l’incapacità della norma di colpire condotte elusive complesse, articolate su più atti e negozi tra loro collegati, qualora anche solo uno di essi non fosse compreso nell’elencazione tassativa. Bastava, quindi, che una parte del disegno elusivo sfuggisse alla tipizzazione normativa per vanificare l’intero accertamento.

Tutte queste criticità indussero il legislatore a riformare l’impianto originario introducendo l’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, ad opera dell’art. 3, comma 161, lettera g), della l. n. 662/1996.

Come chiarito nella relativa relazione illustrativa, l’intento era quello di porre le basi per una maggiore “sensibilità applicativa che è indispensabile perché la norma antielusione non diventi un’intollerabile fonte di incertezza del diritto”.

La nuova disposizione, in vigore dal 1997 al 2015, prevedeva l’inopponibilità nei confronti dell’Amministrazione finanziaria di tutti “gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall’ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”.

⁵³ In tal senso, F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1992.

⁵⁴ Delibera 5 luglio 1994 n. 105 dove si esclude l’accezione penalistica ritenendo che la “fraudolenza” andasse intesa come abuso dello strumento negoziale volto a ottenere un vantaggio fiscale indebito.

⁵⁵ La direttiva disciplinava il regime fiscale comune applicabile alle fusioni, scissioni e conferimenti transfrontalieri tra società di Stati membri diversi.

Rispetto alla disciplina previgente, l'art. 37-bis ha ridefinito profondamente l'architettura della normativa antielusiva, eliminando il riferimento alla "fraudolenza" e introducendo concetti più funzionali, quali l'"aggiramento di obblighi o divieti" e il "vantaggio fiscale indebito"⁵⁶. Ha inoltre ampliato l'ambito oggettivo di applicazione, estendendolo anche a strutture negoziali complesse composte da una pluralità di atti tra di loro coordinati.

Ciononostante, l'efficacia della norma risultava ancora limitata: l'art. 37-bis continuava ad applicarsi esclusivamente alle operazioni espressamente elencate nel terzo comma — trasformazioni, fusioni, scissioni, conferimenti, cessioni di azienda, partecipazioni e crediti — con la conseguenza che un'operazione, pur se connotata da finalità elusive, non poteva essere oggetto di disconoscimento qualora non fosse riconducibile a una delle fattispecie tipizzate dal legislatore. In tal senso, se nell'ambito di più atti tra di loro coordinati uno solo di essi sfuggiva all'elencazione tassativa, l'intero disegno elusivo non poteva essere sanzionato ex art. 37-bis, vanificando così l'effettività dell'intervento repressivo.

Tale ostacolo fu successivamente superato dalla giurisprudenza di legittimità che, tramite le sentenze nn. 30055 del 2008 e 30057 del 2008, riconobbe l'esistenza di un principio generale antielusivo ricavabile dai principi costituzionali di capacità contributiva e progressività di cui l'art. 53 Cost.

L'emersione di tale principio giurisprudenziale, pur apprezzabile sotto il profilo dell'effettività del contrasto all'elusione, evidenziò la necessità di un intervento normativo volto a riconoscere formalmente tale regola, al fine di assicurarne una maggiore prevedibilità e garantire il rispetto del principio di legalità in materia tributaria. In risposta a queste esigenze, l'art. 1 del D.lgs. n. 128/2015 ha introdotto l'art. 10-bis nello Statuto dei diritti del contribuente, sancendo l'esistenza di una clausola generale antielusiva applicabile a tutti i tributi, sia erariali che locali.

La nuova disposizione mira a reprimere i comportamenti formalmente leciti, ma privi di reale sostanza economica, che determinano vantaggi fiscali indebiti in contrasto con le finalità dell'ordinamento tributario. In particolare, la norma considera elusive le operazioni che, pur rispettando la lettera della legge, risultano artificiali o prive di

⁵⁶ Secondo quanto si legge nella relazione illustrativa al D.lgs. n. 358/1997, i nuovi concetti risultavano più idonei a rappresentare *"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"*.

giustificazione economica effettiva, e che sono dirette essenzialmente a ottenere benefici fiscali non coerenti con la ratio della disciplina applicata.

Con l'introduzione dell'art. 10-bis, il legislatore ha dunque portato a compimento un'evoluzione normativa durata oltre vent'anni, offrendo un assetto unitario, coerente e sistematico per il contrasto alle pratiche elusive e colmando definitivamente il vuoto normativo che aveva reso incerto l'ambito applicativo della disciplina previgente.

1.3. L'apporto della giurisprudenza alla definizione di abuso del diritto in ambito tributario

Come già anticipato⁵⁷, un ruolo decisivo nell'elaborazione della nozione di abuso del diritto in ambito tributario è stato svolto dalla giurisprudenza, in particolare da quella della Corte di Giustizia Europea.

Nel presente paragrafo si analizzerà, in primo luogo, il contributo della giurisprudenza comunitaria, per poi esaminare l'evoluzione giurisprudenziale interna, con specifico riferimento agli orientamenti della Corte di cassazione.

Attraverso l'esame delle pronunce più significative e dei principi in esse statuiti, sarà così possibile ricostruire il processo interpretativo che ha condotto alla definizione dell'attuale concetto di elusione fiscale e alla sua codificazione normativa.

1.3.1. (segue) La giurisprudenza comunitaria

In ambito comunitario, la Corte di Giustizia ha fatto ricorso alla figura dell'abuso del diritto sia per contrastare i comportamenti in cui, mediante l'abuso di una norma dell'Unione, si eludeva la normativa interna degli Stati membri, sia per reprimere quelle condotte in cui le disposizioni comunitarie venivano strumentalmente impiegate per conseguire vantaggi estranei agli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo⁵⁸.

⁵⁷ Si vedano *infra* paragrafi 1.1. e 1.2.

⁵⁸ Cfr. P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 63, dove l'Autore propone una distinzione tra due forme di abuso: l'"abuso del diritto in senso lato" (*abuse of law*), che si concretizza nell'aggiramento della normativa nazionale attraverso un utilizzo formalmente corretto, ma sostanzialmente distorto, delle libertà garantite dal diritto primario dell'Unione; e l'"abuso del diritto in senso stretto" (*abuse of right*), che si manifesta nella strumentalizzazione della stessa norma comunitaria per finalità difformi da quelle per cui è stata istituita, in violazione dello spirito e della *ratio* della disciplina (frode alla norma comunitaria).

Il primo riconoscimento espresso dell'abuso delle libertà fondamentali risale alla sentenza del 3 dicembre 1974 (causa C-33/74, Binsbergen)⁵⁹, in cui la Corte ha ritenuto abusiva la condotta di un soggetto che si era formalmente stabilito in uno Stato membro, continuando però a esercitare la propria attività in un altro, con l'unico scopo di eludere le regole professionali di quest'ultimo⁶⁰. Negli anni successivi, la giurisprudenza comunitaria relativa divieto di abuso del diritto si è ulteriormente sviluppata.

Con la sentenza Centros (C-212/97, 9 marzo 1999), la Corte ha chiarito che la decisione di costituire una società in uno Stato membro per beneficiare di una normativa più favorevole non costituisce, di per sé, un abuso del diritto di stabilimento⁶¹. Con la sentenza Diamantis (C-373/97, 23 marzo 2000), ha poi affermato che i giudici nazionali possono disapplicare il diritto dell'Unione in presenza di condotte abusive, purché la valutazione si basi su elementi oggettivi e tenga conto delle finalità perseguite dalla norma comunitaria invocata⁶².

Una prima compiuta definizione di abuso del diritto comunitario è stata poi fornita nella sentenza Emsland-Stärke (C-110/99, 14 dicembre 2000), ove la Corte ha chiarito che la configurabilità dell'abuso richiede “da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto; [...] d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento”⁶³.

⁵⁹ Per un'ampia ricostruzione di tutti i casi in cui la figura è stata impiegata dalla giurisprudenza comunitaria si veda R. BETTI, G. SBARAGLIA, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, in *il fisco*, 2011, p. 6381.

⁶⁰ Si veda L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, pp.119-120

⁶¹ In particolare, al punto 27 la Corte afferma che “*il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato*”.

⁶² Si vedano anche le sentenze 7 febbraio 1979, Knoors, causa C-115/78, 3 ottobre 1990, Bouchoucha, causa C-61/89, 21 giugno 1988, Lair, causa C-39/86, 2 maggio 1996, Paletta, Causa C-206/94.

⁶³ Significativa è anche la sentenza Garage Molenheide (cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95, C-47/96, 18 dicembre 1997), con cui la Corte ha esaminato una normativa belga che consentiva di bloccare il rimborso dell'IVA in presenza di meri indizi di frode, anche in assenza di una decisione definitiva. Pur riconoscendo il diritto degli Stati membri di adottare misure di contrasto agli abusi, la Corte ha chiarito che tali provvedimenti devono rispettare il principio di proporzionalità e non possono pregiudicare il regime delle detrazioni, considerato elemento essenziale del sistema armonizzato dell'IVA. Si veda in particolare punto 48 dove viene affermato che “*il principio di proporzionalità si applica a provvedimenti nazionali*

Tuttavia, è soltanto con la sentenza Halifax (C-255/02, 21 febbraio 2006) che la Corte di Giustizia ha riconosciuto in via esplicita l'applicabilità del divieto di abuso del diritto in ambito tributario, elaborando per la prima volta un'autonoma clausola generale antiabusiva riferita ai tributi armonizzati.

La questione giuridica riguardava la possibilità, per un soggetto passivo IVA, di beneficiare del diritto alla detrazione previsto dall'art. 17 della sesta direttiva⁶⁴. Più nel dettaglio, il gruppo bancario Halifax, che esercitava prevalentemente attività esenti da IVA e non detraeva l'imposta a monte, aveva posto in essere una complessa serie di operazioni immobiliari con società interposte al sol fine di ottenere rimborsi fiscali.

Per dirimere la questione, la Corte ha innanzitutto riaffermato il principio generale secondo cui gli interessati “non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente del diritto comunitario” (punto 68), precisando che tale principio fosse applicabile anche in materia di IVA (punto 70).

Sulla base di tali premesse, la Corte ha poi individuato due condizioni imprescindibili affinché un'operazione potesse essere qualificata come abusiva. La prima, di carattere oggettivo, riguardava la divergenza tra il risultato ottenuto e la finalità della norma: essa si configurava quando un'operazione, pur rispettando formalmente i requisiti previsti dalla legge, determinava un vantaggio fiscale in contrasto con gli obiettivi perseguiti da quest'ultima (punto 74). La seconda, di natura soggettiva, atteneva all'intento del contribuente e si realizzava quando risultasse da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse era essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale (punto 75).

Successivamente, la Corte ha applicato i due criteri così individuati al caso concreto. Con riferimento alla condizione oggettiva, ha osservato che “permettere ad un soggetto passivo di detrarre la totalità dell'IVA assolta a monte laddove, nell'ambito delle sue normali operazioni commerciali, nessuna operazione conforme alle disposizioni del sistema [...] glielo avrebbe consentito, o glielo avrebbe consentito solo in parte, sarebbe contrario al principio di neutralità fiscale” (punto 80). In tal modo, ha chiarito che il

che [...] vengono adottati da uno Stato membro nell'esercizio della sua competenza in materia di IVA, nei limiti in cui, qualora eccedessero quanto necessario per raggiungere il loro obiettivo, essi arrecherebbero pregiudizio ai principi del sistema comune dell'IVA e, in particolare, al regime delle deduzioni”

⁶⁴ Direttiva 77/388/CEE.

vantaggio fiscale derivante dalle operazioni in questione violava gli scopi perseguiti dalla normativa armonizzata.

Quanto alla condizione soggettiva, invece, ha precisato che “spetta al giudice nazionale stabilire contenuto e significato reali delle operazioni”, aggiungendo che tale valutazione può includere l’esame del “carattere puramente fittizio di queste ultime nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale” (punto 81).

La Corte ha poi specificato che, una volta accertata la sussistenza di entrambe le condizioni, le operazioni qualificate come abusive “devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato”, al fine di escludere qualsiasi vantaggio derivante dal comportamento abusivo (punto 94).

In continuità con tale impostazione, la Corte di Giustizia si è confrontata, nello stesso anno, con una questione relativa alle imposte dirette — e quindi ai tributi non armonizzati — affrontando il tema dell’abuso del diritto in relazione alla libertà di stabilimento garantita dal Trattato CE, con sentenza 12 settembre 2006, causa C/196-04 Cadbury Schweppes.

Il caso riguardava la compatibilità della normativa del Regno Unito sulla tassazione delle imprese estere controllate con la libertà di stabilimento prevista dal Trattato, nonché l’eventuale abuso delle libertà fondamentali mediante la costituzione di una società in un altro Stato membro al solo fine di usufruire di un regime fiscale più vantaggioso.

I giudici di Lussemburgo rilevarono che il trattamento fiscale differenziato derivante dalla legislazione britannica e lo svantaggio che ne risultava per le società residenti costituivano misure idonee ad ostacolare l’esercizio della libertà di stabilimento (punto 47), poiché tali norme potevano dissuadere le imprese dal costituire o mantenere controllate in Stati membri caratterizzati da una minore pressione fiscale, configurando così una restrizione vietata dagli articoli 43 e 48 CE.

In tal senso, proseguirono affermando che una restrizione alla libertà di stabilimento, come quella derivante dalla normativa sulle imprese estere controllate, poteva essere ammessa solo per ragioni imperative di interesse generale e nel rispetto del principio di proporzionalità (punto 47).

In particolare, la Corte precisò che la mera circostanza secondo cui una società residente creasse uno stabilimento secondario, ad esempio una controllata, in un altro Stato membro non poteva fondare una presunzione generale di frode fiscale né giustificare misure restrittive delle libertà fondamentali (punto 50)⁶⁵.

Ulteriore pronuncia di rilievo è rappresentata dalla sentenza Kofoed⁶⁶, nella quale la Corte di Giustizia si è pronunciata sull'applicabilità dell'art. 11 della direttiva 90/434/CEE⁶⁷ nei casi in cui lo Stato membro non abbia adottato una normativa nazionale di attuazione.

In tale contesto, la Corte ha escluso che il giudice nazionale potesse disconoscere i vantaggi fiscali derivanti da un'operazione abusiva facendo diretto riferimento alla clausola antielusiva contenuta nella direttiva, qualora essa non fosse stata formalmente recepita nell'ordinamento interno.

Affinché l'operazione potesse essere disconosciuta, ha precisato la Corte, era necessario che il diritto nazionale contesse una disposizione espressa, un principio generale che vietava l'abuso del diritto, oppure una norma antiabusiva che potesse essere interpretata in modo conforme al diritto comunitario.

Le conclusioni di questa sentenza rivestono particolare importanza: la Corte ha negato l'applicabilità automatica della clausola generale antiabusiva in ambito fiscale, richiedendo un chiaro fondamento normativo interno per consentire agli Stati membri di esercitare la facoltà di disapplicazione in presenza di operazioni che riguardavano tributi non armonizzati e avevano come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale⁶⁸.

Alla luce delle pronunce analizzate, risulta ora possibile trarre una sintesi dei principi affermati dalla Corte in relazione al divieto di abuso del diritto.

⁶⁵ Una misura di questo tipo, secondo la Corte, poteva ritenersi compatibile con il diritto dell'Unione solo quando riguardava le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato (punto 51). Questa condizione doveva verificarsi, oltre che con l'accertamento di una volontà soggettiva di conseguire un vantaggio fiscale, anche in base ad elementi oggettivi dai quali risultasse che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall'ordinamento comunitario, l'obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento non era stato raggiunto.

⁶⁶ Sentenza 5 luglio 2007, causa C- 321/05.

⁶⁷ Tale norma consentiva agli Stati membri di disapplicare il regime di neutralità fiscale in caso di operazioni transfrontaliere aventi come obiettivo principale, la frode o l'evasione fiscale, che veniva presunta in assenza di valide ragioni economiche.

⁶⁸ Così P. PISTONE, *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in (a cura di) G. MAISTO *Elusione e abuso del diritto tributario*, Milano 2009, p.331.

In breve, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha svolto un ruolo fondamentale nella costruzione del divieto di abuso del diritto in ambito tributario, definendone in modo progressivo e articolato i presupposti applicativi. Il principio, inizialmente affermato in relazione alle libertà fondamentali del Trattato, ha trovato una formulazione più compiuta e autonoma in materia di tributi armonizzati, dove si è consolidato come principio generale dell'ordinamento dell'Unione, immediatamente vincolante e direttamente applicabile per tutti gli Stati membri. Diversamente, con riferimento ai tributi non armonizzati, l'abuso del diritto è stato riconosciuto come rilevante solo in presenza di una norma interna che ne consentisse espressamente la disapplicazione.

La Corte ha così delineato un doppio binario applicativo: da un lato, un principio di diretta applicazione in ambito IVA e, più in generale, nei tributi armonizzati; dall'altro, un principio condizionato all'esistenza di una disciplina domestica nei tributi diretti.

1.3.2. (segue) Il percorso interno: la giurisprudenza di legittimità

Già prima dell'introduzione delle clausole antielusive specifiche, la Corte di Cassazione si era pronunciata sul tema dell'elusione fiscale.

In assenza di previsioni normative espresse, un primo orientamento giurisprudenziale ha escluso la possibilità di dichiarare la nullità degli atti negoziali attraverso cui veniva realizzata la frode fiscale, sostenendo che le relative sanzioni dovessero essere rinvenute esclusivamente all'interno del sistema tributario⁶⁹.

Successivamente, con l'introduzione dell'art. 10 della l. 408/1990, e dell'art. 37-bis del d.P.R. 600/1973, la giurisprudenza di legittimità ha iniziato ad affrontare il tema dell'elusione in relazione ai casi non espressamente ricompresi nel perimetro applicativo delle suddette disposizioni.

In tale contesto, ha preso corpo un'elaborazione giurisprudenziale volta a riconoscere l'esistenza di un principio generale antielusivo, al fine di colmare le lacune del sistema positivo.

In un primo momento, il principio generale antielusivo è stato ricostruito facendo leva sull'interpretazione di norme civilistiche, in particolare sulla nullità dei contratti per mancanza o illiceità della causa ai sensi degli artt. 1418 e 1344 c.c.; successivamente, si

⁶⁹ Cass. civ., Sez. I, sent. n. 1459 del 18 aprile 1975; Cass. civ., Sez. III, sent. n. 2464 del 28 giugno 1976; Cass. civ., Sez. III, sent. n. 5571 del 24 ottobre 1981.

è ritenuto vigente, in quanto principio di derivazione comunitaria dotato di efficacia diretta, il divieto di abuso del diritto sancito dalla Corte di Giustizia nella sentenza Halifax; in seguito, la giurisprudenza di legittimità ha individuato la base normativa della clausola generale antielusiva nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, di cui all'art. 53 Cost.

Un primo riconoscimento giurisprudenziale dell'elusione come causa di nullità negoziale ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c., si rinviene nella sentenza n. 20398/2005⁷⁰. In tale pronuncia, la Suprema Corte, discostandosi da un proprio orientamento precedente⁷¹, ha affermato che anche i tributi non armonizzati “sono comunque soggetti, secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario”, e che “non pare contestabile l'emergenza di un principio tendenziale, che – in attesa di ulteriori specificazioni della giurisprudenza comunitaria – deve spingere l'interprete alla ricerca di appropriati mezzi all'interno dell'ordinamento nazionale per contrastare tale diffuso fenomeno”.

Sulla base di tali premesse, la Corte ha poi riconosciuto la nullità, ai sensi degli artt. 1418, comma 2, e 1325 c.c., di contratti collegati di acquisto e rivendita di azioni, rilevando la mancanza della causa, intesa come scopo economico-sociale del negozio giuridico.

La dottrina prevalente ha mosso due principali critiche all'impostazione adottata da questa giurisprudenza. In primo luogo, è stato rilevato che il mero perseguimento di un risparmio d'imposta, in quanto obiettivo astrattamente lecito, non è sufficiente a giustificare una dichiarazione di nullità per mancanza della causa del negozio⁷².

In secondo luogo, si è contestato alla Corte di aver confuso il concetto civilistico di causa con quello, proprio del diritto tributario, di “valide ragioni economiche”, finendo così per sovrapporre due categorie concettualmente distinte⁷³.

⁷⁰ Il caso riguardava un'ipotesi di dividend washing, consistente nell'acquisto, da parte di una società, di titoli detenuti da un fondo di investimento in prossimità dello stacco della cedola, seguito dalla loro rivendita al medesimo fondo, con una minusvalenza, dopo l'incasso del dividendo. In tal modo, la società otteneva un indebito risparmio fiscale, sfruttando il credito d'imposta riconosciuto sui dividendi percepiti.

⁷¹ Si vedano Cass. civ., sent. n. 3979 del 26 gennaio 2000 e Cass. civ., sent. n. 11351 del 3 settembre 2001, nelle quali la Corte di Cassazione ha escluso la possibilità di disconoscere i vantaggi fiscali derivanti da operazioni elusive non riconducibili all'ambito applicativo dell'art. 37-bis del d.P.R. 600/1973, negando pertanto l'esistenza di una clausola generale antielusiva nell'ordinamento.

⁷² MARIOTTI, “Dividend washing” e norme antielusive, in *Giust. trib.*, 2006 e G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007.

⁷³ G. CORASANITI, *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2006.

In un altro caso riguardante un'ipotesi di dividend washing⁷⁴, invece, con la sentenza 20816/2005 la Corte di Cassazione ha ritenuto possibile annullare il contratto relativo ad un'operazione elusiva (un contratto di usufrutto di azioni) per illiceità della causa, ritenendo applicabile l'art. 1344 c.c.. Tale conclusione si è basata sull'assunto secondo cui le norme tributarie dovevano essere considerate norme imperative⁷⁵.

Successivamente, anche in virtù del progressivo consolidamento della giurisprudenza comunitaria in tema di abuso del diritto — e in particolare a seguito della sentenza Halifax, che ha riconosciuto una clausola generale antielusiva — la giurisprudenza di legittimità ha abbandonato il riferimento alle nullità civilistiche, ritenendo invece direttamente applicabili i principi elaborati dalla Corte di Giustizia in tema di tributi non armonizzati.

Più nel dettaglio, con la sentenza n. 21221/2006, la Corte di Cassazione ha riconosciuto alla pronuncia Halifax il ruolo di vero e proprio leading case in materia di abuso del diritto in ambito fiscale, evidenziandone il valore sistematico nell'aver elaborato una nozione autonoma e generale di abuso, fondata sull'essenzialità dello scopo fiscale delle operazioni.

Secondo la Suprema Corte, il divieto di abuso del diritto, così come delineato dalla Corte di Giustizia in relazione all'IVA, doveva essere inteso quale canone interpretativo generale dell'ordinamento, applicabile anche all'imposizione diretta, pur se formalmente riservata alla competenza esclusiva degli Stati membri. Tale estensione si giustificava, a parere dei giudici di legittimità, in quanto gli Stati membri erano comunque tenuti a esercitare tale competenza nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dal Trattato CE, tra cui anche quello relativo al divieto di abuso del diritto.

Questo orientamento venne successivamente confermato con la sentenza n. 25374/2008 (caso Part Service), nella quale la Corte di Cassazione attribuì al principio di abuso del

⁷⁴ Nel caso in esame, l'Amministrazione finanziaria contestava l'indebito utilizzo del credito d'imposta sui dividendi, ritenendo che la società avesse stipulato un contratto di usufrutto con una società lussemburghese al solo fine di eludere il divieto per i non residenti di beneficiarne.

⁷⁵ La Corte ha affermato che *“le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 della Costituzione)”* e che, di conseguenza, *“l'Amministrazione finanziaria [...] è legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente, o la loro nullità per frode alla legge, ivi compresa la legge tributaria (art. 1344 del codice civile)”*.

In questo modo, si è discostata da un suo precedente orientamento, Cass. civ., sent. n. 11351 del 3 settembre 2001, dove si era espressa nel senso dell'impossibilità di considerare le norme tributarie come norme imperative.

diritto dettato in ambito comunitario la natura di clausola generale dell'ordinamento tributario. La Corte ritenne che tale principio dovesse applicarsi a tutte le fattispecie impositive, imponendo al giudice nazionale l'obbligo di applicazione anche d'ufficio, a prescindere dalle allegazioni delle parti.

La dottrina assunse un atteggiamento fortemente critico nei confronti di queste statuizioni, evidenziando l'impossibilità di applicare direttamente i principi comunitari alle fattispecie autonomamente regolamentate dal diritto interno degli Stati membri, nonché l'assenza, nel Trattato istitutivo dell'UE, di qualsiasi riferimento all'abuso del diritto⁷⁶.

In virtù delle obiezioni sollevate, la Corte di Cassazione ha progressivamente ridefinito il proprio orientamento, individuando la fonte della clausola generale antiabuso direttamente nei principi costituzionali. Il punto di svolta è rappresentato dalle sentenze nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008, note come "sentenze gemelle".

In tali pronunce, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che "la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, [...] va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano". Più precisamente, i giudici hanno chiarito che i principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, sanciti dall'art. 53 Cost., "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" e che, di conseguenza, "non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale"⁷⁷.

⁷⁶ Fra i tanti, si veda L. SALVINI, *L'elusione Iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 3103; G. ESCALAR, *Esclusa la diretta efficacia dell'abuso del diritto per le imposte dirette*, in *Corr. trib.*, 2009, pagg. 701 e ss; V. FICARI, *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra "diritto" giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Boll. Trib.* 22/2008, p. 1777.

⁷⁷ La Suprema Corte ha anche precisato che la presenza di norme antielusive specifiche non escludeva, ma anzi confermava, l'esistenza di una clausola generale.

Inoltre, nella stessa sentenza il Supremo Organo ha altresì chiarito che il riconoscimento di tale clausola non contrastava con la riserva di legge sancita dall'art. 23 Cost., poiché non introduceva nuovi obblighi impositivi, ma si limitava a impedire che il contribuente ottenesse vantaggi fiscali indebiti mediante l'uso distorto di strumenti giuridici formalmente leciti.

Una decisione successiva ha ulteriormente valorizzato il fondamento costituzionale della clausola generale antiabuso. Con la sentenza n. 8487 del 2009, la Corte ha infatti richiamato l'art. 41 della Costituzione, osservando che, se da un lato la libertà di iniziativa economica gode di tutela, dall'altro essa incontra un limite invalicabile nel principio di utilità sociale. In questa prospettiva, la Corte ha affermato che “una operazione economica realizzata al solo fine di ottenere un risparmio fiscale (a prescindere da connotazione di fraudolenza) è una operazione che contrasta con l'utilità sociale, sia nel senso che lede il principio di solidarietà, sia nel senso che determina una indebita riduzione del gettito fiscale”⁷⁸.

Tuttavia, anche questo orientamento è stato fortemente criticato dalla dottrina. Un autorevole Autore ha sostenuto che l'art. 53 Cost. non possa in realtà fungere da base normativa autonoma per giustificare il divieto di abuso del diritto⁷⁹.

A suo avviso, il dovere tributario nasce concretamente solo in forza di disposizioni legislative adottate nel rispetto dell'art. 23 Cost., e non direttamente dai principi costituzionali di capacità contributiva e progressività. Questi ultimi, infatti, continua ad affermare l'Autore, avrebbero una funzione vincolante nei confronti del legislatore, imponendogli di conformare la propria attività normativa a criteri di giustizia fiscale e solidarietà, ma non potrebbero legittimare, in assenza di una norma di legge, l'attribuzione al contribuente di obblighi ulteriori o il disconoscimento di effetti giuridici formalmente leciti.

In questa prospettiva, l'art. 53 Cost. non avrebbe portata precettiva immediata e generale, ma costituirebbe piuttosto una norma programmatica rivolta al legislatore, priva dunque della capacità di fondare direttamente un principio antielusivo applicabile dal giudice.

⁷⁸ Nello stesso senso si era espressa la Corte in: Cass. civ., Sez. V, sent. n. 1465 del 21 gennaio 2009; Cass. civ., Sez. V, sent. n. 8481 del 8 aprile 2009.

⁷⁹ In tal senso A. CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamentali giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2009, p. 10463.

Nonostante le critiche sollevate in dottrina, l'orientamento affermato dalla Suprema Corte nelle sentenze gemelle ha continuato a rappresentare, fino all'introduzione dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, un punto di riferimento consolidato nella giurisprudenza di legittimità.

Il principio generale antielusivo è stato infatti richiamato in numerose pronunce, anche in assenza di una specifica deduzione da parte dell'Amministrazione finanziaria nell'atto impositivo. È stato applicato, ad esempio, in casi in cui l'Ufficio aveva contestato l'interposizione soggettiva⁸⁰ ai sensi dell'art. 37, comma 3, del d.P.R. n. 600/1973, nonché in fattispecie riconducibili all'evasione fiscale, come la non corretta qualificazione di un immobile ai fini ICI⁸¹ o il disconoscimento di operazioni ritenute inesistenti⁸².

1.4. Abuso del diritto: dalle origini all'unificazione dei concetti

Dopo aver ricostruito l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'elusione fiscale, sia a livello nazionale che sovranazionale, è ora opportuno soffermarsi sull'abuso del diritto, istituto di origine civilistica che ha conosciuto un autonomo sviluppo in ambito tributario. Il presente paragrafo si propone di ripercorrere le tappe fondamentali della sua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, chiarendo in che modo tale concetto sia stato progressivamente adattato alla materia fiscale, fino ad essere parificato, per espressa scelta legislativa, alla nozione di elusione.

Sebbene il concetto di abuso del diritto abbia radici originarie nell'ambito civilistico e l'elusione fiscale sia stata storicamente elaborata come categoria autonoma, nel tempo si è assistito a una progressiva convergenza tra i due istituti. In particolare, l'abuso ha assunto un ruolo determinante nell'evoluzione della disciplina antielusiva, fungendo da fondamento per la costruzione, in sede comunitaria, di una clausola generale applicabile ai tributi armonizzati.

In ambito civilistico, il concetto di abuso del diritto è emerso nella seconda metà dell'Ottocento all'interno della dottrina e giurisprudenza francesi, sviluppandosi in risposta alla necessità di limitare l'esercizio formalmente legittimo di diritti soggettivi

⁸⁰ Cass. civ., Sez. V, sent. n. 4737 del 26 febbraio 2010.

⁸¹ Cass. civ., Sez. V, sent. n. 25127 del 30 novembre 2009.

⁸² Cass. civ., Sez. V, sent. n. 947 del 21 aprile 2010.

quando finalizzato a scopi contrari all'interesse sociale⁸³. Due furono le principali ricostruzioni teoriche: la prima ravvisava l'abuso ogniqualvolta il diritto fosse esercitato non per tutelare un proprio interesse legittimo, ma allo scopo di arrecare un danno ad altri⁸⁴; la seconda lo riconduceva alla frode alla legge, ossia all'aggiramento della ratio della norma mediante un uso strumentale del suo contenuto formale⁸⁵.

Nel nostro ordinamento, in assenza di una norma espressa o di un principio generale che vietasse l'abuso del diritto, si sviluppò un ampio dibattito sulla possibilità di introdurlo per via interpretativa. Una parte della dottrina sostenne che tale principio fosse implicitamente desumibile dal sistema, valorizzando l'interpretazione sistematica di norme quali l'art. 833 c.c. (atti emulativi), l'art. 1175 c.c. (correttezza nei rapporti obbligatori) e le disposizioni sulla buona fede contrattuale (artt. 1337, 1366 e 1375 c.c.). Tuttavia, l'orientamento prevalente negò l'esistenza di un principio generale antiabuso, facendo leva sull'analisi dei lavori preparatori del Codice Civile del 1942. In quella sede, infatti, fu espressamente discusso se introdurre una clausola generale che affermasse il divieto di esercitare un diritto in modo contrario alla sua funzione, secondo la formula "nessuno può esercitare il proprio diritto in modo contrario allo scopo per cui gli è stato conferito".

Il fatto che, al termine del dibattito, si decise di non includere tale disposizione nel testo definitivo del Codice fu interpretato come una precisa volontà del legislatore di escludere l'introduzione di un principio generale antielusivo, ritenendo che eventuali limiti all'esercizio dei diritti dovessero risultare da disposizioni specifiche e non da clausole generali di tipo interpretativo.

In ambito fiscale, l'evoluzione del concetto di abuso del diritto è stata più frammentata e complessa. Per lungo tempo, l'assenza di una definizione normativa ha favorito interpretazioni disomogenee, spesso sovrapposte a concetti diversi quali la frode alla legge, la malafede contrattuale, la simulazione, le operazioni prive di contenuto economico o ancora la violazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma⁸⁶. Questa ambiguità ha generato incertezza applicativa e conflitti interpretativi, rendendo necessaria una riforma chiarificatrice.

⁸³ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 205 e ss.

⁸⁴ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, 2006, pp. 115-175.

⁸⁵ U. MORELLO, *Frode alla legge*, 1969.

⁸⁶ F. GALLO, *Abuso del Diritto (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2017, p. 2.

Il quadro pre-riforma, infatti, era caratterizzato da un'evidente disomogeneità, con ambiti applicativi, oneri probatori e conseguenze giuridiche differenti tra elusione e abuso.

A ciò si aggiungevano le perplessità suscitate dall'applicazione del principio da parte dell'Amministrazione finanziaria e della Corte di Cassazione, la quale – secondo alcune letture critiche⁸⁷ – avrebbe esteso arbitrariamente il divieto anche a fattispecie perfettamente lecite o, al contrario, a casi riconducibili più propriamente all'evasione.

In questo scenario frammentario si inserisce anche la Raccomandazione della Commissione europea del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, che invitava gli Stati membri a adottare una clausola generale antiabuso nell'imposizione diretta, rafforzando la necessità di un intervento legislativo sistemico.

L'introduzione dell'art. 10-bis della legge n. 212/2000 ha rappresentato il punto di arrivo di tale evoluzione, sancendo la piena equiparazione tra abuso e elusione fiscale e offrendo una definizione unitaria e sistematica del fenomeno.

La norma ha recepito i principali orientamenti giurisprudenziali, stabilendo che l'abuso del diritto si configura quando vengono utilizzati strumenti giuridici idonei a conseguire vantaggi fiscali indebiti, pur nel rispetto formale della legge, in assenza di valide ragioni extrafiscali.

Tuttavia, nonostante l'unificazione normativa, è importante ricordare che l'abuso in ambito tributario mantiene una fisionomia autonoma rispetto al diritto civile. Se nel primo caso l'abuso è funzionale alla tutela dell'interesse generale e al corretto adempimento dell'obbligazione tributaria, nel secondo resta ancorato alla necessità di garantire l'equilibrio e la correttezza nei rapporti tra privati⁸⁸.

Chiarita dunque la traiettoria evolutiva del concetto, nel prosieguo della trattazione — alla luce dell'equiparazione normativa operata dall'art. 10-bis — i termini elusione e abuso del diritto saranno utilizzati in modo intercambiabile.

⁸⁷ Vedi *infra* paragrafi 1.2.1. e 1.2.2.

⁸⁸ In tal senso, R. MATTERA, *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e Impresa*, 2020, n.1, p. 267.

CAPITOLO II – LA CLAUSOLA GENERALE ANTIABUSO

Il Capitolo corrente si propone di analizzare la disciplina vigente in materia di abuso del diritto, soffermandosi sull'ambito applicativo dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente. Saranno esaminati i presupposti necessari per la contestazione, le valide ragioni extrafiscali idonee a escluderla, il ruolo dell'interpello antiabuso e le conseguenze derivanti dall'accertamento, anche alla luce degli indirizzi amministrativi e degli orientamenti dottrinali più recenti.

2.1. Disciplina vigente e presupposti applicativi

Con l'articolo 10-bis, introdotto nella legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente) dal decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, il legislatore ha fornito una definizione normativa dei presupposti costitutivi della clausola generale antiabuso, predisponendo al contempo le garanzie sostanziali e procedurali necessarie ad assicurare certezza e trasparenza nei rapporti tra contribuenti e Amministrazione finanziaria.

La scelta di collocare tale disciplina all'interno dello Statuto è stata dettata dall'intento di attribuirle una valenza sistematica, come "principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi, come è stato più volte riconosciuto dalla Corte di cassazione relativamente alle altre disposizioni contenute nello statuto"⁸⁹.

In quest'ottica, l'art. 10-bis individua chiaramente i presupposti che rendono una condotta fiscalmente abusiva, stabilisce la regola dell'inopponibilità dei vantaggi fiscali conseguiti mediante operazioni abusive all'Amministrazione finanziaria, precisa l'irrelevanza della condotta abusiva sul piano penale e disciplina puntualmente il procedimento di contestazione⁹⁰.

⁸⁹ Relazione illustrativa al D.lgs n. 128/2015.

⁹⁰ In particolare, nella sua originaria formulazione la norma stabiliva che: "*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.

Ai sensi del comma 1 della citata disposizione, “configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”.

Dall’analisi di tale disposizione emerge esplicitamente che, per qualificare un’operazione come abusiva, devono necessariamente ricorrere tre presupposti: il conseguimento di un vantaggio fiscale indebito; l'assenza di sostanza economica delle operazioni o della sequenza di operazioni poste in essere; l’essenzialità del vantaggio fiscale conseguito. L’onere di dimostrare la contemporanea presenza di tali elementi grava sull’Amministrazione finanziaria la quale, solo in presenza di tutti e tre i presupposti potrà disconoscere i vantaggi fiscali, altrimenti dovrà considerare l’operazione come lecita.

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 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”.

Secondo quanto previsto dall'atto di indirizzo del 27 febbraio 2025 emanato dal Ministero dell'economia e delle finanze, il primo tra i requisiti a dover essere verificato è quello relativo al “vantaggio fiscale indebito perché proprio tale vantaggio fiscale e la sua natura indebita [...] rappresenta il discrimine tra abuso del diritto e lecito risparmio d'imposta”. Tuttavia, tale impostazione è stata criticata da un autorevole Autore⁹¹, secondo cui l'indagine relativa alla natura dei vantaggi fiscali non dovrebbe prevalere rispetto alla verifica della sostanza economica. Infatti, sostiene l'Autore, nella clausola generale antiabuso gli elementi della sostanza economica e della natura dei vantaggi fiscali presentano una “capacità connotante concorrente, la cui interazione deve essere valutata in modo coordinato”.

In tal senso, egli rileva che attribuire priorità alla verifica del vantaggio fiscale rischia di alterare la corretta applicazione del meccanismo dell'inopponibilità, il quale presuppone non il mero conseguimento di un risparmio d'imposta, bensì l'accertamento di una incongruenza tra la forma giuridica adottata e il reale mutamento dell'assetto economico-giuridico del contribuente, essendo proprio l'assenza di una effettiva sostanza economica a giustificare, in coerenza con le finalità delle norme tributarie, la qualificazione abusiva dell'operazione.

Per tale motivo, conclude l'Autore, l'indagine dovrebbe concentrarsi dapprima sulla verifica della concreta esistenza di sostanza economica e solo successivamente procedere all'analisi della natura dei vantaggi fiscali conseguiti attraverso l'operazione.

Nonostante la divergenza interpretativa circa l'ordine logico di verifica dei requisiti, dottrina e prassi amministrativa convergono nel ritenere imprescindibile la contestuale presenza di tutti e tre gli elementi individuati dal primo comma dell'art. 10-bis affinché un'operazione possa essere qualificata come abusiva e, di conseguenza, i vantaggi fiscali da essa derivanti possano essere disconosciuti dall'Amministrazione finanziaria.

Tuttavia, anche in presenza di tutti i presupposti dell'abuso l'operazione non può essere considerata elusiva qualora risulti giustificata da valide ragioni extrafiscali.

⁹¹ G. ZIZZO, *L'atto di indirizzo e le criticità irrisolte in tema di abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 2025.

Tali ragioni, che devono essere non marginali e funzionali all'attività d'impresa o professionale, assumono rilievo come causa esimente e impediscono l'applicazione della clausola antiabuso⁹².

Ai sensi del comma 9 dell'art. 10-bis, l'onere di dimostrare l'esistenza di dette ragioni extrafiscali grava esclusivamente sul contribuente. In questo modo, il legislatore ha inteso ristabilire un equilibrio nella distribuzione degli oneri probatori tra le parti: da un lato, l'Amministrazione finanziaria è tenuta a provare la sussistenza congiunta dei presupposti previsti nei primi due commi; dall'altro, il contribuente, per evitare la disapplicazione dei benefici ottenuti, deve fornire prova dell'esistenza di un interesse economico reale e non trascurabile, che giustifichi la scelta operativa adottata⁹³.

2.1.1. (segue) Vantaggio fiscale indebito

Originariamente, l'art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973 identificava il vantaggio fiscale con la "riduzione di imposte o rimborsi" (comma 1), adottando così una definizione restrittiva e legata a effetti immediati e quantificabili.

Con l'introduzione dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, il legislatore si è limitato a stabilire che si considerano come vantaggi fiscali indebiti tutti "i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario" (comma 2, lett. b).

In tal modo, la nozione di vantaggio fiscale è stata ampliata fino a ricomprendere non solo le riduzioni d'imposta o dei rimborsi, ma anche di ogni beneficio fiscale che, pur non traducendosi in un'immediata diminuzione del carico tributario, generi un effetto favorevole per il contribuente⁹⁴.

⁹² La natura di esimente delle valide ragioni extrafiscali è confermata anche da Cass. civ., sez. V, ord. n. 17743 del 22 giugno 2021.

⁹³ L'onere di allegare e dimostrare le ragioni extrafiscali sorge per il contribuente una volta che l'Amministrazione finanziaria abbia adeguatamente motivato la sussistenza del vantaggio fiscale essenziale, sulla base di elementi oggettivi e di quanto normalmente conoscibile riguardo alla condotta del soggetto accertato. Si tratta, in sostanza, di un onere di confutazione, che implica l'obbligo per il contribuente di far emergere elementi giustificativi che non potevano essere conosciuti attraverso un'istruttoria ordinaria da parte dell'Amministrazione. Tra questi rientrano, ad esempio, scelte strategiche future, logiche di riorganizzazione interna, o interazioni con altri ambiti aziendali o di gruppo non immediatamente desumibili dall'operazione oggetto di contestazione.

⁹⁴ M. MISCALI, *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, p. 1385.

Sotto tale profilo, possono rientrare nel concetto di vantaggio fiscale anche i crediti d'imposta, le deduzioni e detrazioni, l'applicazione di regimi sostitutivi, le perdite fiscalmente rilevanti, così come tutte quelle misure che incidono in modo strutturale sulla base imponibile o sull'imposta dovuta⁹⁵.

Inoltre, il riferimento normativo ai benefici “anche non immediati”, consente di includere tra i vantaggi fiscalmente rilevanti i differimenti di imposizione, ossia quelle ipotesi in cui il contribuente ottenga un vantaggio finanziario in virtù del differimento dell'obbligazione tributaria. Ciò vale, tuttavia, solo quando il rinvio della tassazione non sia meramente temporaneo, ma si configuri come posticipato in misura significativa o addirittura sine die, assumendo così un rilievo concreto sul piano fiscale⁹⁶.

La mera esistenza di un vantaggio fiscale non è però di per sé sufficiente a integrare il requisito di cui al comma 2, lett. b), dell'art. 10-bis. Affinché tale elemento possa dirsi sussistente, è infatti necessario che il vantaggio fiscale ottenuto presenti i tratti dell'indebito, ossia sia il risultato di un assetto negoziale – isolato o complesso – che abbia determinato un effetto fiscale favorevole in violazione della ratio delle disposizioni applicate o in contrasto con i principi generali dell'ordinamento tributario⁹⁷.

Per determinare il carattere dell'indebito, è imprescindibile l'individuazione della finalità perseguita dalla norma fiscale utilizzata per il compimento di una specifica operazione. Tale operazione ermeneutica va condotta attribuendo alle disposizioni “il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”⁹⁸, tenendo conto – ove utile – anche dei lavori preparatori, in quanto strumenti idonei a ricostruire l'effettiva volontà normativa sottesa alla disciplina in esame⁹⁹.

Alla luce di quanto osservato, diventa allora necessario chiarire quale debba essere il corretto oggetto dell'indagine ermeneutica: se occorra concentrarsi prioritariamente sulla ratio della norma concretamente applicata dal contribuente, su quella di una disposizione alternativa astrattamente applicabile, oppure sui principi generali dell'ordinamento tributario.

⁹⁵ G.M. COMMITTERI, A. DODERO, *Abuso del diritto, c'è ancora molta strada da fare*, in *Corr. Trib.*, 2024, nn. 8-9, p. 704.

⁹⁶ M. BEGHIN, *La “tassazione differenziale” e la “non opponibilità” al Fisco delle operazioni elusive*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, p. 295.

⁹⁷ F. DE ROSA, *Abuso del diritto, vantaggio fiscale indebito e lettura monodimensionale*, in *Corr. Trib.*, 2022.

⁹⁸ Art. 12 delle preleggi

⁹⁹ In tal senso, Corte cost., sent. n. 110 del 5 giugno 2023.

Sul punto, la prassi amministrativa più recente¹⁰⁰ ha offerto una chiave di lettura fondata sulla distinzione tra due ipotesi concettualmente differenti: da un lato, le singole operazioni potenzialmente abusive; dall'altro, le operazioni complesse, composte da una pluralità di atti, fatti o negozi collegati e finalizzati al perseguimento di un unico risultato economico.

Nel caso delle operazioni singole, la prassi ha affermato che l'analisi deve concentrarsi sulla disposizione effettivamente applicata in quanto, "verificare il rispetto della ratio anche in relazione alle norme non applicate si risolverebbe in una contraddizione con il principio di libertà di scelta sancito dal citato comma 4 dell'art. 10-bis; se è vero che il contribuente può scegliere, fra due regimi alternativi offerti dalla legge quello fiscalmente più favorevole, il metro di giudizio per verificare l'abusività delle scelte compiute non può poi ricercarsi nella ratio del regime fiscale più oneroso che non sia stato adottato".

Al contrario, nelle operazioni complesse, la prassi ha rilevato che ai fini della valutazione dell'abusività, può rendersi utile affiancare all'analisi della ratio delle norme effettivamente applicate anche quella dei principi generali dell'ordinamento tributario.

Ciò dal momento in cui, quando l'operazione è composta da più atti o contratti tra loro collegati, il vantaggio fiscale indebito "va ricercato [...] nel risultato del collegamento dei singoli atti, fatti o contratti attraverso i quali si è esplicato o attuato il disegno unitario perseguito dal contribuente". Infatti, nelle operazioni complesse il fatto che ogni singolo passaggio rispetti formalmente le norme applicate non basta a escludere l'abuso: è necessario un esame più ampio, che valuti se l'intero assetto sia coerente anche con i principi generali dell'ordinamento tributario.

Tuttavia, è stato correttamente osservato¹⁰¹ che il ricorso ai principi generali dell'ordinamento tributario, se non ben delimitato, può generare effetti distorsivi. In particolare, si è sottolineato come il conflitto con i principi non debba sovrapporsi al conflitto con le finalità delle norme applicate: quest'ultimo, una volta accertato, è già di per sé sufficiente a qualificare come indebiti i vantaggi ottenuti. Il richiamo ai principi è giustificato soltanto quando essi si proiettano oltre le disposizioni

¹⁰⁰ Ministero dell'economia e delle finanze, Atto di indirizzo 27 febbraio 2025.

¹⁰¹ G. ZIZZO, *L'atto di indirizzo e le criticità irrisolte in tema di abuso del diritto*, op. cit..

che li concretizzano, colmando lacune normative o disciplinando situazioni non espressamente regolate¹⁰².

Sulla base delle considerazioni appena svolte, è da ritenersi legittima anche la condotta del contribuente che, pur non versando originariamente nelle condizioni per fruire di un regime di favore, modifichi la propria situazione giuridica o l'assetto negoziale per soddisfarne i requisiti¹⁰³. Infatti, in tutti questi casi, "in assenza di precisazioni normative e/o di indicazioni in senso contrario rinvenibili nei lavori preparatori appare illogico che un determinato regime fiscale possa essere adottato solo ab origine, potendo invece essere configurato come abusivo se acquisito in un momento successivo"¹⁰⁴.

Allo stesso modo, non può considerarsi elusivo il comportamento di chi, fin dall'inizio, si conformi alla lettera e alla finalità delle norme tributarie, programmando legittimamente le proprie scelte in funzione di un futuro vantaggio fiscale¹⁰⁵.

Accertata, secondo i criteri esposti, la sussistenza di un vantaggio fiscale indebito, l'indagine antiabusiva dovrà proseguire con la verifica degli ulteriori requisiti previsti dall'art. 10-bis: l'assenza di sostanza economica dell'operazione e l'essenzialità del vantaggio conseguito rispetto agli effetti complessivi dell'assetto negoziale adottato.

2.1.2. (segue) Assenza sostanza economica e essenzialità del vantaggio fiscale indebito
Proseguendo nell'esame dei presupposti costitutivi dell'abuso del diritto, occorre ora analizzare i due requisiti ulteriori previsti dall'art. 10-bis, comma 1: l'assenza di sostanza economica dell'operazione e l'essenzialità del vantaggio fiscale conseguito.

Con riferimento al requisito della sostanza economica, l'art. 10-bis, comma 2, lett. a), fornisce una definizione espressa secondo cui devono considerarsi "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". Inoltre, la norma precisa che "sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione

¹⁰² L. MIELE, *Senza vantaggi indebiti le operazioni poste in essere per fruire di regimi di favore*, in *Eutekne*, 2025.

¹⁰³ G. FRANSONI, *Abuso del diritto, nell'atto di indirizzo apoteosi e declino di un principio*, in *Settimana Fiscale*, 2025, n. 1226.

¹⁰⁴ Atto di indirizzo del 27 febbraio 2025, *cit.*

¹⁰⁵ Cfr. *Ibidem*

delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato”.

La presenza di tali indici, di carattere generale e meramente esemplificativo¹⁰⁶, manifesta l'intento del legislatore di includere nell'ambito delle operazioni prive di sostanza economica tutte quelle che, pur formalmente corrette, risultano artificiali o ingiustificate rispetto al risultato economico perseguito, secondo criteri di normalità imprenditoriale o di ragionevolezza dell'operatore medio¹⁰⁷. In altri termini, secondo quanto disposto dalla norma citata, dovranno considerarsi come prive del requisito della sostanza economica tutte quelle operazioni in cui gli strumenti giuridici impiegati risultano incoerenti rispetto ai risultati economici perseguiti, oppure si presentano come anomali rispetto alle logiche normalmente adottate nel mercato¹⁰⁸.

Alla luce di quanto sopra, rientrano tra le operazioni prive di sostanza economica, in primo luogo, le operazioni c.d. circolari. Si tratta di operazioni articolate in una sequenza di atti giuridici che, pur formalmente distinti, si elidono a vicenda o riportano il contribuente alla situazione economico-patrimoniale originaria, determinando come unico effetto concreto il mutamento del trattamento fiscale applicabile. È proprio questa assenza di un risultato economico diverso da quello fiscale a rendere l'operazione priva di sostanza economica: la struttura negoziale adottata non trova giustificazione in esigenze reali o funzionali, ma si rivela costruita unicamente per ottenere un beneficio fiscale in modo artificioso¹⁰⁹.

¹⁰⁶ La natura esemplificativa di tali indici è confermata dalla circostanza secondo cui l'art. 10-bis, comma 2, lett. a), introduca i due sintomi di carenza di sostanza economica mediante l'espressione “in particolare”, segnale testuale che esclude ogni intento di tassatività. Ne deriva che tali indici non esauriscono le ipotesi rilevanti ai fini dell'applicazione della norma, ma costituiscono meri esempi, lasciando spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Ne consegue che possono rilevare anche altre ipotesi sintomatiche di artificialità, pur non trasposte nel testo normativo, ma già individuate nella Raccomandazione n. 772/2012, punto 4.4, da cui i due indici normativi derivano. Come correttamente osservato in dottrina, infatti, il recepimento solo parziale degli esempi contenuti nella Raccomandazione non ha lo scopo di delimitare rigidamente l'ambito applicativo della clausola generale, bensì di fornire un criterio orientativo, fermo restando che l'Amministrazione conserva il potere di valutare, in concreto, la sostanza economica di qualsiasi operazione riconducibile alla definizione generale contenuta nella prima parte della disposizione.

¹⁰⁷ A. CONTRINO, 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*, 2016.

¹⁰⁸ M. BEGHIN, *L'abuso del diritto tra operazioni antieconomiche e contrarietà alle “normali logiche di mercato”*, in *Corr. Trib.*, 2022, p. 225.

¹⁰⁹ L. MIELE, *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, in *Corr. Trib.*, 2020, p. 125.

In secondo luogo, sono suscettibili di rientrare tra le operazioni potenzialmente prive di sostanza economica anche quelle c.d. lineari, ossia operazioni che, producendo effetti extrafiscali reali, determinano una modifica della situazione giuridico-economica del contribuente. A differenza di quelle circolari, queste operazioni non si annullano nella loro concatenazione, ma si concludono con un risultato giuridico apprezzabile.

Più nel dettaglio, le operazioni lineari possono risultare abusive quando il percorso giuridico scelto per il conseguimento del risultato raggiunto appare eccessivamente articolato, disomogeneo o non conforme alle modalità normalmente impiegate nel traffico economico¹¹⁰. In questi casi, la sostanza economica risulta assente non perché manchino del tutto effetti extrafiscali, ma perché l'assetto adottato è irragionevole rispetto allo scopo dichiarato e rivela una strumentalizzazione degli strumenti giuridici volta a ottenere un vantaggio tributario non coerente con le logiche del mercato¹¹¹.

In ogni caso, la verifica della sostanza economica si fonda su un accertamento di tipo oggettivo, basato sull'effettiva capacità dell'operazione, o della sequenza di operazioni, di generare effetti significativi ulteriori rispetto al vantaggio fiscale conseguito. Quando tali effetti risultano assenti o marginali, l'intera operazione può dirsi priva di sostanza economica, ponendo così le condizioni per l'esame del successivo requisito dell'essenzialità del vantaggio fiscale ottenuto.

Infatti, ai sensi dell'art. 10-bis, l'abuso del diritto può dirsi configurato solo se il conseguimento del vantaggio fiscale indebito rappresenta lo scopo essenziale, ancorché non esclusivo, dell'operazione priva di sostanza economica¹¹².

Un criterio interpretativo utile a definire i contorni di questa condizione è offerto dalla Raccomandazione n. 772/2012, dalla quale la disposizione nazionale è stata in parte mutuata. In essa si afferma che il vantaggio fiscale va ritenuto 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" (punto 4.6.).

¹¹⁰ In tale ipotesi, l'inadeguatezza della struttura negoziale rispetto al risultato economico perseguito rivela una costruzione artificiosa, modellata principalmente in funzione degli effetti fiscali prodotti, piuttosto che sulla base di effettive esigenze operative o organizzative.

¹¹¹ Così Circolare Assonime n. 21 del 4 agosto 2016, p. 76.

¹¹² A conferma di ciò, anche la Relazione illustrativa ha chiarito che il vantaggio fiscale indebito "*deve essere fondamentale rispetto a tutti gli altri fini perseguiti dal contribuente*", nel senso che esso deve costituire la finalità principale dell'operazione, rispetto alla quale ogni altro obiettivo assume un rilievo meramente strumentale o secondario.

Ne consegue che la verifica dell'essenzialità impone un giudizio comparativo tra il vantaggio fiscale indebito ottenuto e gli eventuali benefici economici o organizzativi derivanti dall'operazione complessiva, al fine di stabilire se questi ultimi possano giustificare, in misura non marginale, l'assetto adottato.

Da ultimo, la prassi più recente¹¹³ ha ritenuto i requisiti dell'assenza di sostanza economica e dell'essenzialità del vantaggio fiscale tra loro speculari, affermando che “il vantaggio fiscale indebito può dirsi essenziale [...] proprio quando, a ben guardare, l'operazione risulta priva di sostanza economica, in quanto inidonea a produrre significativi effetti extrafiscali”.

Tale conclusione è stata criticata in parte dalla dottrina che, pur riconoscendo una parziale sovrapposizione tra i due requisiti, ne ha evidenziato la non totale coincidenza. È stato correttamente osservato che, se da un lato un'operazione priva di effetti extrafiscali significativi comporta inevitabilmente un vantaggio fiscale essenziale, dall'altro non è sempre vero che un vantaggio fiscale essenziale implichi automaticamente l'assenza di sostanza economica¹¹⁴. Una condotta può, infatti, risultare principalmente orientata all'ottenimento di un vantaggio fiscale, pur conservando una struttura oggettivamente idonea a realizzare effetti economici ulteriori, anche se marginali o differiti nel tempo, e dunque non essere priva di sostanza economica. Questo perché la sostanza economica di un'operazione non si valuta solo in base ai risultati effettivamente ottenuti, ma anche alla sua idoneità oggettiva a produrre effetti economici, anche futuri¹¹⁵.

2.2. *Le valide ragioni extrafiscali*

Nonostante la contemporanea sussistenza di tutti i requisiti di cui al comma 1 dell'art. 10-bis, un'operazione può non essere considerata abusiva se il contribuente dimostra che sia giustificata da “valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo

¹¹³ Atto di indirizzo del 27 febbraio 2025, cit.

¹¹⁴ Cfr. G. ZIZZO, *L'atto di indirizzo e le criticità irrisolte in tema di abuso del diritto*, op. cit., ove si precisa che “non necessariamente una condotta che, in concreto, produce unicamente (o pressoché unicamente) vantaggi fiscali deve quindi essere definita come sprovvista di sostanza economica ai fini dell'applicazione della clausola antiabuso”.

¹¹⁵ V. VELLUZZI, *Abuso del diritto ed interpretazione giuridica. Alcune questioni ed una proposta*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, p. 497.

o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale” (comma 3)¹¹⁶.

Affinché tale esimente possa operare, è necessario che le ragioni extrafiscali addotte dal contribuente rivestano un ruolo determinante¹¹⁷ nella scelta di realizzare l'operazione, nel senso che, in loro assenza, essa non sarebbe stata attuata¹¹⁸, come chiarito anche dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 128/2015¹¹⁹.

Premesso ciò, occorre ora approfondire cosa debba intendersi per “valide ragioni extrafiscali, non marginali”, individuando i criteri che ne determinano la rilevanza e le condizioni in presenza delle quali esse risultano idonee a escludere l'abusività di una o più operazioni.

Le ragioni “extrafiscali” comprendono non solo quelle strettamente “economiche” in senso letterale, ma anche ogni altro motivo – di natura commerciale, finanziaria, industriale, patrimoniale o giuridica – che abbia effettivamente indotto il contribuente (o i soggetti coinvolti) a porre in essere l'operazione contestata nella prospettiva di un mutamento significativo della propria situazione economico-giuridica¹²⁰. Tali ragioni rilevano anche se, in concreto, l'operazione non ha prodotto pienamente gli effetti extrafiscali attesi: ciò che assume rilievo non è il risultato effettivamente

¹¹⁶ In dottrina si è discusso del rapporto tra l'esimente fondata sulle valide ragioni extrafiscali e il requisito dell'assenza di sostanza economica previsto dal comma 1. Secondo un primo orientamento, i due elementi devono essere valutati separatamente: la sostanza economica attiene alla coerenza oggettiva della struttura negoziale, mentre le ragioni extrafiscali riguardano le motivazioni soggettive e il contesto concreto in cui opera il contribuente. (Cfr. M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pp. 9-10.) Una tesi opposta, cui aderisce anche la prassi dell'Amministrazione finanziaria, ritiene invece che i due concetti coincidano sul piano sostanziale: pertanto, in presenza di un'operazione priva di sostanza economica, sarebbe logicamente esclusa anche la possibilità di invocare ragioni extrafiscali idonee a giustificarla (Cfr. Risposta a interpello del 23 agosto 2019, n. 341).

¹¹⁷ In senso contrario si veda P. PIANTAVIGNA, *Italy*, in AA.VV., *Anti-Avoidance Measures of General Nature and Scope – GAAR and other Rules*, IFA, 2018, p. 193, dove si sostiene che, ai fini della sussistenza dell'esimente, non sarebbe necessario attribuire alle ragioni extrafiscali un ruolo determinante, essendo sufficiente la loro non trascurabilità, intesa come idoneità a fornire una giustificazione ragionevole alla condotta posta in essere.

¹¹⁸ Secondo M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, 2013, p. 10 questo è confermato dalla circostanza secondo cui 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”.

¹¹⁹ Più nel dettaglio, dalla Relazione si evince che “le valide ragioni extrafiscali non marginali sussistono solo se l'operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza. Occorre, appunto, dimostrare che l'operazione non sarebbe stata compiuta in assenza di tali ragioni”.

¹²⁰ 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*, 2016, p. 24.

conseguito, ma l'intento perseguito dal contribuente al momento in cui ha deciso di realizzare l'operazione¹²¹.

Le ragioni "anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale", menzionate anch'esse dal comma 3 dell'art.10-bis, rappresentano invece una mera esemplificazione¹²² delle possibili valide ragioni extrafiscali e non esauriscono il novero delle giustificazioni idonee a escludere l'abusività¹²³. In questa prospettiva, rientrano tra le valide ragioni extrafiscali anche quelle riconducibili alla sfera personale o familiare del contribuente non imprenditore o professionista¹²⁴.

Per quanto riguarda il requisito della validità, le ragioni extrafiscali possono considerarsi tali solo se risultano oggettivamente apprezzabili, non pretestuose e dotate di una concreta rilevanza economica, organizzativa o funzionale¹²⁵.

Dunque, la verifica della sussistenza di valide ragioni extrafiscali richiede un accertamento articolato, volto sia a constatarne l'effettiva esistenza, sia a valutarne la validità in termini di rilevanza oggettiva. A tal fine, si dovrà quindi svolgere un'indagine su due distinti livelli.

In primo luogo, sarà necessario accertare la sussistenza effettiva delle ragioni extrafiscali addotte, valutandole nel concreto contesto fattuale e giuridico in cui l'operazione è stata posta in essere e tenendo conto degli interessi coinvolti¹²⁶.

Successivamente, dovrà essere verificata la validità di tali ragioni, ovvero la loro oggettiva apprezzabilità, rilevanza e non pretestuosità¹²⁷. In tal senso, ci si dovrà

¹²¹ *Ibidem*

¹²² D. STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2015, p. 695.

¹²³ A conferma di tale interpretazione, si veda la Relazione illustrativa al decreto istitutivo della norma (p.7) dove si chiarisce che il riferimento all'"attività professionale" è stato espressamente inserito al sol fine di escludere ogni dubbio circa la rilevanza delle esigenze extrafiscali solo in ambito imprenditoriale, precisando che la disposizione trova applicazione anche quando l'attività economica del contribuente è di natura professionale e non imprenditoriale.

¹²⁴ D. STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit. dove l'Autore chiarisce che limitare l'esimente alle sole finalità imprenditoriali o professionali comporterebbe un'ingiustificata restrizione dell'ambito applicativo della clausola generale antiabuso, la quale, per sua natura, si rivolge a tutti i soggetti passivi, indipendentemente dalla loro qualifica.

¹²⁵ P. PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del d.lgs. 358/1997*, in *Rass. trib.*, 1997, II, p. 1153.

¹²⁶ Nel caso di persone fisiche, l'indagine può includere anche quelli dei familiari interessati; nel caso di società, quelli dei soci o di altre entità appartenenti al medesimo gruppo. Una valutazione astratta o limitata a un solo profilo risulterebbe inadeguata a cogliere le reali motivazioni della condotta.

¹²⁷ M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit.

domandare se, in assenza del vantaggio fiscale, un operatore economico medio – oppure, negli altri casi, un uomo medio comparabile – avrebbe comunque compiuto l'operazione¹²⁸.

Se tale duplice indagine da esito positivo, l'operazione dovrà considerarsi legittima e, di conseguenza, i vantaggi fiscali ottenuti non potranno essere disconosciuti dall'Amministrazione finanziaria. Al contrario, in mancanza di ragioni extrafiscali effettive e valide, l'operazione sarà qualificabile come abusiva e i relativi benefici fiscali saranno inopponibili ex art. 10-bis, comma 1.

2.3. L'interpello antiabuso e la sua rilevanza nelle operazioni straordinarie

La complessità che caratterizza l'individuazione dei presupposti dell'abuso del diritto comporta, per il contribuente, una fisiologica incertezza circa la qualificazione di un'operazione come abusiva o meno, soprattutto nelle fasi che precedono la sua realizzazione.

Per ovviare a tale incertezza e fornire uno strumento di prevenzione rispetto a possibili contestazioni future, il legislatore ha previsto, al comma 5 dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, la possibilità per lo stesso di rivolgersi all'Amministrazione finanziaria per ottenere un parere preventivo sulla legittimità dell'operazione programmata, mediante la presentazione di un'istanza di interpello cosiddetto "antiabuso", disciplinata dall'art. 11, comma 1, lett. c), dello stesso Statuto¹²⁹.

Attraverso questo strumento¹³⁰, il contribuente ha la possibilità di conoscere in via anticipata la posizione dell'Amministrazione finanziaria rispetto alla potenziale abusività di una o più operazioni, evitando così il rischio di violazioni e beneficiando di un rilevante effetto di certezza giuridica¹³¹.

¹²⁸ M. PROCOPIO, *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2019, p. 1445.

¹²⁹ L. CAPODIMONTI, *Abuso del diritto: sono legittime le operazioni propedeutiche alla fruizione di agevolazioni*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2017, p. 21.

¹³⁰ L'interpello si configura come una procedura di confronto anticipato tra contribuente e Amministrazione finanziaria, attraverso la quale quest'ultima svolge una funzione consultiva a contenuto giuridico, intervenendo prima che si perfezioni il presupposto d'imposta e prima che sorga l'obbligazione tributaria. Il procedimento si fonda sul principio di leale collaborazione e mira a garantire un'applicazione corretta e coerente della norma fiscale, generando al contempo un legittimo affidamento in capo al contribuente, che può fare riferimento alla risposta ricevuta come elemento di certezza e tutela nel rapporto con l'Amministrazione. (A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, 2024, p. 450.).

¹³¹ A. MASTROMATTEO, B. SANTACROCE, *Gli effetti degli interpelli su accertamento e contenzioso*, in *il fisco*, 2016, p. 2518.

L'istanza di interpello può essere presentata, a condizione che riguardi situazioni concrete e personali¹³², da qualsiasi contribuente – residente o non – nonché dai soggetti tenuti, in qualità di sostituti o responsabili d'imposta, a adempiere obblighi tributari propri o altrui, purché l'operazione oggetto dell'istanza incida direttamente sulla loro sfera giuridica o fiscale, come previsto dall'art. 11, comma 1, dello Statuto¹³³.

Inoltre, l'istanza deve conservare natura preventiva, il che implica che essa deve essere presentata prima della scadenza del termine ordinario per la dichiarazione d'imposta o, ad ogni modo, prima che il contribuente provveda all'adempimento dell'obbligo fiscale cui si riferisce o che risulta connesso alla fattispecie oggetto dell'interpello¹³⁴.

Con riferimento al contenuto dell'istanza, la circolare n. 9/E del 1 aprile 2016 ha chiarito che le richieste “non potranno genericamente limitarsi a chiedere il parere dell'Agenzia in ordine alla abusività di una determinata operazione o fattispecie, ma dovranno declinare, nel dettaglio: gli elementi qualificanti l'operazione o le operazioni; il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo; le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione rappresentata;” nonché le valide ragioni extrafiscali, di cui il comma 3 dell'art.10-bis.

Una volta ritenuta ammissibile, l'istanza impone all'Amministrazione finanziaria di fornire una risposta entro il termine di 90 giorni; decorso inutilmente tale termine, si formerà il silenzio-assenso, con effetti equivalenti all'accoglimento della soluzione interpretativa proposta dal contribuente. Tuttavia, qualora l'Amministrazione richieda documentazione integrativa, la risposta dovrà essere resa entro 60 giorni dalla ricezione di tale documentazione¹³⁵.

La risposta dell'Amministrazione finanziaria, sia essa espressa o formata per silenzio-assenso, vincola gli uffici dell'Amministrazione stessa rispetto al caso concreto oggetto dell'istanza, garantendo così piena tutela dell'affidamento maturato in capo al

¹³² Ai sensi del comma 4 dell'art. 11 “non ricorrono condizioni di obiettiva incertezza quando l'amministrazione finanziaria ha fornito, mediante documenti di prassi o risoluzioni, la soluzione per fattispecie corrispondenti a quella rappresentata dal contribuente”.

¹³³ A. MASTROMATTEO, B. SANTACROCE, *Gli interpelli: modalità di presentazione, legittimazione e contenuto delle istanze*, in *il fisco*, 2016, p. 2226.

¹³⁴ A. L. CAZZATO, *Consultazione semplificata e interpello: dove finisce una inizia l'altra*, in *il fisco*, 2024, p. 2042.

¹³⁵ Cfr. Art. 11, comma 5 dello Statuto dei diritti del contribuente.

contribuente¹³⁶. Gli atti impositivi o sanzionatori successivi, se contrastanti con quanto già espresso in sede di interpello, saranno annullabili.

Tale vincolo opera con riferimento al solo soggetto istante e alla specifica fattispecie rappresentata, salvo che, in presenza di un nesso inscindibile, anche altri soggetti possano esserne indirettamente beneficiari¹³⁷.

Il contribuente, per parte sua, non è vincolato alla soluzione ricevuta e può scegliere di non uniformarsi, assumendosi però il rischio di eventuali contestazioni in sede di controllo; in nessun caso, ex art. 11, comma 7, le risposte fornite dall'Amministrazione sono suscettibili di impugnazione.

Inoltre, l'Amministrazione può modificare la propria posizione con una successiva risposta rettificativa, ma questa avrà effetti esclusivamente per il futuro e non potrà pregiudicare la validità degli atti già compiuti in buona fede sulla base della precedente interpretazione¹³⁸.

L'interpello antiabuso assume un ruolo cruciale nelle operazioni straordinarie, le quali, in quanto operazioni formalmente non realizzative, si prestano ad essere utilizzate quali strumenti idonei all'aggiramento della normativa tributaria per il conseguimento di vantaggi fiscali indebiti.

In simili ipotesi, l'interpello antiabuso si rivela particolarmente utile, poiché consente al contribuente di ottenere ex ante una valutazione ufficiale dell'Amministrazione sulla liceità dell'operazione, scongiurando il rischio di future contestazioni in merito alla sua eventuale qualificazione come abuso del diritto¹³⁹.

¹³⁶ D. CONTE, *Interpello tributario e diritto ad una buona amministrazione: riflessioni per un bilancio*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2022, p. 2024.

¹³⁷ In tal senso si è espressa anche la più recente giurisprudenza di legittimità Cass. civ., sez. V, ord. n. 8740 del 30 marzo 2021 affermando che “*tale efficacia vincolante, pur non trovando applicazione, in via generale, in relazione a casi analoghi relativi a soggetti diversi dall'interpellante, può, ad avviso di questo Collegio, estendersi anche a soggetti, diversi da quest'ultimo, che, in relazione all'atteggiarsi e alla struttura della fattispecie impositiva, nonché all'allocatione dei relativi obblighi, sono indissolubilmente legati alla questione investita dall'interpello*”. In particolare, il caso riguardava la cessione di moduli fotovoltaici per la quale l'Agenzia delle Entrate aveva negato l'aliquota IVA agevolata del 10%, nonostante l'Amministrazione avesse già espresso parere favorevole in risposta ad interpelli formulati da altri soggetti. La Corte ha ritenuto che l'efficacia vincolante di tali risposte si estendesse anche alla società contribuente, poiché l'individuazione dell'aliquota IVA incideva simmetricamente sugli obblighi fiscali di entrambe le parti del contratto, rendendole inscindibilmente legate alla questione interpretata.

¹³⁸ A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, op. cit., p. 450; S. ZEBRI, *Le novità sull'autotutela tributaria*, in *Azienditalia*, 2025, n. 3, p. 404.

¹³⁹ Cfr. S. LOI, *Gli interpelli ordinario e disapplicativo, per l'abuso e le ipotesi di elusione, nel quadro della rinnovata disciplina dell'interpello*, in C. GLENDI, C. CONSOLO, A. CONTRINO (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, 2016.

.
Si pensi, ad esempio, al conferimento di partecipazioni qualificato ex art. 177, comma 2-bis, T.U.I.R., seguito dalla donazione in regime di esenzione ex art. 3, comma 4-ter, T.U.S.D (testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni n. 346 del 1990)¹⁴⁰. In un caso analogo, oggetto della risposta a interpello n. 429 del 2 ottobre 2020, l'Agenzia delle Entrate ha escluso la natura abusiva di un'operazione articolata in più fasi, che comprendeva la cessione di partecipazioni propedeutica a un conferimento ex art. 177, comma 2-bis, T.U.I.R., volto a beneficiare del regime di realizzo controllato. L'Amministrazione ha ritenuto che tale sequenza, sebbene complessa, fosse coerente con un più ampio progetto di riorganizzazione familiare e societaria, orientato alla semplificazione e all'efficientamento della struttura del gruppo, e non in contrasto con la ratio della norma. Di conseguenza, il vantaggio fiscale ottenuto — cioè l'applicazione dell'art. 177, comma 2-bis, in luogo dell'art. 9 T.U.I.R. — è stato considerato legittimo, in quanto espressione fisiologica del corretto utilizzo della disciplina agevolativa. In tal modo, il contribuente ha potuto operare in piena trasparenza e certezza giuridica, evitando il rischio di una successiva riqualficazione che avrebbe potuto compromettere l'efficacia fiscale dell'intera operazione.

Sotto questo profilo, l'interpello antiabuso si configura innanzitutto come uno strumento di autotutela a disposizione del contribuente, consentendogli di operare con maggiore sicurezza giuridica in presenza di operazioni complesse o potenzialmente ambigue. Al contempo, le risposte fornite dall'Amministrazione finanziaria assumono una rilevanza più ampia, in quanto contribuiscono a orientare anche il comportamento degli altri contribuenti, rafforzando così la funzione dell'interpello quale presidio di certezza in un

¹⁴⁰ Ad esempio, in un caso analogo, con risposta a interpello n. 429 del 2 ottobre 2020, l'Agenzia delle Entrate ha escluso la sussistenza di profili abusivi in un'operazione articolata in più fasi, comprendente la cessione di partecipazioni propedeutica a un conferimento ex art. 177, comma 2-bis, T.U.I.R., finalizzato a realizzare le condizioni per beneficiare del regime di realizzo controllato. L'Amministrazione ha ritenuto che tali operazioni, seppur complesse, non fossero in contrasto con la ratio della norma, in quanto coerenti con un più ampio progetto di riorganizzazione familiare e societaria volto a semplificare ed efficientare la struttura del gruppo. Di conseguenza, è stato riconosciuto che il vantaggio fiscale derivante dall'applicazione dell'art. 177, comma 2-bis, in luogo dell'art. 9 T.U.I.R., non costituisca un risparmio indebito, ma un effetto fisiologico della corretta applicazione della disciplina agevolativa. In questo caso, grazie alla risposta preventiva, il contribuente ha potuto operare in piena trasparenza e sicurezza giuridica, evitando il rischio di riqualficazioni a posteriori che avrebbero potuto compromettere l'efficacia fiscale dell'intera operazione. L'interpello si è dunque rivelato determinante per ottenere ex ante una presa di posizione ufficiale dell'Amministrazione su una sequenza negoziale complessa, che, in assenza di tale chiarimento, avrebbe potuto facilmente essere interpretata in chiave elusiva.

ambito in cui la linea di confine tra pianificazione fiscale legittima e abuso del diritto risulta particolarmente sfumata. Infatti, ai sensi dell'art. 10-sexies dello Statuto del contribuente, tali risposte costituiscono l'interpretazione ufficiale delle norme tributarie e, pur non avendo valore nomofilattico in senso stretto, svolgono una funzione "paranomofilattica", volta a garantire l'uniformità dell'azione amministrativa e a fornire ai contribuenti indicazioni operative, tempestive e non pregiudizievoli¹⁴¹.

2.4. L'accertamento dell'elusione fiscale: profili procedurali

Qualora l'Amministrazione finanziaria ritenga che una determinata operazione integri congiuntamente tutti i requisiti previsti dal comma 1 dell'art. 10-bis, è tenuta a procedere alla relativa contestazione seguendo la procedura appositamente prevista dal medesimo articolo dello Statuto dei diritti del contribuente¹⁴².

In primo luogo, condizione necessaria per l'adozione dell'avviso di accertamento fondato sull'abuso del diritto è la preventiva notifica, da parte dell'Amministrazione, di una richiesta di chiarimenti al contribuente in merito all'operazione sospettata di elusività¹⁴³. Tale richiesta, a pena di nullità dell'avviso che non ne sia preceduto, deve contenere un'esposizione chiara e motivata delle ragioni giuridiche e degli elementi istruttori posti a fondamento della qualificazione abusiva, anticipando di fatto i contenuti essenziali della motivazione dell'atto impositivo¹⁴⁴.

La richiesta di chiarimenti dà formalmente avvio al contraddittorio preventivo con il contribuente, delimitandone l'oggetto, con la conseguenza che l'eventuale avviso di accertamento fondato su profili ulteriori o diversi rispetto a quelli indicati nella richiesta risulterà nullo per difetto del contraddittorio¹⁴⁵.

¹⁴¹ A. DODERO, *Il nuovo interpello e i supporti interpretativi che favoriscono il rapporto Fisco-contribuente*, in *il fisco*, 2024, p. 231.

¹⁴² Tale procedura, distinta da quella ordinaria di accertamento in quanto espressamente disciplinata dall'art. 10-bis, trova applicazione ogniqualvolta l'Amministrazione ravvisi una condotta abusiva, indipendentemente dalla tipologia d'imposta coinvolta, potendo quindi riferirsi anche a tributi diversi da quelli sul reddito o sul patrimonio, come ad esempio l'imposta di registro.

¹⁴³ La richiesta di chiarimenti deve essere notificata secondo le modalità previste dall'art. 60 del d.P.R. n. 600/1973 e, pur non essendo soggetta a vincoli formali stringenti, deve comunque rispettare le prescrizioni generali in materia di motivazione degli atti amministrativi previste dall'art. 7, comma 2, della L. n. 212/2000.

¹⁴⁴ A. CONTRINO, A. MARCHESELLI, *Il procedimento di accertamento dell'abuso: oneri delle parti e possibili vizi, difese e preclusioni processuali*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 576.

¹⁴⁵ G. FRANSONI, *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI (a cura di), *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, 2016, p. 123.

Ricevuta la richiesta di chiarimenti, il contribuente dispone di un termine di sessanta giorni per fornire risposta; durante tale intervallo temporale, l'Amministrazione non può procedere alla notifica dell'avviso di accertamento, nemmeno in presenza di ragioni d'urgenza¹⁴⁶.

Inoltre, se tra la notifica della richiesta e la scadenza del termine ordinario di decadenza per l'accertamento residuo meno di sessanta giorni, quest'ultimo si intende automaticamente prorogato fino a garantire comunque l'integrale decorso del termine concesso per il contraddittorio (Cfr. art. 10-bis, comma 7, l. n. 212/2000).

Attraverso la risposta alla richiesta di chiarimenti, il contribuente ha la possibilità di prevenire l'emissione dell'avviso di accertamento, illustrando le ragioni per cui il risparmio d'imposta perseguito non può ritenersi indebito o dimostrando la presenza di valide ragioni extrafiscali¹⁴⁷.

Nel caso in cui l'Amministrazione accolga le argomentazioni fornite, l'ipotesi di abuso viene meno e il procedimento si conclude senza alcuna contestazione. Qualora, invece, ritenga infondate le giustificazioni addotte, l'Ufficio darà seguito alla notifica dell'avviso di accertamento, nel quale disconoscerà i vantaggi fiscali ritenuti indebiti e procederà alla liquidazione delle imposte (o delle maggiori imposte) dovute in applicazione delle norme eluse.

Tale avviso deve essere sorretto da una motivazione rafforzata che, ai sensi dell'art. 10-bis, comma 8, deve indicare a pena di nullità la condotta abusiva, le norme o i principi elusi, i vantaggi fiscali ritenuti indebiti, nonché i chiarimenti eventualmente forniti dal contribuente in sede di contraddittorio¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Le osservazioni del contribuente presentate oltre il termine di sessanta giorni devono comunque essere valutate dall'Amministrazione, a meno che l'avviso di accertamento sia già stato notificato o che il ritardo risulti contrario al principio di leale cooperazione tra le parti (In tal senso, G. FRANSONI, *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 129).

¹⁴⁷ F. PAPARELLA, *Abuso del diritto: oneri procedurali e requisiti essenziali dell'atto impositivo*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, p. 243.

¹⁴⁸ In via derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria, secondo cui l'impugnazione dell'avviso di accertamento consente la riscossione immediata di un terzo delle sole imposte accertate (art. 15, d.P.R. n. 602/1973), l'art. 10-bis, comma 10, dello Statuto prevede, per i soli casi di contestazione dell'abuso del diritto, la sospensione integrale della riscossione — incluse sanzioni e residuo delle imposte — per l'intera durata del primo grado di giudizio (Cfr. G. CORASANITI, *Le garanzie procedurali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, p. 1863).

A seguito della notifica dell'avviso di accertamento, si applica il meccanismo della cosiddetta tassazione differenziale¹⁴⁹. Questo modello consente di neutralizzare i vantaggi fiscali indebiti derivanti dall'operazione elusiva, imponendo l'imposta dovuta in base all'operazione correttamente riqualficata e, al contempo, scomputando l'eventuale imposta già assolta in relazione alla struttura giuridica ritenuta artificiosa¹⁵⁰.

Per garantire il corretto funzionamento del meccanismo di tassazione differenziale, il legislatore ha previsto una procedura articolata in tre passaggi: l'inopponibilità dell'operazione elusiva all'Amministrazione finanziaria, da cui discende il disconoscimento dei vantaggi fiscali indebitamente ottenuti; l'applicazione del regime fiscale proprio dell'operazione elusa; e, infine, la restituzione delle imposte eventualmente versate da soggetti coinvolti che non abbiano tratto beneficio dall'elusione.

Quanto all'inopponibilità, essa comporta che gli atti posti in essere per realizzare l'operazione abusiva non producano effetti nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, la quale, tramite l'avviso di accertamento, può disconoscerli ai fini dell'imposizione¹⁵¹. Si tratta di un'inefficacia relativa, in quanto limitata al solo ambito tributario e funzionale esclusivamente al disconoscimento del vantaggio fiscale indebito, senza incidere sulla validità civilistica degli atti compiuti¹⁵².

Tuttavia, per disconoscere il vantaggio fiscale indebito ottenuto dal contribuente, non è sufficiente dichiarare inopponibile un determinato assetto giuridico; è altresì necessario rendere applicabile il regime fiscale eluso. A tal fine, l'Amministrazione è tenuta a ricostruire in via ipotetica – attraverso una sorta di *fiction iuris* – l'assetto giuridico e le

¹⁴⁹ In questi termini si esprime M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit.

¹⁵⁰ Tale interpretazione è confermata dal secondo periodo del comma 1 dell'art.10-bis secondo cui l'Amministrazione finanziaria deve disconoscere i vantaggi indebitamente ottenuti calcolando la nuova imposta "sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni".

¹⁵¹ M. BASILAVECCHIA, *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili IVA*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 1466 ss.

¹⁵² Su tale aspetto si veda G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, 2008, p. 213 secondo cui "la sussunzione di una vicenda (singolo atto o fatto o concatenazione di atti) nella fattispecie della elusione tributaria non tocca in alcun modo la validità degli atti e negozi ricadenti nella fattispecie e fa nascere solo l'effetto della "inopponibilità" della vicenda all'Amministrazione finanziaria in funzione della cancellazione dei vantaggi tributari (ossia patrimoniali) derivanti dall'adozione della condotta elusiva. Il potere di neutralizzazione o di inopponibilità del comportamento elusivo è dato all'Amministrazione Finanziaria, non per cancellare gli effetti giuridici degli atti elusivi, ma per eliminare il danno economico recato al fisco e costituito dagli indebiti vantaggi tributari conseguiti".

condizioni che, pur mai realizzatesi concretamente, avrebbero legittimato l'applicazione della norma elusa, così da rendere applicabile il regime fiscale coerente con la sostanza economica dell'operazione¹⁵³.

Completata questa operazione di riqualificazione e riscossione nei confronti dell'elusore, il legislatore ha ritenuto necessario disciplinare anche la posizione dei soggetti terzi eventualmente coinvolti nella medesima operazione. Si tratta di soggetti che, pur avendo partecipato alla sequenza negoziale contestata, non hanno tratto alcun vantaggio fiscale indebito, e che pertanto non possono essere assimilati all'autore dell'elusione.

L'art. 10-bis, comma 11, dello Statuto riconosce infatti a tali soggetti il diritto di richiedere il rimborso delle imposte eventualmente versate in relazione a un'operazione che, a seguito di accertamento definitivo, ha perso ogni rilevanza tributaria. Questo meccanismo risponde all'esigenza di evitare un ingiustificato arricchimento dell'Erario a discapito di soggetti che, sebbene coinvolti nella sequenza negoziale contestata, non hanno assunto il ruolo di elusori né beneficiato degli effetti fiscali dell'operazione.

Tale diritto, tuttavia, può essere esercitato solo previa presentazione di apposita istanza, da inoltrare entro un anno dalla data in cui l'accertamento si è definitivamente consolidato, oppure è stato definito per adesione o conciliazione. Ciò impone al terzo una tempestiva attivazione, a differenza di quanto avviene per l'elusore, il cui assoggettamento al corretto regime impositivo opera automaticamente.

In quest'ottica, l'assenza di un obbligo di comunicazione da parte dell'Amministrazione finanziaria può compromettere l'effettività del rimborso, in quanto il terzo potrebbe non avere piena consapevolezza della definitività dell'accertamento e, quindi, del momento di decorrenza del termine annuale¹⁵⁴.

L'attuale disciplina, infatti, non contempla un rimborso d'ufficio, né prevede un litisconsorzio necessario nel procedimento che coinvolge l'elusore, con il rischio che i soggetti terzi restino esclusi dal circuito informativo e processuale. Tale assetto può

¹⁵³ A. CARINI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, op. cit., p. 250.

¹⁵⁴ M. BEGHIN, *La "non opponibilità" al Fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI (a cura di), *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, 2016, p. 94 dove l'Autore auspica che venga introdotta "in una prospettiva de iure condendo, una comunicazione dall'amministrazione finanziaria al terzo che ha il diritto di presentazione dell'istanza, con decorrenza del termine annuale di rimborso dal momento in cui tale comunicazione si sia perfezionata". Inoltre, afferma che "ancorché tale comunicazione non si prevista dalla disposizione in esame, la sua obbligatorietà potrebbe desumersi dall'art. 6, comma 2, della stessa L. n. 212/2000, che impone al fisco di informare il contribuente di ogni fatto o circostanza a sua conoscenza dai quali possa derivare il mancato riconoscimento di un credito".

produrre effetti distorsivi anche sul piano sostanziale, poiché, mentre l'elusore viene riassoggettato al regime impositivo coerente con la sostanza economica dell'operazione, il terzo può rimanere legato a un trattamento fiscale disallineato, potenzialmente più oneroso o non corrispondente alla nuova qualificazione dell'operazione¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Ibidem

CAPITOLO III – LE OPERAZIONI STRAORDINARIE: TRA DISCIPLINA CIVILISTICA E TRATTAMENTO FISCALE

Il presente Capitolo esamina le operazioni straordinarie, analizzandone la disciplina civilistica e le implicazioni fiscali. Dopo aver chiarito la nozione e le principali classificazioni dottrinali, l'attenzione si concentra sul trattamento tributario di ciascuna operazione, con particolare riguardo ai regimi di neutralità e realizzo controllato previsti dal TUIR e da ultimo riformati dal D.lgs. 192/2024.

3.1. Le operazioni straordinarie: i contorni di una nozione

Nel ciclo di vita di un'impresa, l'impiego di strumenti giuridici volti a modificare l'assetto organizzativo e operativo risponde all'esigenza di adattarsi ai mutamenti del mercato, assicurando nel contempo la continuità dell'attività e la conservazione dei presupposti minimi di efficienza e vitalità economica.

In tale prospettiva, le scelte compiute dall'impresa possono essere ricondotte, in linea generale, a due categorie: da un lato, le operazioni di gestione ordinaria, legate al perseguimento delle attività tipiche e ricorrenti dell'organizzazione; dall'altro, quelle di gestione straordinaria, che incidono sulla struttura stessa dell'impresa, riguardando fasi quali la nascita, la trasformazione, l'aggregazione, la riorganizzazione o lo scioglimento¹⁵⁶. È a quest'ultima tipologia di operazioni che si fa tradizionalmente riferimento con l'espressione "operazioni straordinarie", formula di matrice aziendalistica¹⁵⁷ utilizzata per designare quegli atti che, incidendo sulla struttura o sull'esistenza dell'impresa, si pongono al di fuori della gestione ordinaria¹⁵⁸. Tali

¹⁵⁶ M. MANCIN, *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, 2020, p. 1162.

¹⁵⁷ Più nel dettaglio, secondo l'impostazione aziendalistica, la categoria delle operazioni straordinarie si configura come un contenitore ampio ed eterogeneo, all'interno del quale rientrano situazioni diverse per forma giuridica e finalità economica, ma accomunate dalla capacità di incidere in modo significativo sull'assetto societario, determinandone una modifica. Tali operazioni, pur nella loro varietà, possono rappresentare fasi fisiologiche del ciclo di vita dell'impresa e costituiscono strumenti attraverso cui si attuano decisioni strategiche finalizzate alla creazione di valore, obiettivo centrale dell'agire imprenditoriale (Cfr. L. POTITO, *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, 2013, p. 1).

¹⁵⁸ A. NIGRO, *Le operazioni straordinarie nel diritto societario*, in A. NIGRO (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022, p. 20 in cui l'Autore constata che pur in assenza di una definizione

operazioni costituiscono lo strumento attraverso cui l'impresa attua trasformazioni strutturali non realizzabili mediante gli strumenti, i tempi e le modalità della gestione ordinaria, segnando momenti rilevanti nel percorso evolutivo dell'organizzazione senza tuttavia alterarne l'identità complessiva né comprometterne la continuità operativa¹⁵⁹.

Al fine di delimitare con maggiore precisione l'ambito delle operazioni straordinarie, è quindi necessario soffermarsi sulla distinzione concettuale sussistente tra gestione ordinaria e straordinaria: rientrano nella prima categoria le attività ricorrenti, funzionali all'attuazione dell'oggetto sociale, mentre appartengono alla seconda tutte quelle operazioni che, pur nel rispetto della continuità giuridica e funzionale dell'impresa, ne alterano significativamente l'assetto economico, patrimoniale o soggettivo¹⁶⁰.

In mancanza di una definizione normativa espressa di operazioni straordinarie, la nozione è stata descritta come concetto a "geometria variabile", la cui estensione può mutare sensibilmente in base all'approccio dell'interprete, fino a ricomprendere fenomeni difficili da ricondurre a un modello unitario¹⁶¹. Essa ricomprende infatti un insieme articolato di vicende, tra loro eterogenee per struttura e funzione, accomunate unicamente dal fatto di rappresentare momenti di discontinuità nella vita dell'impresa, capaci di modificarne in profondità l'assetto organizzativo, proprietario o operativo¹⁶².

Parte della dottrina¹⁶³ ha individuato quattro categorie di operazioni straordinarie, elaborate in base alla funzione economico-giuridica da esse svolta nel ciclo di vita dell'impresa. La prima include le operazioni costitutive o modificative dell'assetto originario, che incidono su elementi quali la finalità istituzionale, la forma giuridica e la

normativa espressa e univoca, l'espressione "operazioni straordinarie" è frequentemente impiegata dal legislatore in diversi contesti, a conferma della sua rilevanza sistemica. Un esempio significativo si rinviene nell'art. 240, comma 2, lett. c) del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (D.lgs. n. 14/2019), che, nel disciplinare la proposta di concordato fallimentare, fa riferimento alla possibilità di soddisfare i creditori anche "mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie". Analoga terminologia compare nel Codice delle assicurazioni private (D.lgs. n. 209/2005), il cui Capo III è rubricato "Vigilanza sulle operazioni straordinarie delle imprese di assicurazione e di riassicurazione". Tale impiego ricorre, inoltre, in numerosi interventi legislativi di recepimento di direttive europee, nei quali il termine è utilizzato per designare interventi strutturali rilevanti ai fini fiscali, contabili o prudenziali, confermandone un riconoscimento implicito ma consolidato nella prassi normativa.

¹⁵⁹ A. TAMBORRINO, *Le operazioni straordinarie: profili civilistici, giuslavoristici, fiscali, contabili e valutativi*, 2004.

¹⁶⁰ G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, 2012, p. 21.

¹⁶¹ E. DELLA VALLE, V. FICARI, L. MIELE *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018.

¹⁶² G. ZIZZO, voce *Operazioni societarie straordinarie (dir.trib.)* in *Enc.dir Annali*, 2017.

¹⁶³ In particolare, tale distinzione è proposta da U. SOSTERO, *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*, 2020, p. 2.

struttura proprietaria. La seconda categoria comprende gli atti di trasferimento dell'azienda o di sue componenti, determinando una riallocazione del controllo o una riorganizzazione complessiva dell'attività imprenditoriale: vi rientrano operazioni quali la fusione, la scissione, il conferimento e la cessione di partecipazioni o di azienda. La terza riguarda le trasformazioni societarie, intese come modificazioni della veste giuridica del soggetto senza soluzione di continuità nella sua esistenza. La quarta categoria è costituita dalle operazioni di liquidazione, finalizzate alla cessazione dell'attività e alla dismissione dell'attivo patrimoniale.

In una diversa prospettiva, un ulteriore orientamento dottrinale¹⁶⁴ propone una classificazione alternativa delle operazioni straordinarie, articolata in tre categorie distinte in base all'ambito in cui esse producono i loro effetti principali: la prima raccoglie gli interventi che incidono sulla struttura patrimoniale della società¹⁶⁵; la seconda comprende le modifiche che impattano sull'attività economica, come il cambiamento dell'oggetto sociale o lo scioglimento anticipato; la terza riguarda le operazioni che determinano una variazione nello statuto giuridico dell'ente, tra cui il trasferimento della sede all'estero, l'ammissione o l'esclusione dalla quotazione e l'ingresso o uscita da un gruppo societario. Nel diritto tributario, il legislatore qualifica espressamente come operazioni straordinarie quelle disciplinate nei Capi III e IV del Titolo III del TUIR, comprendenti, tra le altre, trasformazioni (anche eterogenee), fusioni, scissioni, conferimenti di compendi aziendali e partecipazioni di controllo o collegamento, nonché operazioni transfrontaliere tra soggetti residenti in Stati membri differenti¹⁶⁶. A queste si possono affiancare, per via interpretativa, anche le compravendite e permutate di compendi aziendali e partecipazioni rilevanti, poiché tipologicamente affini alle operazioni indicate dal legislatore e idonee a determinare significative modifiche dell'assetto patrimoniale o soggettivo dell'impresa¹⁶⁷.

Benché accomunate dalla natura strutturale e dall'impatto sull'organizzazione dell'impresa, tali operazioni si distinguono, sotto il profilo fiscale, in due macro-categorie: da un lato, quelle realizzative, che comportano l'emersione di componenti

¹⁶⁴ A. NIGRO, *Diritto delle operazioni straordinarie*, op. cit., p. 26.

¹⁶⁵ Ad esempio trasformazioni, fusioni e scissioni.

¹⁶⁶ E. DELLA VALLE, *Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, L. MIELE (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018, p.5.

¹⁶⁷ In tal senso si esprimono A. FANTOZZI, F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, 2015, p. 154, nota 1.

redditali imponibili (plusvalenze o minusvalenze); dall'altro, le operazioni fiscalmente neutrali, tradizionalmente definite riorganizzative¹⁶⁸, le quali, incidendo sull'assetto societario senza determinare trasferimenti di beni, non producono effetti sul valore fiscalmente riconosciuto del patrimonio. Il criterio distintivo tra le due categorie è rappresentato dalla sussistenza di una fattispecie traslativa dei beni¹⁶⁹: nel primo caso, il trasferimento comporta l'emersione di componenti redditali imponibili, mentre nel secondo, in assenza di un trasferimento di beni, si mantiene la continuità nei valori fiscalmente riconosciuti, con conseguente neutralità dell'operazione sotto il profilo impositivo.

Tale distinzione trova un utile approfondimento anche sul piano strutturale, nella bipartizione tra operazioni straordinarie aventi ad oggetto beni e operazioni incidenti sulla dimensione soggettiva dell'impresa¹⁷⁰. Le prime sono rappresentate da interventi che agiscono sull'azienda o su rami d'azienda, dando luogo a fenomeni traslativi (e sono generalmente considerate fiscalmente realizzative); le seconde, invece, comportano una modificazione delle strutture societarie o del profilo giuridico dell'ente (e si qualificano, di regola, come operazioni fiscalmente neutrali)¹⁷¹. Questa distinzione, pur non formalizzata in termini normativi, consente di interpretare in chiave sistematica le ricadute fiscali delle operazioni straordinarie nel contesto delle imposte dirette, alla luce dei principi di realizzazione e di neutralità.

3.2. Il conferimento nelle imposte sui redditi: disciplina generale e profili di neutralità fiscale

Tra le operazioni straordinarie che incidono sull'assetto patrimoniale dell'impresa, il conferimento si configura, dal punto di vista tributario, come un'operazione avente ad oggetto beni. Esso comporta il trasferimento di elementi patrimoniali a fronte dell'attribuzione di partecipazioni nella società conferitaria e, in quanto tale, è in via

¹⁶⁸ G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, 1996.

¹⁶⁹ L. PEVERINI, *Operazioni straordinarie, liquidazione e fallimento nelle imposte sui redditi*, in L. SALVINI (a cura di), *Diritto tributario delle attività economiche*, 2022 dove l'Autore precisa anche che "nell'ordinamento tributario tale concetto non si risolve certamente nella sola cessione ma anche in altri atti di disposizione, come dimostrano le norme sul c.d. autoconsumo o sulla destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa".

¹⁷⁰ In merito a tale distinzione si veda R. LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, 1989.

¹⁷¹ A. FANTOZZI, R. LUPI, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, Torino, 1993-1994.

generale assimilato a una cessione a titolo oneroso. L'art. 9, comma 5, del TUIR prevede, infatti, la tassazione della differenza tra il valore normale del bene conferito e il relativo costo fiscalmente riconosciuto, con conseguente tassazione immediata delle plusvalenze o minusvalenze emerse¹⁷².

Accanto a questa disciplina ordinaria, l'ordinamento contempla regimi derogatori ispirati al principio di neutralità fiscale, applicabili a particolari tipologie di conferimenti e subordinati al rispetto di specifici requisiti soggettivi e oggettivi. Tali regimi sono disciplinati, in particolare, dagli artt. 175, 176 e 177 del TUIR.

La disciplina agevolativa varia in funzione della natura dell'oggetto conferito. L'art. 176 del TUIR prevede un regime di neutralità fiscale obbligatoria¹⁷³ per i conferimenti d'azienda, escludendo l'emersione di plusvalenze e minusvalenze. A questo si affianca la facoltà per la conferitaria di procedere al riallineamento dei valori iscritti, mediante il versamento di un'imposta sostitutiva.

Diversamente, gli artt. 175 e 177 TUIR disciplinano ipotesi di conferimento di partecipazioni soggette al cosiddetto regime di realizzo controllato, in cui l'imposizione delle plusvalenze latenti è differita e subordinata al rispetto del principio di continuità dei valori fiscali. In caso di inosservanza, l'operazione ricade nel regime ordinario e comporta l'immediata rilevazione del reddito.

Come chiarito dalla prassi amministrativa¹⁷⁴, il realizzo controllato non costituisce un regime strutturalmente neutro, bensì una deroga al principio generale di cui all'art. 9 TUIR. Si tratta, in sostanza, di una modalità agevolata di determinazione del reddito del conferente, applicabile soltanto se ricorrono i presupposti normativi e in presenza di un corretto trattamento contabile. Infatti, a differenza del regime di neutralità ex art. 176 TUIR, il realizzo controllato non opera automaticamente, ma richiede che venga rispettata

¹⁷² Sul tema si veda anche R. ESPOSITO, *I conferimenti in natura. Contributo allo studio degli atti di riorganizzazione nel diritto tributario*, 2004; G. CORASANITI, *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti in società*, 2008.

¹⁷³ Cfr. Agenzia delle entrate circolare 25 del 2008. Nella versione vigente fino al 31 dicembre 2007, l'art. 176, comma 2, del TUIR consentiva ai soggetti interessati, al momento del conferimento, di optare per il regime impositivo ordinario previsto dal TUIR, rinunciando così all'applicazione del regime di neutralità fiscale. In altre parole, fino al 2007, il conferente poteva scegliere – pur in presenza dei presupposti di individuati dalla legge – di non applicare il regime naturale di cui all'art. 176 e di assoggettare l'operazione alle regole di determinazione ordinaria del reddito ai sensi dell'art. 9 TUIR. Tale opzione è stata soppressa con la legge 24 dicembre 2007, n. 244. (Cfr. anche A. DODERO, G. FERRANTI, B. IZZO, L. MIELE, *Imposta sul reddito delle società*, IPSOA, 2008, p. 1210).

¹⁷⁴ Agenzia delle entrate, principio di diritto n. 10 del 28 luglio 2020.

la continuità dei valori fiscali; in mancanza, trova applicazione il regime ordinario con emersione delle relative plusvalenze.

La ratio di questi regimi si fonda sulla considerazione che il conferimento, pur costituendo formalmente una cessione, non comporta un incremento immediato della capacità contributiva. Il conferente, in cambio dei beni apportati, riceve partecipazioni nella conferitaria, le quali rappresentano una diversa modalità di detenzione del medesimo valore, senza dar luogo a una monetizzazione immediata¹⁷⁵.

In tale prospettiva, i regimi agevolativi previsti si configurano come uno strumento volto a bilanciare le esigenze dell'erario con la necessità di non ostacolare le operazioni di riorganizzazione aziendale, riconoscendo la specificità economica e funzionale dei conferimenti rispetto a una cessione ordinaria.

3.2.1. (segue) Il conferimento di partecipazioni: fattispecie impositive e regime di realizzo controllato

Il conferimento di partecipazioni societarie consiste nell'apporto, da parte di un soggetto (conferente), di un pacchetto di titoli rappresentativi del capitale di una terza società in favore di un'altra società (conferitaria), che può essere preesistente o di nuova costituzione¹⁷⁶. In cambio delle partecipazioni conferite, il conferente riceve azioni o quote emesse dalla società conferitaria, la quale, a seconda dei casi, procede all'aumento del capitale sociale ovvero perfeziona il proprio processo costitutivo.

Sotto il profilo fiscale tale operazione comporta, in linea generale, l'applicazione delle regole ordinarie in materia di cessione a titolo oneroso, con la conseguente emersione, in capo al conferente, di una plusvalenza determinata dalla differenza tra il valore di realizzo e il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni apportate, salvo che ricorrano i presupposti per l'esenzione prevista dall'art. 87 TUIR.

Quando il conferimento ha per oggetto una partecipazione di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c.¹⁷⁷, trova applicazione il regime di realizzo controllato di cui

¹⁷⁵ F. DAMI, in *Giurisprudenza delle imposte*, vol. XCV, 2022, fasc. 2, p. 4.

¹⁷⁶ F. PAPARELLA, *Conferimenti (dir. trib.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2010.

¹⁷⁷ L'art. 2359 c.c. disciplina le ipotesi di controllo e collegamento tra società, escludendo dal proprio ambito applicativo il controllo esercitato da persone fisiche. In particolare, la norma individua diverse forme di controllo: il controllo interno di diritto, che ricorre quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria; il controllo interno di fatto, basato sulla possibilità di esercitare un'influenza dominante pur in assenza della maggioranza dei voti, ad esempio per effetto dell'assenteismo assembleare o di accordi parasociali; infine, il controllo esterno di fatto, che prescinde dalla partecipazione

all'art. 175 del TUIR, che consente di modulare l'emersione del reddito imponibile in base alla continuità dei valori tra conferente e conferitaria. In tal caso, il valore di realizzo è determinato assumendo il maggiore tra il valore iscritto dal conferente per le partecipazioni ricevute e quello attribuito dal conferitario a quelle conferite¹⁷⁸. Se entrambi i soggetti operano in continuità con i valori fiscalmente riconosciuti, l'operazione è fiscalmente neutrale; in caso contrario, il disallineamento comporta l'emersione di un imponibile, positivo o negativo, da assoggettare a tassazione secondo gli artt. 86 e 87 TUIR, in deroga alla regola generale¹⁷⁹. Il regime delineato trova giustificazione nella natura peculiare del bene oggetto dell'operazione e nelle caratteristiche specifiche dei soggetti coinvolti.

Sotto il profilo soggettivo, la disciplina descritta è applicabile solo quando entrambe le parti dell'operazione — conferente e conferitaria — sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato¹⁸⁰ e operano nell'ambito di un'attività d'impresa commerciale. In tale contesto, il conferente può assumere la forma di impresa individuale, società di persone o società di capitali, mentre il conferitario, tenuto ad attribuire partecipazioni in cambio del conferimento, deve necessariamente essere una società di persone o di capitali¹⁸¹.

Quanto al profilo oggettivo, l'Amministrazione finanziaria ha precisato¹⁸² che il controllo rilevante ai fini dell'applicazione del regime di cui all'art. 175 del TUIR è esclusivamente quello di tipo assembleare. Restano quindi escluse dal perimetro applicativo le forme di controllo di natura contrattuale, così come le partecipazioni prive del diritto di voto nell'assemblea ordinaria della partecipata. Inoltre, non assumono rilievo i meri diritti di usufrutto, poiché ai fini della qualifica di partecipazione di controllo o collegamento è

azionaria e si fonda su vincoli contrattuali che condizionano l'attività della società controllata. A differenza del controllo, che si fonda sull'esercizio di un'influenza dominante, il collegamento presuppone un'influenza significativa ma meno stabile, che può esercitarsi in modo occasionale o discontinua.

¹⁷⁸ Cfr. comma 1, art. 175 TUIR.

¹⁷⁹ Cfr. Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 60/E del 2008.

¹⁸⁰ Di conseguenza, per l'applicabilità del regime a nulla rileva la residenza della società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento.

¹⁸¹ Il regime del realizzo controllato si applica, inoltre, anche nei confronti dei soggetti che adottano la contabilità semplificata, in virtù del generico richiamo della norma alle "scritture contabili", espressione da intendersi come qualsiasi documento idoneo a rappresentare la situazione patrimoniale ed economica dell'impresa e a rendere identificabile il valore fiscale attribuito alle partecipazioni conferite. In tal senso, si veda Agenzia delle Entrate, circolare n. 57 del 25 settembre 2008.

¹⁸² Agenzia delle Entrate, circolare n. 320/E del 19 dicembre 1997.

necessario che coesistano il possesso della partecipazione e la titolarità del diritto di voto¹⁸³.

In continuità con la logica di deroga al regime impositivo ordinario, l'art. 177, comma 2, del TUIR¹⁸⁴ disciplina un'ulteriore ipotesi di realizzo controllato, riguardante i conferimenti di partecipazioni che, per effetto dell'operazione, consentano alla società conferitaria di acquisire il controllo di un'altra società ai sensi dell'art. 2359, comma 1, numero 1¹⁸⁵ c.c., ovvero di rafforzare una posizione di controllo già esistente.

In tali circostanze, secondo quanto stabilito dalla norma citata, il valore di realizzo da contrapporre al costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni conferite è determinato in misura pari alla quota delle voci del patrimonio netto che si forma in capo alla società conferitaria in conseguenza del conferimento. Ne deriva che, qualora il conferitario iscriva le partecipazioni ricevute a un valore contabile corrispondente al loro costo fiscalmente riconosciuto, non si determina alcun imponibile in capo al conferente, realizzandosi così la cosiddetta neutralità indotta¹⁸⁶.

Con riguardo all'ambito oggettivo di applicazione, il regime di realizzo controllato previsto dal comma 2 dell'art. 177 TUIR si riferisce ai conferimenti di partecipazioni (azioni o quote) mediante i quali la società conferitaria acquisisce una partecipazione di controllo nella società le cui partecipazioni sono oggetto di apporto.

In base all'interpretazione costante dell'Agenzia delle Entrate¹⁸⁷, il requisito del controllo può ritenersi soddisfatto anche nel caso in cui le partecipazioni provengano da più soci della società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento, purché quest'ultimo avvenga in un'unica operazione strutturata in modo unitario e tale da consentire alla

¹⁷⁹ Per una diversa interpretazione si veda Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 29-2021/T, par. 5.3., il quale rimanda alle ragioni contenute in Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 290 del 2020.

¹⁸⁴ Anche l'art. 177, comma 2, TUIR è stato oggetto di intervento riformatore da parte del legislatore che lo ha modificato attraverso l'art. 17, comma 1, lett. c), n. 2, del D.lgs. 192/2024. Tra le principali novità introdotte, si segnala l'esplicito inserimento nella norma della disciplina relativa ai conferimenti di partecipazioni con valore minusvalente, la modifica dell'ambito oggettivo con l'estensione del regime di realizzo controllato anche ai conferimenti che determinano un incremento del controllo di diritto da parte della conferitaria, indipendentemente dalle motivazioni sottostanti allo scambio, e l'ampliamento dell'ambito soggettivo, che consente ora l'applicazione del regime anche nei casi in cui la società partecipata (cd. "scambiata") sia un soggetto fiscalmente non residente, rientrando tra quelli di cui all'art. 73, comma 1, lett. d), del TUIR.

¹⁸⁵ Si tratta del controllo di diritto, cioè quello acquisito tramite la detenzione, da parte del soggetto controllante, della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società controllata.

¹⁸⁶ A. COTTO, C. SGATTONI, *Principi generali e conferimenti di partecipazioni di controllo*, in *Riforma fiscale – Operazioni straordinarie*, Eutekne, 2025.

¹⁸⁷ Cfr. Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 314 del 7 settembre 2020.

conferitaria l'acquisizione del controllo. Il regime si applica, inoltre, anche quando la società conferitaria detenga già una partecipazione di controllo e, a seguito del conferimento, incrementi la propria incidenza partecipativa, a prescindere dalle ragioni sottostanti al trasferimento delle ulteriori partecipazioni¹⁸⁸.

Più nel dettaglio, sono tre le ipotesi in cui trova applicazione il regime di realizzo controllato, tutte accomunate dal fatto che l'operazione determina, nel suo complesso, un effetto di acquisizione o rafforzamento del controllo sulla società partecipata. La prima riguarda i conferimenti che attribuiscono direttamente alla conferitaria la maggioranza assoluta dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria (acquisizione del controllo). La seconda si configura quando la partecipazione conferita, pur non sufficiente da sola a integrare il controllo, si cumula con una quota già detenuta dalla conferitaria, consentendole di superare la soglia rilevante (integrazione del controllo). La terza si riferisce ai casi in cui, a fronte di una partecipazione di controllo già posseduta, l'operazione determini un incremento della relativa partecipazione di controllo (incremento del controllo).

Con riferimento all'ambito soggettivo, anch'esso modificato dal D.lgs. 192/2024¹⁸⁹, il comma 2 dell'art. 177 TUIR stabilisce che il regime di realizzo controllato si applica ai conferimenti di partecipazioni mediante i quali la società conferitaria acquisisce ovvero incrementa il controllo di "una società di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e d)".

Di conseguenza, possono accedere al regime in esame i conferimenti aventi ad oggetto partecipazioni in: i) società per azioni e in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative e di mutua assicurazione fiscalmente residenti in Italia; ii) società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato e a condizione che siano assoggettati, nel loro stato di

¹⁸⁸ L'estensione oggettiva del regime, che consente l'applicazione dell'art. 177, comma 2, TUIR anche ai conferimenti che determinano un mero incremento del controllo già detenuto, è frutto della modifica introdotta con il D.lgs. 192/2024. Come evidenziato nella Relazione illustrativa al decreto, tale intervento si pone in linea di continuità con l'analoga revisione dell'art. 178, comma 1, lett. e), TUIR in materia di scambi di partecipazioni intracomunitari, e risponde all'esigenza di armonizzare la disciplina interna con il diritto dell'Unione europea. In tale contesto, la normativa comunitaria favorisce operazioni di scambio anche qualora esse comportino un rafforzamento del controllo, senza subordinare l'agevolazione alla finalità economica o strategica sottostante all'operazione.

¹⁸⁹ Più nel dettaglio, tale norma ha esteso l'ambito soggettivo del regime in esame anche alle società non residenti nel territorio dello stato al fine di, come si evince anche dalla Relazione illustrativa al decreto che ha introdotto la norma, "*superare i profili di incompatibilità con le libertà fondamentali del diritto comunitario (libertà di stabilimento per la disposizione contenuta nel comma 2 e libertà di circolazione dei capitali per quella contenuta nel comma 2-bis) generati dalla limitazione dell'ambito di applicazione di tali disposizioni ai soli conferimenti aventi a oggetto partecipazioni in società residenti*".

residenza, a un'imposta sul reddito societario ritenuta equivalente a quella a cui sono sottoposte le società residenti¹⁹⁰.

Sono pertanto esclusi dall'ambito applicativo del regime i conferimenti aventi ad oggetto partecipazioni in società di persone fiscalmente residenti in Italia, così come quelli relativi a società estere prive, secondo le regole societarie dello Stato di appartenenza, di un'assemblea ordinaria, in quanto inidonee, per struttura, a integrare una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c.¹⁹¹.

Quanto alla natura del soggetto conferente, il regime di realizzo controllato è accessibile a qualsiasi soggetto, residente o non residente, indipendentemente dall'esercizio di un'attività d'impresa. Con riferimento, invece, alla società conferitaria, nel silenzio della legge la prassi amministrativa¹⁹² ha chiarito che essa deve essere una società di capitali fiscalmente residente in Italia, rientrando tra quelle individuate dall'art. 73, comma 1, lett. a), del TUIR.

Accanto all'ipotesi ordinaria di acquisizione o incremento del controllo, il comma 2-bis dell'art. 177 TUIR estende l'applicazione del regime di realizzo controllato anche ai conferimenti di partecipazioni qualificate che, pur non comportando per la conferitaria l'acquisizione di una posizione di controllo, soddisfano specifici requisiti. In tali casi, l'accesso al regime è subordinato alla concomitante presenza di due condizioni: una soggettiva, riferita alla struttura proprietaria della conferitaria; l'altra oggettiva, relativa alla qualificazione delle partecipazioni conferite.

Con riferimento alla prima condizione, se il conferente è un soggetto diverso da una persona fisica, è richiesto che la conferitaria sia interamente partecipata dal conferente stesso. Qualora, invece, il conferente sia una persona fisica — indipendentemente dal fatto che la partecipazione sia detenuta nell'ambito dell'attività d'impresa o meno — la società conferitaria deve risultare integralmente partecipata dallo stesso conferente,

¹⁹⁰ In tal senso, L. MIELE, *Esteso ai conferimenti di partecipazioni in società non residenti il realizzo controllato*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 12 dicembre 2024.

¹⁹¹ Tale interpretazione è confermata anche dalla Relazione illustrativa al D.lgs 192/2024 secondo cui, ai fini di una corretta applicazione del comma 2 dell'art. 177 TUIR, è necessario che “*la società non residente le cui partecipazioni sono conferite, secondo le regole societarie estere, sia dotata di assemblea ordinaria*”.

¹⁹² Cfr. Agenzia delle entrate, risoluzione 4 aprile 2017, n. 43 dove l'Amministrazione finanziaria ha escluso dal perimetro applicativo dell'art. 177, comma 2, TUIR i conferimenti effettuati a favore di società conferitarie fiscalmente non residenti in Italia, evidenziando che tale esclusione risponde a esigenze di cautela fiscale. In particolare, si è osservato che, nei casi in cui sia coinvolta una società conferitaria estera, il conferimento può comportare la perdita, da parte dell'ordinamento italiano, del potere impositivo sulle plusvalenze latenti riferite alle partecipazioni oggetto di apporto.

oppure dallo stesso e dai suoi familiari come il coniuge, i parenti entro il terzo grado o gli affini entro il secondo¹⁹³ (art. 5, comma 5, TUIR).

Quanto alla condizione oggettiva, il comma 2-bis richiede che le partecipazioni conferite siano, già al momento del conferimento, qualificabili come partecipazioni rilevanti ai sensi delle soglie individuate dalla norma: esse devono infatti rappresentare una percentuale dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria superiore al 2 o al 20 per cento, ovvero una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 5 o al 25 per cento, a seconda che si tratti di partecipazioni rappresentate da titoli negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni. Il superamento di tali soglie deve essere verificato autonomamente in relazione alla singola partecipazione oggetto di conferimento, che deve dunque risultare qualificata già in origine¹⁹⁴.

Anche nel caso in cui la società conferitaria risulti partecipata da una pluralità di familiari del conferente, ciascuna partecipazione conferita deve individualmente soddisfare i requisiti di qualificazione richiesti dalla norma. Ne consegue che non è ammessa l'applicazione del regime di realizzo controllato qualora le soglie rilevanti vengano superate soltanto considerando congiuntamente le partecipazioni apportate da più familiari, senza che ciascun conferimento, considerato isolatamente, presenti una rilevanza qualificata¹⁹⁵. A tal proposito, è stato più volte auspicato un intervento normativo che consenta l'accesso al regime anche nei casi in cui la conferitaria sia partecipata da più familiari e le soglie di qualificazione siano raggiunte complessivamente, favorendo così le operazioni di riorganizzazione familiare, in particolare in chiave di passaggio generazionale¹⁹⁶.

¹⁹³ Tale estensione dell'ambito applicativo, comprensiva anche dei familiari del conferente, è stata introdotta dal D.lgs. 194/2024. In particolare, la modifica si è resa necessaria al fine di attenuare l'eccessiva rigidità della formulazione originaria del comma 2-bis, che rischiava di compromettere l'accesso al regime agevolato nelle operazioni di conferimento effettuate nell'ambito di processi di riorganizzazione familiare e di ricambio generazionale. L'estensione soggettiva mira infatti a preservare la neutralità fiscale anche nei casi in cui la conferitaria, inizialmente unipersonale, venga successivamente destinata a essere oggetto di donazione a favore dei familiari del conferente. In tal modo, il legislatore ha inteso valorizzare le finalità economiche e successorie dell'operazione, assicurando continuità al beneficio fiscale pur in presenza di una pluralità familiare nella titolarità della conferitaria. Cfr. Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 5 del 4 gennaio 2023.

¹⁹⁴ A. COTTO, C. SGATTONI, *I conferimenti di partecipazioni qualificate e società di holding*, in *Riforma fiscale – Operazioni straordinarie*, Eutekne, 2025, p. 7.

¹⁹⁵ S. MARCHESE, L. MIELE, *Possibili interventi chiarificatori sulla disciplina dei conferimenti di partecipazioni*, in *Corr. Trib.*, 2025, p. 408.

¹⁹⁶ In tal senso si vedano, fra gli altri, Fondazione del CNDCEC, *Documento di Ricerca – Conferimenti di partecipazioni “a realizzo controllato” dopo la riforma fiscale*, 31 marzo 2025; P. ANGELUCCI, A.

Inoltre, con riguardo ai conferimenti aventi ad oggetto partecipazioni qualificate detenute in società holding — ossia in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni — il D.lgs. 192/2024 ha introdotto, all'art. 177 TUIR, un nuovo comma 2-ter. Tale disposizione individua i presupposti e le condizioni in presenza delle quali anche a tali conferimenti può estendersi il regime del realizzo controllato.

Anzitutto viene stabilito, per ovviare ad incertezze interpretative sul tema¹⁹⁷, che la qualifica di holding debba essere accertata sulla base dei criteri individuati dall'art. 162-bis, comma 1, lett. b) e c), n. 1) del TUIR, rispettivamente per le holding di partecipazioni finanziarie e non finanziarie. In base a tali parametri, una società assume la qualifica di holding quando, in riferimento all'ultimo bilancio chiuso e approvato, il valore contabile delle partecipazioni detenute, unitamente a quello degli altri elementi riferibili ai soggetti partecipati, risulta superiore al 50% del totale dell'attivo¹⁹⁸. Inoltre, la norma chiarisce che, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, non possono in ogni caso essere qualificate come holding le società quotate nei mercati regolamentati, anche qualora risultino integrati i requisiti previsti dall'art. 162-bis del TUIR.

GALLIZIOLI, S. FORCINA, *Conferimenti di partecipazioni societarie secondo il regime del “realizzo controllato”*, in *il fisco*, 2024, n. 24.

¹⁹⁷ In passato, infatti, la prassi amministrativa aveva ritenuto che, ai fini dell'individuazione delle holding di partecipazioni rilevanti per l'applicazione dell'art. 177 TUIR, si dovesse fare riferimento al criterio utilizzato in materia di participation exemption. In particolare, il requisito era verificato sulla base della prevalenza del valore corrente delle partecipazioni rispetto al totale dell'attivo. (Cfr. Agenzia delle Entrate, circolare n. 36/E del 2004).

¹⁹⁸ Sul piano applicativo, è sorta una questione interpretativa circa il momento cui riferirsi per accertare la qualifica di holding: ci si è chiesti, infatti, se debba farsi riferimento ai dati risultanti dall'ultimo bilancio chiuso (anche se approvato successivamente) oppure se sia necessario predisporre un bilancio infrannuale aggiornato alla data del conferimento.

Da un lato, vi è chi sostiene la necessità di fare riferimento a un bilancio infrannuale, argomentando che i dati del bilancio dell'esercizio precedente potrebbero non riflettere la reale natura della società al momento dell'operazione. In tal senso, si evidenzia il rischio che il regime venga applicato anche qualora la società abbia perso la qualifica di holding dopo la chiusura del bilancio, oppure, al contrario, che venga escluso proprio nel momento in cui la società abbia acquisito tale qualifica successivamente alla chiusura dell'esercizio ma prima del conferimento. (Cfr. Assonime, circolare n. 10/2025, p. 43)

Dall'altro lato, la Relazione illustrativa al decreto ritiene sufficiente fare riferimento all'ultimo bilancio chiuso, anche se approvato dopo l'operazione, specificando che è tale il bilancio da considerare per stabilire la disciplina applicabile. Questa impostazione si giustifica in ragione dell'esigenza di ancorare l'analisi fiscale a un momento certo e oggettivamente verificabile, coerente con la necessità di definire con certezza il regime impositivo applicabile già al momento del conferimento. Proprio per tale motivo, la qualifica di holding acquisita in base all'ultimo bilancio dovrebbe proiettarsi anche oltre l'esercizio di riferimento, evitando che l'accesso al regime dipenda da eventi successivi, spesso indipendenti dalla volontà sia del conferente sia della conferitaria.

In relazione alla verifica del superamento delle soglie di qualificazione, vale a dire quelle previste dal comma 2-bis, l'accertamento previsto per le partecipazioni detenute in una società holding deve riguardare esclusivamente le partecipazioni di primo livello, ossia quelle detenute direttamente dalla holding stessa. Tuttavia, qualora tali società partecipate si qualificano anch'esse come holding (sub-holding), sarà necessario estendere la verifica anche alle partecipazioni di primo livello detenute da queste ultime, tenendo conto dell'effetto demoltiplicativo¹⁹⁹ che può derivare dalla struttura della catena societaria²⁰⁰. In tali ipotesi, inoltre, ai fini dell'accesso al regime di realizzo controllato, è sufficiente che le soglie di partecipazione prescritte dalla norma siano rispettate dalle partecipazioni il cui valore contabile complessivo superi la metà del valore totale delle partecipazioni considerate rilevanti nella verifica.

Circa la determinazione di tale valore contabile, è necessario che esso sia individuato con riferimento alla data di effettuazione del conferimento. A tal fine, si richiede, in via generale, la predisposizione di un bilancio infrannuale aggiornato a tale data oppure, in alternativa, un'adeguata documentazione che dimostri l'invarianza del valore contabile delle partecipazioni rispetto a quanto risultante dall'ultimo bilancio chiuso prima dell'operazione.

Si segnala altresì che, in assenza di una disciplina normativa specifica circa l'omogeneità dei criteri valutativi da adottare per determinare il carattere "qualificato" delle partecipazioni, la dottrina²⁰¹ ha correttamente evidenziato come il valore contabile da considerare ai fini del superamento delle soglie possa risultare dalla combinazione di diversi criteri. In particolare, il bilancio della holding o delle eventuali subholding potrà

¹⁹⁹ Secondo una prima tesi, il valore contabile demoltiplicato corrisponde alla quota parte del patrimonio netto contabile delle società partecipate, determinata applicando la percentuale di demoltiplicazione risultante dalla catena partecipativa. In tal modo, il calcolo risulta neutro rispetto al criterio di valutazione adottato nel bilancio della partecipante. (Cfr. S. MARCHESE, L. MIELE, *Possibili interventi chiarificatori sulla disciplina dei conferimenti di partecipazioni*, op. cit.) Secondo un'altra tesi, a cui ha aderito anche Assonime con la circolare N.10 del 2025, "in termini generali, per quanto attiene alle partecipazioni possedute indirettamente dalla holding, sembrerebbe più corretto assegnare un peso da calcolarsi in rapporto alla percentuale del patrimonio netto contabile della partecipata piuttosto che in funzione del valore contabile della partecipazione. Ciò in quanto il valore contabile della partecipazione già riflette una quota del patrimonio della società partecipata, sicché il ragguaglio di tale valore sulla base della medesima percentuale partecipativa - in sede di applicazione del demoltiplicatore - si risolve in una duplicazione che rende il dato poco significativo".

²⁰⁰ In proposito, la Relazione illustrativa ha chiarito che in tali ipotesi trova applicazione un approccio *look-through*, in base al quale rilevano esclusivamente le partecipazioni detenute dalle sub-holding, mentre resta escluso il valore contabile della partecipazione detenuta nel loro capitale.

²⁰¹ A. GARCEA, *Al via le modifiche alla disciplina dei conferimenti di azienda e di partecipazioni*, in *il fisco*, 2025.

riflettere, a seconda dei casi, l'adozione del metodo del costo, del patrimonio netto o del fair value, in funzione dei principi contabili seguiti da ciascun soggetto nella redazione del proprio bilancio di esercizio. Tale pluralità di criteri risulta del tutto coerente con la possibilità, introdotta dal D.lgs. 192/2024, che la holding conferita — così come le subholding da essa controllate — sia una società non residente, nel qual caso il valore contabile delle partecipazioni oggetto di verifica sarà determinato secondo i principi contabili vigenti nello Stato estero di riferimento, anche se difforni da quelli adottati in Italia (OIC o IAS/IFRS)²⁰².

Al fine di garantire il coordinamento tra il regime dei conferimenti e quello previsto in materia di participation exemption, nonché di prevenire comportamenti elusivi, il legislatore ha altresì previsto una specifica clausola antiabuso. Tale disposizione si applica sia ai conferimenti di partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 175, comma 2, del TUIR, sia a quelli di partecipazioni, per effetto del rinvio operato dal comma 3 dell'art. 177 TUIR. L'obiettivo perseguito dalla norma è quello di impedire che il conferimento venga utilizzato come strumento per convertire una partecipazione che non soddisfa i requisiti per beneficiare del regime di esenzione di cui all'art. 87 TUIR in una partecipazione che, almeno formalmente, li possiede.

In particolare, la norma stabilisce che, nei casi in cui le partecipazioni conferite non abbiano i requisiti per accedere alla participation exemption, mentre quelle ricevute in cambio li integrano, non si applica il regime di realizzo controllato. In tali ipotesi, torna quindi applicabile il criterio ordinario del realizzo al valore normale, previsto dall'art. 9 del TUIR, con conseguente tassazione immediata dell'eventuale plusvalenza. La ratio della disposizione è quella di salvaguardare la coerenza del sistema impositivo, evitando che operazioni di riorganizzazione apparentemente neutre possano in realtà determinare un'ingiustificata trasformazione del trattamento fiscale delle partecipazioni²⁰³.

3.2.1.1. (segue) La deducibilità dei conferimenti minusvalenti: le modifiche del D.lgs 192/2024

Il D.lgs. n. 192 del 2024 ha introdotto per la prima volta una disciplina espressa in materia di conferimenti minusvalenti, intervenendo sull'articolo 175 del TUIR, con l'aggiunta del

²⁰² Ibidem

²⁰³ E. ZANETTI, *Disapplicazione antielusiva ampia per conferimenti e scambi di partecipazioni*, Eutekne, 2019.

nuovo comma 1-bis, e modificando il comma 2 dell'articolo 177. Rientrano in questa categoria i conferimenti di partecipazioni in cui il valore di realizzo attribuito alla partecipazione da parte della conferitaria²⁰⁴ risulta inferiore al costo fiscalmente riconosciuto in capo al soggetto conferente.

L'esigenza di un intervento normativo si è manifestata a seguito delle incertezze interpretative emerse nella prassi amministrativa²⁰⁵, che aveva affrontato il tema in diverse occasioni. Secondo l'orientamento originariamente espresso dall'Agenzia delle Entrate²⁰⁶, nei casi in cui il valore normale della partecipazione conferita fosse superiore al costo fiscale, ma il valore di realizzo risultasse più basso, si sarebbe potuta realizzare una plusvalenza imponibile ai sensi dell'articolo 9 del TUIR, calcolata come differenza tra il valore normale e il costo fiscalmente riconosciuto.

Tale impostazione aveva sollevato perplessità, in quanto finiva per attribuire rilevanza fiscale a valori non effettivi, slegati da un concreto incremento patrimoniale. A chiarire la questione è intervenuta la risoluzione n. 56/E del 16 ottobre 2023, con cui l'Agenzia delle entrate ha riconosciuto che, nei casi di conferimenti minusvalenti, non trova applicazione il meccanismo dell'art. 9 TUIR, escludendo così il realizzo di plusvalenze in assenza di una corrispondente contropartita economica. Allo stesso tempo, nella stessa risoluzione l'Amministrazione finanziaria ha precisato che la differenza tra il costo fiscale e il valore di realizzo della partecipazione non rappresenta, di per sé, una minusvalenza deducibile.

Prima di procedere all'analisi delle fattispecie introdotte, è opportuno chiarire il significato dei concetti di “valore di realizzo” e “valore normale”, che assumono un ruolo centrale nel funzionamento del nuovo impianto normativo.

Per quanto riguarda il valore di realizzo, esso è definito in modo diverso a seconda della disciplina applicabile. Nelle ipotesi regolate dall'art. 175, comma 1, TUIR – relative al conferimento di partecipazioni di controllo o di collegamento – il valore di realizzo

²⁰⁴ Vale a dire il valore di iscrizione delle partecipazioni nelle scritture contabili del conferente o del conferitario, da assumere come valore ai fini della determinazione del reddito del conferente in deroga al criterio del valore normale previsto dall'art. 9 TUIR, nell'ambito dei regimi di realizzo controllato.

²⁰⁵ Si consideri che nella Relazione illustrativa al decreto che ha introdotto la norma viene chiarito che *“la disposizione è finalizzata, esclusivamente, a sistematizzare la materia, in via definitiva, per precisare che il regime di realizzo controllato sussiste anche per i cc.dd. conferimenti minusvalenti e che, peraltro, gli stessi consentono la deducibilità della minusvalenza fino a concorrenza di quella “effettiva”.*

²⁰⁶ Tra le altre, si vedano Agenzia delle Entrate, principio di diritto n. 10 del 28 luglio 2020; risposta a interpello n. 135 del 20 maggio 2020; risoluzione n. 38/E del 20 aprile 2012; circolare n. 33/E del 17 giugno 2010.

corrisponde al maggiore tra: il valore attribuito alle partecipazioni ricevute nelle scritture contabili del conferente e quello attribuito alla partecipazione conferita nelle scritture contabili della conferitaria. Ne consegue che il conferimento assume rilevanza come “minusvalente” quando entrambi i valori contabili risultano inferiori al costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione in capo al conferente.

Diversamente, nelle operazioni soggette all’art. 177, comma 2, TUIR – ovvero negli scambi di partecipazioni mediante conferimento – il valore di realizzo è pari alla quota dell’incremento del patrimonio netto della conferitaria imputabile all’operazione. In tal caso, esso coincide quindi con il valore contabile d’iscrizione della partecipazione nelle scritture della società conferitaria.

Quanto al valore normale, esso deve essere determinato secondo i criteri indicati nell’art. 9, comma 4, del TUIR. In sintesi, per i titoli quotati si assume la media dei prezzi di borsa nell’ultimo mese, mentre per le partecipazioni non negoziate si fa riferimento, in via generale, al valore proporzionale del patrimonio netto della società partecipata o, in caso di nuova costituzione, all’ammontare complessivo dei conferimenti.

Quando sia il valore di realizzo sia il valore normale risultano inferiori al costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita, ci si trova di fronte a un conferimento effettivamente minusvalente²⁰⁷. In tale ipotesi, il legislatore ammette espressamente la deducibilità della minusvalenza, secondo le regole fissate dal nuovo comma 1-bis dell’articolo 175 e dal comma 2 dell’articolo 177 del TUIR.

La disciplina distingue due diverse fattispecie, a seconda del rapporto sussistente tra valore normale e valore di realizzo. Se il valore normale è inferiore al valore di realizzo, la minusvalenza deducibile corrisponderà “alla differenza tra il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni conferite e il valore di realizzo”. Se, al contrario, il valore normale è superiore al valore di realizzo (fermi restando entrambi inferiori al costo fiscale), la deducibilità sarà ammessa “per un ammontare pari alla differenza tra il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni conferite e il valore normale”.

²⁰⁷ Al contrario, se il valore di realizzo è inferiore al costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita, ma quest’ultimo è a sua volta inferiore al valore normale della partecipazione, il conferimento è “effettivamente” plusvalente. In tal caso, la differenza tra il costo fiscale e il valore di realizzo non è deducibile, poiché non rappresenta una minusvalenza effettiva.

In entrambe le ipotesi, tuttavia, resta ferma l'applicazione del regime di participation exemption di cui all'articolo 87 del TUIR: qualora ne ricorrano i presupposti, la minusvalenza, pur effettiva, risulterà comunque indeducibile.

Tuttavia, la novella normativa non chiarisce quale debba essere il valore fiscale attribuito, rispettivamente, alla partecipazione conferita in capo alla conferitaria e a quella ricevuta in capo al conferente. Parte della dottrina²⁰⁸ ha evidenziato che tale omissione può generare effetti distorsivi, quali salti di imposta o fenomeni di doppia imposizione, e ha proposto soluzioni sistematicamente coerenti per assicurare la continuità dei valori fiscali. In particolare, si è ritenuto che, nei casi in cui il valore normale sia pari o superiore al costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione, quest'ultimo debba essere mantenuto sia in capo al conferente (per la partecipazione ricevuta) sia in capo alla conferitaria (per quella conferita)²⁰⁹. Diversamente, qualora il valore normale sia inferiore al costo fiscale ma non inferiore al valore contabile di iscrizione, il valore fiscale andrebbe allineato al valore normale, che rappresenta il limite massimo della minusvalenza effettivamente deducibile.

3.2.2. (segue) Il conferimento d'azienda e il suo trattamento fiscale

Tra le ipotesi che derogano alla disciplina ordinaria del conferimento prevista dall'art. 9, comma 5, TUIR, rientra anche il conferimento di azienda, regolato dall'art. 176²¹⁰. Tale disposizione, ispirata al principio di neutralità fiscale, prevede il non realizzo delle plusvalenze o minusvalenze in presenza di determinati requisiti, garantendo la continuità dei valori tra conferente e conferitaria e riflettendo la logica del c.d. realizzo controllato. L'analisi di tale regime richiede, in via preliminare, un inquadramento civilistico della nozione di azienda, in assenza di una definizione fiscale autonoma.

²⁰⁸ S. MARCHESE, L. MIELE, *Conferimento di partecipazioni e attuazione della delega fiscale*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, 4 maggio 2024.

²⁰⁹ Secondo una diversa impostazione prospettata da Assonime (circolare n. 10 del 29 aprile 2025), nelle ipotesi di conferimenti minusvalenti operati in regime di realizzo controllato, il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione in capo alla conferitaria dovrebbe corrispondere al valore contabile di iscrizione. Ciò in quanto, non realizzandosi in capo a quest'ultima alcun presupposto impositivo, resterebbe applicabile il principio generale di derivazione contabile.

²¹⁰ Ai fini di completezza, si segnala che il trasferimento dell'azienda può avvenire anche mediante cessione onerosa, fattispecie disciplinata dall'art. 86 del TUIR, in base al quale il corrispettivo percepito dal cedente genera una plusvalenza tassabile, salvo la possibilità, in presenza di determinati requisiti (possesso triennale), di rateizzarne l'imposizione in quote costanti. Si ricorda, inoltre, che l'art. 58, comma 1, TUIR esclude il realizzo di plusvalenze nei casi di trasferimento per causa di morte o per atto gratuito. Tali ipotesi, pur rilevanti sul piano fiscale, non saranno oggetto di specifica trattazione nel presente lavoro.

Ai sensi dell'art. 2555 c.c. "l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa". Si tratta, in altri termini, dell'apparato strumentale di cui l'imprenditore si avvale al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi²¹¹.

Tuttavia, la sola definizione codicistica non è sufficiente a delineare in modo compiuto i contorni della nozione: la sua qualificazione, infatti, richiede l'esame congiunto di tre distinti profili, concernenti il significato da attribuire al concetto di "beni", la natura giuridica dell'azienda e l'individuazione del requisito minimo di beni necessario affinché possa parlarsi di compendio organizzato.

Con riguardo al primo aspetto, secondo l'orientamento dottrinale prevalente²¹², il riferimento ai "beni" deve essere interpretato in senso ampio, comprendendo non solo elementi materiali e immateriali, ma anche i rapporti giuridici funzionalmente connessi all'attività imprenditoriale, quali contratti, crediti, debiti e rapporti di lavoro²¹³.

Quanto alla natura giuridica dell'azienda, la dottrina si è divisa sulla base di due teorie contrapposte: la teoria unitaria e quella atomistica²¹⁴. Secondo l'impostazione unitaria, l'azienda assumerebbe rilievo come bene autonomo e distinto rispetto ai singoli elementi che la compongono, configurandosi come una universitas rerum; al contrario, in base alla teoria atomistica l'azienda sarebbe una semplice pluralità di beni eterogenei, legati alla persona dell'imprenditore da rapporti giuridici diversi e tra loro coordinati solo in funzione dell'attività economica esercitata, senza che tale complesso dia luogo al riconoscimento in capo all'imprenditore di un autonomo diritto reale distinto da quelli sui singoli beni.

²¹¹ G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2004, p.58.

²¹² In tal senso G.E. COLOMBO, *L'azienda ed il suo trasferimento*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1979, vol. III, p. 17. Per converso, secondo un diverso orientamento, non accolto né dalla giurisprudenza né dalla prassi consolidata, la nozione di "beni" dovrebbe essere intesa in senso restrittivo, limitandosi ai soli elementi patrimoniali materiali e immateriali, con esclusione dei rapporti giuridici.

²¹³ In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità secondo cui rientrano nella nozione di azienda anche "cose materiali, mobili ed immobili, beni immateriali, rapporti di lavoro (...) ed in genere tutti gli elementi organizzati in senso funzionale per l'esercizio di un'impresa" (Cass. civ., sez. I, sent. n. 12421 del 27 maggio 2009).

²¹⁴ R. PEROTTA, G. GAREGNANI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, p. 6.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità e la prassi amministrativa prevalenti²¹⁵ si sono espresse in senso favorevole alla tesi unitaria, qualificando l'azienda come universitas di beni materiali, immateriali e rapporti giuridico-economici, distinta dai singoli elementi che la compongono.

Invece, quanto al requisito minimo di organizzazione necessario per configurare un complesso aziendale, la questione si risolve nell'individuare quale aggregazione di beni possa ritenersi sufficientemente strutturata da integrare la nozione di azienda delineata dall'art. 2555 c.c. A tal riguardo, è stato affermato che il trasferimento può integrare una cessione d'azienda ogniqualvolta i beni interessati, valutati nella loro interdipendenza, risultino idonei, anche solo potenzialmente, a consentire l'esercizio di un'attività d'impresa²¹⁶. Di conseguenza, si può riconoscere la configurabilità del compendio aziendale anche in presenza di un'organizzazione minimale di beni, a condizione che emerga una potenziale idoneità funzionale degli stessi a perseguire uno scopo economico-imprenditoriale²¹⁷.

Passando ora alla disamina del regime fiscale applicabile all'operazione in esame, si è già detto che quest'ultimo è informato al principio di neutralità. La ragione di tale scelta risiede nell'assenza di una vicenda traslativa, giacché il rapporto economico tra l'imprenditore e l'azienda non si interrompe con l'operazione di conferimento, ma prosegue attraverso le partecipazioni ricevute in cambio del compendio aziendale²¹⁸.

In tal senso, il primo comma dell'art. 176 TUIR prevede che il conferimento d'azienda da parte di un soggetto residente, nell'ambito dell'esercizio di imprese commerciali, non costituisca realizzo di plusvalenze o minusvalenze, con conseguente continuità fiscale dei

²¹⁵ Fra le tante si veda Agenzia delle Entrate, circolare 13 febbraio 2006, n. 6/E, in base alla quale l'azienda deve essere *"intesa come unitario complesso di beni da cui origina una plusvalenza che non si può identificare con quella relativa alla cessione delle partecipazioni che ne fanno parte"*.

²¹⁶ Da ultimo si veda Cass. civ., sez. V, ord. n. 34858 del 17 novembre 2021 secondo cui l'azienda si risolve in *"un complesso organico unitariamente considerato, dotato di potenzialità produttiva, tale da farne emergere ex ante la complessiva attitudine anche solo potenziale all'esercizio di impresa"* che richiama anche (Cass. civ., sez. V, sent. n. 24913 del 10 ottobre 2008; Cass. civ., sez. V, ord. n. 34858 del 17 novembre 2021; Cass. civ., sez. V, sent. n. 8973 del 20 giugno 2002).

²¹⁷ In tal senso, la prassi aderisce a una concezione statico oggettiva d'azienda intesa quindi come complesso di beni indipendenti dalla volontà dell'imprenditore). A conferma di ciò, si consideri che il Ministero delle Finanze, circolare 19 dicembre 1997, n. 320/E ha precisato che *"il termine 'aziende' (...) va inteso in senso ampio, comprensivo cioè anche delle cessioni di complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa. (...) la cessione deve riguardare l'azienda o il complesso aziendale nel suo insieme, quindi quale universitas di beni materiali, immateriali e di rapporti giuridico economici suscettibili di consentire l'esercizio dell'attività d'impresa e non i singoli beni che compongono l'azienda stessa"*.

²¹⁸ L. PEVERINI, *Operazioni straordinarie, liquidazione e fallimento nelle imposte sui redditi*, in L. SALVINI (a cura di), *Diritto tributario delle attività economiche*, op. cit., p. 367.

valori tra conferente e conferitaria. In particolare, il conferente deve assumere, quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita, mentre la conferitaria deve subentrare nella medesima posizione fiscale del conferente in relazione agli elementi dell'attivo e del passivo trasferiti, inclusa la componente dell'avviamento²¹⁹. Il medesimo trattamento si estende, ai sensi del comma 2, anche alle operazioni in cui il conferente o il conferitario sia un soggetto non residente, a condizione che l'azienda oggetto di conferimento sia situata nel territorio dello Stato. Al contrario, rimane esclusa dall'ambito di applicazione della norma, l'ipotesi in cui l'impresa conferita sia localizzata all'estero e solo una delle parti dell'operazione risulti fiscalmente residente in Italia.

Il principio di continuità, inoltre, si estende anche rispetto ai tempi di possesso e alla qualificazione contabile degli elementi trasferiti. In tal senso, la partecipazione ricevuta dal conferente deve essere considerata iscritta tra le immobilizzazioni finanziarie sin dal momento in cui egli aveva acquisito la titolarità dell'azienda conferita; specularmente, il compendio aziendale si considera posseduto dal conferitario anche per il periodo di detenzione maturato in capo al conferente²²⁰.

Tali meccanismi risultano determinanti ai fini dell'applicazione di alcuni regimi agevolativi: dalla prospettiva del conferente, consentono di soddisfare i requisiti per l'accesso al regime di participation exemption, computando retroattivamente il periodo di possesso e la qualificazione contabile della partecipazione; dalla prospettiva del conferitario, permettono di fruire, con riguardo all'azienda ricevuta, della rateazione della

²¹⁹ L'inclusione dell'avviamento tra gli elementi dell'attivo e del passivo in cui la società conferitaria subentra è stata espressamente prevista solo a seguito della riforma introdotta dal D.lgs. n. 192/2024. In precedenza, in assenza di una previsione normativa chiara, l'Agenzia delle Entrate – con la circolare n. 8/E del 2010 – aveva escluso che l'avviamento potesse transitare fiscalmente dal conferente al conferitario nell'ambito di un conferimento d'azienda. Secondo tale interpretazione, trattandosi di una componente non autonomamente trasferibile, l'avviamento non poteva essere incluso tra gli elementi oggetto di subentro ai fini dell'art. 176 TUIR. Di conseguenza, la sua eventuale iscrizione nel bilancio della conferitaria non produceva effetti sul piano fiscale, se non tramite il successivo accesso agli strumenti di riallineamento tra valori contabili e fiscali.

Questa impostazione è stata oggetto di ampie critiche in dottrina, in quanto ritenuta incoerente rispetto alla disciplina delle cessioni d'azienda, in cui la continuità del valore fiscale dell'avviamento è pacificamente riconosciuta, anche ai fini del meccanismo di recapture. In particolare, si è osservato come l'avviamento sia parte integrante dell'universalità aziendale, inscindibile dal compendio trasmesso, e come la sua esclusione dal subentro contrastasse con la logica stessa del regime di neutralità fiscale, fondato sulla piena continuità dei valori tra conferente e conferitaria. Cfr. G. MANGUSO, A. CERRAI, *Trasferimento dell'avviamento pregresso nei conferimenti d'azienda*, in *Corr. Trib.*, 2024.

²²⁰ Questo meccanismo, comunemente definito dalla prassi come “bifasico sospensivo”, assicura l'assenza di discontinuità impositiva sia nella prospettiva del conferente sia in quella del soggetto conferitario, preservando così l'equilibrio del sistema tributario.

plusvalenza ex art. 86, comma 4, TUIR, nonché di soddisfare il requisito temporale minimo richiesto per l'esenzione di cui all'art. 87 TUIR²²¹.

In deroga al principio di neutralità, poi, l'art. 176, comma 2-ter, TUIR consente alla conferitaria, in via opzionale²²², di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori attribuiti alle immobilizzazioni materiali e immateriali dell'azienda ricevuta, mediante il pagamento di un'imposta sostitutiva. Restano tuttavia esclusi dall'affrancamento i beni già posseduti dalla conferitaria, nonché le immobilizzazioni finanziarie, gli oneri pluriennali e i beni dell'attivo circolante. L'imposta è proporzionale all'entità dei maggiori valori iscritti in bilancio e il riconoscimento ha effetto dal periodo d'imposta in cui è esercitata l'opzione.

Al fine di evitare che dall'affrancamento si determinino eventi elusivi, è altresì previsto un intervallo di sorveglianza fiscale di durata quadriennale: qualora le immobilizzazioni rivalutate vengano cedute prima del decorso di tale periodo, il costo fiscale deve essere ridotto dei maggiori valori affrancati e degli eventuali ammortamenti già dedotti. In tal caso, l'imposta sostitutiva versata può essere scomputata dalle imposte ordinarie dovute sulla plusvalenza realizzata, secondo un meccanismo di recapture del beneficio anticipato²²³.

In ultima analisi, il comma 3 dell'art. 176 TUIR esclude espressamente che possa configurarsi un abuso del diritto nell'ipotesi in cui, successivamente al conferimento in regime di neutralità, il conferente proceda all'alienazione della partecipazione ricevuta, beneficiando del regime di esenzione di cui agli artt. 87, 58 o 68 TUIR. Il legislatore ha inteso così escludere la natura elusiva di tale sequenza negoziale, riconoscendone la piena legittimità sul piano delle imposte sui redditi, in quanto il conferimento, pur consentendo una monetizzazione indiretta del compendio aziendale, non determina un incremento dei valori fiscalmente riconosciuti in capo alla conferitaria. L'assenza di una plusvalenza

²²¹ Ai fini dell'applicazione del regime di participation exemption, l'art. 87 TUIR richiede che, per almeno i tre esercizi antecedenti alla cessione, la partecipata sia residente in un Paese non a fiscalità privilegiata e svolga un'effettiva attività commerciale. Ci si è dunque interrogati se, in presenza di un conferimento d'azienda, la continuità economico-fiscale tra conferente e conferitaria consenta di retrodatare tali requisiti anche in capo alla società conferitaria, permettendo così alla conferente di applicare l'esenzione sin dal momento in cui riceve la partecipazione. In tal senso si è orientata la dottrina prevalente, ammettendo la possibilità di riconoscere in capo a soggetti di nuova costituzione la maturazione di detti requisiti, qualora già integrati in capo al conferente. Si veda, ad esempio, V. FICARI, *I conferimenti in società a responsabilità limitata nella riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 740.

²²² L'opzione non può essere esercitata per i beni già posseduti dalla conferitaria prima del conferimento, a prescindere dalla loro inclusione nel compendio ricevuto.

²²³ Cfr. Articolo 176, comma 2-ter, secondo periodo.

tassabile nel trasferimento iniziale trova quindi compensazione nella continuità dei valori fiscali, evitando duplicazioni o vantaggi indebiti.

3.3. Lo scambio di partecipazioni tramite permuta

Tra le altre operazioni straordinarie che rientrano nel perimetro applicativo del regime di realizzo controllato, assume particolare rilievo anche lo scambio di partecipazioni realizzato mediante permuta. L'art. 177, comma 1, del TUIR prevede che tale regime si applichi quando uno dei soggetti indicati all'art. 73, comma 1, lettere a) e b) — ossia società di capitali ed enti commerciali residenti nel territorio dello Stato — acquisisce o integra²²⁴ una partecipazione di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), c.c., mediante attribuzione ai soci della società partecipata di azioni o quote di propria emissione. In tale ipotesi, prevede la norma, non si determinano componenti positivi o negativi di reddito imponibile, a condizione che il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni cedute in permuta venga interamente attribuito a quelle ricevute in cambio. Tuttavia, qualora vi sia un conguaglio in denaro, quest'ultimo concorrerà a formare il reddito del percipiente ferma restando la possibilità di applicare i regimi di esenzione previsti dagli artt. 56, 68 e 87 TUIR.

Ai fini dell'applicazione del regime in esame, quanto al profilo soggettivo, è necessario che tanto la società acquirente quanto la società oggetto dell'operazione siano soggetti passivi IRES fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Va tuttavia precisato che, la società acquirente deve necessariamente assumere la forma di società per azioni o di società in accomandita per azioni. Ciò in quanto le partecipazioni nel proprio capitale — detenute dalla società acquirente e da attribuire in permuta ai soci della società partecipata — possono essere costituite esclusivamente da azioni, che rappresentano l'unica categoria di titoli idonea a soddisfare i requisiti richiesti dalla norma²²⁵. Tale limitazione non si estende alla società le cui partecipazioni sono oggetto di scambio, che può anche

²²⁴ Si osservi, inoltre, che il D.lgs. n. 192 del 2024 ha modificato il primo comma dell'art. 177 del TUIR, eliminando l'inciso "in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario". Tale intervento normativo ha ampliato l'ambito applicativo del regime di realizzo controllato, rendendo possibile l'applicazione dell'istituto anche nelle ipotesi in cui la società conferitaria detenga già la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria della partecipata. Ne consegue che il conferimento può ora avvenire anche al solo fine di rafforzare una posizione di controllo già esistente, senza che sia più necessario dimostrare l'esistenza di un obbligo esterno che imponga lo scambio.

²²⁵ Ministero delle Finanze, circolare 19 dicembre 1997, n. 320/E

non assumere forma azionaria. Per quanto concerne i soci destinatari delle azioni emesse in permuta, invece, questi non devono necessariamente rivestire la qualifica di imprenditori e possono anche essere fiscalmente non residenti.

Quanto al presupposto oggettivo, è necessario che, per effetto dell'operazione di permuta, la società acquirente consegua o integri una partecipazione di controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), c.c., ossia ottenga o consolidi la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società scambiata. In merito a tale requisito, la prassi amministrativa — in particolare la circolare Ministero delle finanze n. 320/E del 19 dicembre 1997 — ha delineato un orientamento ormai consolidato, secondo cui il controllo deve essere valutato con esclusivo riferimento alle partecipazioni oggetto della permuta: il beneficio fiscale è subordinato al fatto che siano proprio le partecipazioni acquisite tramite lo scambio a determinare, da sole o in combinazione con quelle già detenute, il conseguimento o il rafforzamento del controllo. È stato altresì chiarito che rientrano nel perimetro applicativo di cui il primo comma dell'art. 177 anche le operazioni realizzate mediante la cessione di partecipazioni da parte di una pluralità di soggetti, purché sia oggettivamente ravvisabile un progetto unitario finalizzato all'acquisizione della partecipazione di controllo da parte del soggetto acquirente.

Per quanto riguarda il trattamento fiscale dell'operazione, la stessa non comporta l'emersione di componenti positivi o negativi di reddito imponibile, a condizione che il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni cedute venga integralmente attribuito a quelle ricevute. Di conseguenza, anche nella fattispecie in esame, come in tutti i regimi di realizzo controllato, la neutralità dell'operazione dipende dalle scelte contabili adottate dalle parti, le quali devono assicurare la continuità nei valori fiscalmente riconosciuti. Qualora, invece, le partecipazioni ricevute in permuta vengano iscritte in bilancio a un valore superiore rispetto a quello fiscalmente riconosciuto per quelle cedute, quindi la condizione di continuità risulta violata, l'operazione sarà assoggettata alla disciplina ordinaria prevista per le cessioni a titolo oneroso.

Tale problematica, tuttavia, non si pone nel caso in cui i soci cedenti operino al di fuori dell'attività d'impresa, poiché in tali ipotesi la neutralità fiscale trova applicazione senza che sia necessario adottare particolari comportamenti contabili.

Si segnala, inoltre, che le posizioni dei soggetti coinvolti nell'operazione di scambio sono tra loro autonome, nel senso che i comportamenti contabili adottati dalla società

acquirente e, se del caso, dai soci “scambiati”, non producono effetti reciproci. Ne consegue che l’eventuale mancato rispetto, da parte della società acquirente, delle condizioni richieste per l’applicazione del regime di realizzo controllato — ad esempio, per aver iscritto le partecipazioni a un valore superiore rispetto a quello fiscalmente riconosciuto di quelle cedute — non incide, di per sé, sulla posizione dei soci, i quali potranno comunque beneficiare del medesimo regime, purché ne ricorrano i presupposti. Il principio di autonomia si applica, in modo speculare, anche qualora sia il socio “scambiato” a non soddisfare i requisiti, senza che ciò abbia effetti sulla posizione della società acquirente²²⁶.

3.4. La fusione

Tra le principali operazioni straordinarie aventi carattere riorganizzativo, un ruolo centrale è svolto dalla fusione, che rappresenta la forma più intensa di integrazione tra più soggetti economici. Essa consente la combinazione di più società in un unico soggetto giuridico, comportando la confluenza dei rispettivi patrimoni e la prosecuzione unitaria dei relativi rapporti giuridici²²⁷. L’obiettivo economico dell’operazione risiede nell’ottimizzazione delle strutture produttive, nel rafforzamento dell’efficienza gestionale e nel conseguimento di una dimensione adeguata sotto il profilo competitivo, organizzativo e patrimoniale²²⁸.

L’articolo 2501, comma 1, c.c. prevede che la fusione possa realizzarsi in due forme: mediante la costituzione di una nuova società, fusione in senso proprio, oppure attraverso l’assorbimento di una o più società in un’altra preesistente, fusione per incorporazione²²⁹. Nel primo caso, due o più società si fondono dando origine a un nuovo soggetto giuridico, nel quale confluiscono i rispettivi complessi aziendali; nel secondo, le società incorporate

²²⁶ G. SALVI, *Scambi di partecipazioni mediante permuta o conferimento. Regime fiscale dello scambio di partecipazioni*, op. cit.

²²⁷ C. SANTAGATA, *Lineamenti generali dell’istituto della fusione: natura giuridica e procedimento*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, IPSOA, 1993, p. 19 ss.

²²⁸ A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, vol. XVII, 3, diretto da P. RESCIGNO, UTET, 1985, p. 357 ss.

²²⁹ La fusione per incorporazione, inoltre, si qualifica come diretta quando la società incorporante incorpora la società controllata; ovvero come inversa, se è la società controllata a incorporare la controllante. Sotto un ulteriore profilo, la fusione può distinguersi anche in: omogenea, se avviene tra società appartenenti al medesimo tipo giuridico, ed eterogenea, quando coinvolge società di tipo diverso; in quest’ultimo caso, l’operazione comporta necessariamente anche una trasformazione societaria, con l’applicazione delle relative regole e dei limiti previsti per tale istituto. (Cfr. Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 52 del 19 novembre 2024).

confluiscono in una società preesistente, che assume i rapporti giuridici attivi e passivi delle prime.

In entrambe le ipotesi, i soci delle società partecipanti alla fusione ricevono, in cambio delle partecipazioni originariamente detenute, azioni o quote della società risultante dall'operazione — sia essa di nuova costituzione o preesistente — sulla base di un rapporto di cambio determinato in funzione del valore economico-patrimoniale attribuibile a ciascuna delle società coinvolte²³⁰.

In alcune ipotesi particolari, l'attribuzione di partecipazioni in base al rapporto di cambio può mancare del tutto oppure essere limitata a una parte dei soci. Ciò si verifica, in primo luogo, nella fusione per incorporazione di società interamente posseduta, disciplinata dall'articolo 2505 c.c. e comunemente definita fusione senza concambio, nella quale la società incorporante detiene il 100% delle partecipazioni della società incorporata. In tale caso, non si procede ad alcuna assegnazione di azioni o quote, ma esclusivamente all'annullamento delle partecipazioni detenute, poiché non sussistono altri soggetti ai quali attribuire nuovi titoli²³¹.

Un'analoga disciplina si applica, sebbene in misura parziale, anche nelle ipotesi in cui la partecipazione dell'incorporante nella società incorporata sia solo maggioritaria e non totalitaria. Anche in questa ipotesi, infatti, le partecipazioni nella società incorporata vengono integralmente annullate, ma il concambio viene riconosciuto esclusivamente ai soci diversi dalla società incorporante, con conseguente assegnazione dell'eventuale aumento di capitale solo in loro favore²³².

In ogni caso, sia nelle ipotesi di fusione con concambio sia in quelle prive di attribuzione di partecipazioni, l'operazione si caratterizza per il trasferimento in capo alla società risultante o incorporante della titolarità di tutti i rapporti giuridici facenti capo alle società partecipanti. Tale effetto ha alimentato a lungo un ampio dibattito circa la natura giuridica

²³⁰ Il rapporto di cambio deve risultare congruo, ossia determinato sulla base di criteri valutativi coerenti con le caratteristiche dell'operazione e delle società coinvolte. A tal fine, il codice civile prevede che le modalità di determinazione del rapporto siano illustrate nella relazione degli amministratori (art. 2501-quinquies c.c.) e che la sua congruità sia oggetto di attestazione da parte di un esperto nominato dal tribunale (art. 2501-sexies c.c.). Cfr. L.A. BIANCHI, *La congruità di rapporto di cambio nella fusione*, 2002.

²³¹ Questo effetto deriva dall'articolo 2504-ter, che vieta alla società risultante dalla fusione di assegnare partecipazioni in sostituzione di quelle delle società partecipanti alla fusione possedute da esse stesse, nonché alla società incorporante di emettere azioni o quote in sostituzione di quelle della società incorporata quando queste siano detenute dalle società medesime o dalla stessa incorporante.

²³² G. ANDREANI, A. TUBELLI, *La fusione di società*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, L. MIELE (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018, p. 122.

della fusione, diviso tra due impostazioni opposte: da un lato, la teoria estintiva, dall'altro, quella modificativa.

Secondo i fautori della prima teoria²³³, la fusione sarebbe assimilabile a una successione a titolo universale: le società partecipanti cesserebbero di esistere e i relativi rapporti verrebbero trasferiti alla nuova entità. Questa impostazione trovava riscontro nella precedente formulazione dell'articolo 2504-bis, che faceva espresso riferimento alle "società estinte" prevedendo che "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte".

Per converso, i sostenitori della teoria modificativa, considerano la fusione come una vicenda evolutiva dell'ente, che comporta una modifica dell'atto costitutivo²³⁴ e l'integrazione dei rapporti sociali preesistenti in un nuovo assetto unitario²³⁵. Questa ricostruzione è quella che pare essere stata accolta anche dal legislatore della riforma di diritto societario del 2003²³⁶ che, modificando l'articolo 2504-bis, ha eliminato ogni riferimento all'estinzione e stabilito che "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione".

Nonostante ciò, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con un recente orientamento²³⁷, e sulla base di un'interpretazione sistematica fondata soprattutto sulla normativa comunitaria²³⁸, hanno riaffermato la natura estintiva dell'operazione.

Sotto il profilo degli effetti, la fusione acquista efficacia giuridica nel momento in cui è eseguita l'ultima delle iscrizioni dell'atto di fusione presso il registro delle imprese, atteso che la pubblicità cui è soggetto l'atto ha natura costitutiva e produce effetti erga omnes.

²³³ Tale orientamento è stato sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del diritto societario del 2003. Tra le altre, si vedano Cass. civ., sent. n. 5716 dell'11 aprile 2001; Cass. civ., sent. n. 6949 del 22 maggio 2001.

²³⁴ Si veda F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, 2003, p. 528, secondo cui la fusione dà luogo "ad un fenomeno di unificazione o integrazione reciproca dei preesistenti contratti sociali, che vengono modificati in sede di deliberazione dell'atto di fusione".

²³⁵ Più nel dettaglio, secondo questa impostazione la fusione si traduce in una modificazione dei contratti sociali, con l'unificazione soggettiva dei patrimoni e la prosecuzione, nel nuovo soggetto, della vita giuridica delle società partecipanti.

²³⁶ In tal senso depongono, sul piano normativo, sia il riferimento al verbo "proseguire" contenuto nel comma 1 dell'articolo 2504-bis, che esclude l'estinzione delle società partecipanti, sia il comma 5 dello stesso articolo, che mantiene la responsabilità dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni sorte anteriormente alla fusione, salvo consenso dei creditori.

²³⁷ Cass. civ., S.U., sent. n. 21970 del 30 luglio 2021

²³⁸ Direttiva (UE) 2017/1132, artt. 105 e 109.

Nelle fusioni per incorporazione, tuttavia, le parti possono concordare che l'operazione produca effetti a partire da una data successiva all'iscrizione nel registro delle imprese, poiché non si ha la creazione di un nuovo soggetto giuridico, ma la prosecuzione di un'entità già esistente²³⁹.

3.4.1. (segue) La neutralità fiscale in capo alle società e ai soci

Qualora la fusione avvenga tra società commerciali, i beni non fuoriescono dal circuito dell'impresa seppur questa, all'esito dell'operazione in esame, avrà un perimetro diverso da quello entro il quale erano ricompresi i beni prima della fusione. Coerentemente con l'assenza di una qualsivoglia vicenda traslativa, il legislatore tributario ha previsto che l'operazione si svolga in regime di neutralità fiscale.

In tale contesto, ai fini delle imposte sui redditi, la fusione non determina l'emersione di componenti imponibili, né positivi né negativi, con riguardo a ciascun soggetto coinvolto: né per la società incorporata o fusa, né per quella incorporante o risultante, né tantomeno per i soci delle società partecipanti all'operazione.

Per quanto concerne le società fuse o incorporate, la neutralità fiscale dell'operazione trova fondamento nell'art. 172, comma 1, del TUIR, il quale stabilisce espressamente che la fusione tra più società non dà luogo a realizzo né a distribuzione delle plusvalenze e delle minusvalenze relative ai beni delle società fuse. Tale principio si estende anche alle rimanenze e all'avviamento, confermando l'intento del legislatore di evitare che l'operazione determini effetti impositivi in capo alla società il cui patrimonio viene trasferito²⁴⁰.

Per quanto riguarda la società risultante dalla fusione, o quella incorporante, la neutralità fiscale è disciplinata dall'art. 172, comma 2, del TUIR. La norma stabilisce che, nella determinazione del reddito di tale soggetto, non assumono rilevanza né l'eventuale

²³⁹ Cfr. Articolo 2504-bis, comma 2, codice civile.

²⁴⁰ Va precisato che la neutralità fiscale prevista dall'art. 172 TUIR trova piena applicazione solo laddove la fusione coinvolga soggetti fiscalmente omogenei, ossia società commerciali. Qualora, invece, l'operazione implichi anche una trasformazione eterogenea — ad esempio, nel caso in cui una società commerciale si fonda con un ente non commerciale — trovano applicazione i limiti e le condizioni di cui all'art. 171 TUIR, richiamati dall'art. 174. In tale ipotesi, la neutralità fiscale non è automatica ma subordinata al rispetto dei presupposti fissati per le trasformazioni eterogenee. Le risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate n. 102 del 2009 e n. 27 del 2017 hanno chiarito che, in mancanza di tali presupposti, l'operazione può determinare il realizzo di componenti positivi di reddito imponibili in capo alla società fusa o incorporata.

avanzo né il disavanzo che possono risultare in sede di bilancio per effetto del rapporto di cambio delle partecipazioni, né quelli derivanti dall'annullamento delle partecipazioni già possedute in una delle società incorporate.

Va preliminarmente chiarito che tali differenze, comunemente indicate come “avanzi” e “disavanzi”, sono di natura contabile e si originano dal fatto che la fusione comporta l'unione di due patrimoni distinti. Possono emergere, in particolare, da due distinti meccanismi. Nel caso in cui la fusione comporti l'emissione di nuove azioni o quote in favore dei soci della società incorporata, le eventuali differenze derivano dal confronto tra il valore contabile del patrimonio netto della società incorporata e l'ammontare dell'aumento di capitale sociale deliberato dalla società incorporante: si parla, in tal caso, di avanzo da concambio se l'aumento di capitale è inferiore al patrimonio netto trasferito, e di disavanzo da concambio nel caso contrario. Quando, invece, la società incorporante annulla partecipazioni già detenute nella società incorporata, il disallineamento può derivare dal confronto tra il valore contabile della partecipazione annullata e quello del patrimonio netto dell'incorporata. Anche qui, si avrà un avanzo da annullamento se il primo è inferiore al secondo, e un disavanzo se risulta superiore.

A prescindere dalla genesi contabile di tali differenze, l'art. 172, comma 2, del TUIR ne sancisce l'assoluta irrilevanza fiscale, precisando che gli eventuali maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'imputazione del disavanzo, anche se riferiti a singoli elementi dell'attivo provenienti dalla società fusa, non producono effetti impositivi. Inoltre, la stessa norma prevede che, ai fini della determinazione del reddito della società risultante, i beni acquisiti devono essere valutati sulla base dell'ultimo valore fiscalmente riconosciuto in capo alla società fusa o incorporata. In tal modo si garantisce la continuità dei valori fiscali, coerentemente con l'impostazione di neutralità dell'intera operazione. La coerenza del regime di neutralità si realizza, quindi, su un duplice piano: da un lato, attraverso la totale irrilevanza delle differenze contabili da fusione, indipendentemente dal loro trattamento nel bilancio; dall'altro, mediante la piena traslazione dei valori fiscalmente riconosciuti dalla società incorporata alla società incorporante²⁴¹.

²⁴¹ Qualora si determini un disallineamento tra i valori contabili risultanti dal bilancio post-fusione e quelli fiscalmente riconosciuti — ad esempio per effetto dell'imputazione del disavanzo su specifici elementi dell'attivo — la società risultante è tenuta, in sede di dichiarazione dei redditi, a predisporre un apposito prospetto di riconciliazione, che consenta di ricostruire i valori fiscalmente rilevanti a fronte di quelli riportati in bilancio. In tal modo si preserva la neutralità fiscale dell'operazione anche sul piano della trasparenza e del controllo.

Tuttavia, in deroga al principio generale appena delineato, il legislatore ha previsto la possibilità per la società risultante o incorporante di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'imputazione del disavanzo di fusione. Tale facoltà, prevista espressamente dal comma 10-bis dell'art. 172 TUIR che richiama l'art. 176, comma 2-ter, del TUIR, consente alla società di affrancare detti maggiori valori mediante il versamento volontario di un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi. È importante sottolineare che questa opzione non incide sul regime fiscale applicabile alla società fusa o incorporata, per la quale resta ferma l'assoluta neutralità dell'operazione. Da ultimo, circa la neutralità fiscale riconosciuta in capo ai soci delle società partecipanti alla fusione, l'art. 172, comma 3, del TUIR la assicura stabilendo che il cambio delle partecipazioni originarie non comporta, per i soci, il realizzo di plusvalenze o minusvalenze, né determina l'emersione di ricavi imponibili. L'operazione assume, pertanto, una valenza meramente sostitutiva: le partecipazioni detenute nella società fusa o incorporata sono semplicemente sostituite da quelle della società risultante o incorporante, senza generare effetti impositivi²⁴².

In tale prospettiva, il legislatore ha inteso confermare che il cambio delle partecipazioni, avvenuto nel contesto di una fusione, non integra una cessione fiscalmente rilevante, ma configura una sostituzione neutra. Le partecipazioni ricevute dai soci conservano il medesimo valore fiscale delle partecipazioni annullate e, inoltre, si considerano possedute sin dalla data di acquisizione di queste ultime²⁴³.

Una parziale deroga al principio di neutralità in capo ai soci si verifica qualora il cambio delle partecipazioni sia accompagnato da un conguaglio in denaro. In questa ipotesi, la neutralità fiscale resta ferma con riguardo alle partecipazioni ricevute, mentre l'importo in denaro riconosciuto ai soci viene assoggettato a tassazione, secondo le regole ordinarie previste per le plusvalenze su partecipazioni, in funzione della natura soggettiva del socio. Quanto al momento da cui gli effetti fiscali della fusione cominciano a prodursi, in linea generale, essi decorrono dalla data di efficacia civilistica dell'operazione, individuata nel giorno in cui l'atto di fusione viene depositato presso il registro delle imprese²⁴⁴. Tuttavia, le parti possono prevedere nell'atto di fusione che gli effetti fiscali decorrano da una data

²⁴² C. CREMONA, P. MONARCA, *Profili fiscali della fusione*, in *One Fiscale – Wolters Kluwer*, 2025.

²⁴³ Tale principio è stato espressamente riconosciuto anche dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 36 del 4 agosto 2004, con riferimento, in particolare, al computo del periodo di possesso ai fini dell'applicazione del regime di participation exemption previsto dall'art. 87 TUIR.

²⁴⁴ Cfr. 2504-bis, comma 2, c.c.

anteriore. In tal caso, la retrodatazione è ammessa entro un limite ben preciso, coincidente con la data di chiusura dell'ultimo esercizio delle società partecipanti alla fusione, ovvero — se più prossima — con la data di chiusura dell'ultimo esercizio della società incorporante²⁴⁵. Se la retrodatazione ha luogo, i risultati economici e fiscali maturati nel periodo compreso tra l'inizio dell'esercizio e la data di efficacia civilistica della fusione vengono imputati, senza soluzione di continuità, alla società risultante o incorporante, evitando così che il periodo intermedio si configuri come un autonomo periodo d'imposta.

3.4.2. (segue) Effetto successorio e disciplina delle riserve

Nel solco del principio di neutralità fiscale che caratterizza l'intera disciplina della fusione, l'art. 172, comma 4, TUIR sancisce il subentro della società risultante o incorporante in tutte le posizioni giuridico-tributarie delle società fuse o incorporate. A decorrere dalla data in cui l'operazione produce effetti, tale soggetto assume i diritti e gli obblighi riferibili alle società partecipanti alla fusione, garantendo così la continuità soggettiva anche ai fini delle imposte sui redditi.

Tale principio di continuità soggettiva, tuttavia, incontra un limite significativo con riguardo alle riserve in sospensione d'imposta iscritte nel patrimonio netto delle società fuse o incorporate: per espressa previsione dello stesso comma, il loro mantenimento in capo alla società risultante o incorporante non è automatico ma subordinato al rispetto delle condizioni previste dal comma 5 del medesimo articolo. La finalità di tale disciplina è quella di impedire che, a causa dell'effetto successorio e del generale principio di neutralità fiscale che governa l'operazione di fusione, si verifichino fenomeni di salto d'imposta²⁴⁶. Nel perseguire tale obiettivo, l'articolo 172, comma 5, distingue tra due ipotesi: da un lato, quella delle riserve per le quali il regime di sospensione d'imposta viene meno anche in caso di utilizzi diversi dalla distribuzione; dall'altro, quello delle riserve tassabili solo in caso di distribuzione ai soci, in cui la sospensione d'imposta viene meno solo al verificarsi di tale evento.

²⁴⁵ Cfr. Articolo 172, comma 9, TUIR.

²⁴⁶ E. ZANETTI, *Manuale delle operazioni straordinarie*, 2018, pp. 709-710.

Nel primo caso, la società risultante o incorporante è tenuta, per mantenere il beneficio fiscale, a ricostituire tali riserve nel primo bilancio successivo alla fusione²⁴⁷. L'omessa ricostituzione di tali poste patrimoniali comporta infatti la perdita del regime di sospensione e, conseguentemente, l'obbligo per la società risultante o incorporante di assoggettare a tassazione i relativi componenti positivi di reddito, mediante apposita variazione in aumento dell'utile civilistico in sede di determinazione del reddito imponibile del primo periodo d'imposta post fusione. La ricostituzione deve avvenire prioritariamente mediante l'eventuale avanzo di fusione; qualora tale avanzo risulti insufficiente, la società può farvi fronte utilizzando altre voci liberamente disponibili del proprio patrimonio netto. Ove residuino ancora differenze non coperte, è comunque ammessa la possibilità di vincolare, in misura corrispondente, una quota ideale del capitale sociale, così da garantire il mantenimento della sospensione d'imposta²⁴⁸.

Diversamente, per le riserve in sospensione d'imposta la cui disciplina istitutiva prevede la decadenza del regime esclusivamente in caso di distribuzione ai soci, non è richiesta alcuna ricostituzione formale nel patrimonio netto della società risultante o incorporante. In tali ipotesi, la mancata evidenziazione nel primo bilancio successivo alla fusione non incide sul mantenimento del regime di sospensione, né determina riprese a tassazione²⁴⁹.. Questa esclusione è coerente con la natura stessa del regime agevolativo in esame: se la sospensione d'imposta viene meno soltanto in presenza di una distribuzione, il fatto che la riserva non sia formalmente ricostituita non rappresenta, di per sé, un indice di decadenza²⁵⁰.

²⁴⁷ Un esempio di riserva in sospensione di imposta sempre recuperabile a tassazione è rappresentato dal fondo per sopravvenienze attive.

²⁴⁸ Tale possibilità è subordinata alla circostanza secondo cui, la società risultante o incorporante, deve dare menzione di tale vincolo all'interno della nota integrativa del primo bilancio successivo alla fusione. In tal senso si vedano: Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 131 del 18 settembre 2001; L. ABRITTA, L. CACCIAPAGLIA, V. CARBONE, E. DE FUSCO, F. SIRIANNI, *Testo unico delle imposte sui redditi*, IPSOA, 2011, p. 2438.

²⁴⁹ Cfr. Articolo 172, comma 5, secondo periodo.

²⁵⁰ E. ZANETTI, *Manuale delle operazioni straordinarie*, op. cit., parte: *Aspetti fiscali delle operazioni di fusione*, 2018, p. 709 e ss.

3.4.3. (segue) Il nuovo regime del riporto delle perdite pregresse

Poiché la società risultante o incorporante assume, a seguito della fusione, la titolarità delle posizioni fiscali delle società fuse o incorporate, essa può altresì beneficiare del diritto al riporto delle perdite fiscali da queste maturate²⁵¹.

Al fine di evitare che tale facoltà venga strumentalizzata mediante operazioni elusive, l'articolo 172, comma 7, del TUIR introduce specifiche limitazioni volte a contrastare il fenomeno del cosiddetto commercio delle bare fiscali. Si tratta di operazioni di fusione realizzate con società prive di effettiva operatività, finalizzate unicamente a compensare le perdite fiscali di una società con gli utili imponibili dell'altra²⁵². In tale prospettiva, la norma subordina il riconoscimento del riporto alla sussistenza di talune condizioni minime di vitalità economica e ne limita l'ammontare entro specifici parametri quantitativi²⁵³.

In attuazione dei principi stabiliti dalla legge delega per la riforma fiscale, l'articolo 15, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 12 dicembre 2024, n. 192, ha modificato il comma 7 dell'articolo 172, introducendo un nuovo regime per il riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione. Le nuove disposizioni si propongono di aggiornare il sistema alla luce delle esigenze di certezza e contrasto all'elusione, intervenendo sui criteri applicativi e sui presupposti oggettivi richiesti per l'utilizzo delle perdite pregresse post fusione.

Entrando nel merito della disciplina attualmente vigente, il nuovo comma 7 dell'articolo 172 del TUIR dispone che le perdite fiscali delle società partecipanti alla fusione, inclusa eventualmente la società incorporante, possono essere riportate in diminuzione del reddito della società risultante o incorporante, nei limiti del valore economico del patrimonio netto della società che ha maturato le perdite²⁵⁴. Tale valore deve essere

²⁵¹ Cfr. Articolo 172, comma 4, TUIR.

²⁵² Cfr. G. ANDREANI, A. DODERO, G. FERRANTI, *Commentario al Testo Unico Imposte sui redditi*, III ed., IPSOA, 2022, p. 1599.

²⁵³ È opportuno precisare che la questione del riporto delle perdite in caso di fusione rileva esclusivamente con riferimento alle società di capitali, dal momento che, ai sensi dell'art. 8 del TUIR, le perdite prodotte dalle società di persone sono imputate direttamente ai soci, in proporzione alla loro quota di partecipazione agli utili.

²⁵⁴ Nella normativa previgente, il limite quantitativo al riporto delle perdite fiscali in caso di operazioni di fusione o scissione era individuato nel valore del patrimonio netto contabile della società apportante le perdite. Tale parametro è stato tuttavia ritenuto inadeguato, in quanto rappresentativo in modo solo approssimativo della capacità produttiva sottostante, da cui sono originati i risultati fiscali negativi. Il legislatore delegato ha pertanto dato attuazione al criterio direttivo contenuto nella legge delega, sostituendo tale riferimento contabile con un criterio di natura economica. In particolare, è stato introdotto come nuovo limite il valore economico del patrimonio netto, ritenuto indicatore più attendibile della

determinato con riferimento alla data di efficacia della fusione e risultare da una relazione giurata di stima redatta da un esperto designato dalla società tra i soggetti iscritti negli albi previsti dall'articolo 2409-bis c.c. Il valore così determinato deve essere inoltre ridotto di un importo pari al prodotto tra la somma dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei ventiquattro mesi precedenti la data di efficacia della fusione e il rapporto tra il valore economico stimato del patrimonio netto e il valore contabile del patrimonio medesimo. Restano esclusi dal novero dei versamenti da considerare, ai fini della predetta riduzione, i contributi erogati dallo Stato o da altri enti pubblici in forza di disposizioni di legge.

Qualora non venga predisposta la relazione giurata di stima, il riporto delle perdite è comunque ammesso, ma in misura più restrittiva: esso è infatti limitato all'ammontare del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'articolo 2501-quater c.c., determinati al netto dei conferimenti intervenuti negli ultimi due anni²⁵⁵.

Oltre ai limiti quantitativi legati al valore economico del patrimonio netto, la nuova formulazione del comma 7 dell'articolo 172 del TUIR subordina il riporto delle perdite anche alla verifica di due specifiche condizioni di vitalità economica della società le cui perdite sono oggetto di riporto.

In primo luogo, è richiesto che dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione produce effetti, risulti un ammontare di ricavi e proventi derivanti dall'attività caratteristica, nonché un ammontare di spese per lavoro subordinato e relativi contributi, superiore al quaranta per cento della media degli analoghi valori registrati nei due esercizi anteriori.

In secondo luogo, stabilisce che nel periodo infrannuale compreso tra l'inizio dell'esercizio in cui la fusione ha efficacia e la data che la precede, dal conto economico risultino ricavi e proventi dell'attività caratteristica, nonché spese per lavoro subordinato

capacità dell'attività d'impresa di generare redditi imponibili futuri. Si tratta di un parametro già valorizzato anche nella prassi amministrativa, in sede di risposta ad interpelli disapplicativi delle limitazioni al riporto delle perdite. (Cfr. Relazione illustrativa al D.lgs 192/2024 pp. 34-35)

²⁵⁵ A tal proposito, la Relazione illustrativa chiarisce che, nella generalità dei casi, il patrimonio netto contabile risultante da un bilancio d'esercizio o da una situazione patrimoniale redatti secondo corretti principi contabili riflette, almeno in parte, il valore economico del patrimonio stesso, in quanto quest'ultimo ricomprende anche eventuali plusvalori delle attività e passività, nonché l'avviamento. In tale prospettiva, si è ritenuto opportuno mantenere il patrimonio netto contabile come criterio alternativo, da applicare in assenza di una relazione giurata di stima, al fine di evitare di imporre un adempimento oneroso qualora le perdite fiscali risultino comunque coperte da un parametro contabile sufficientemente rappresentativo.

e contributi, superiori al quaranta per cento della media dei corrispondenti valori rilevati nei due esercizi precedenti²⁵⁶. In tal senso, è richiesta la predisposizione di un conto economico infrannuale aggiornato alla data di efficacia della fusione, redatto secondo i medesimi principi contabili utilizzati per il bilancio d'esercizio, così da attestare il mantenimento dell'operatività in prossimità dell'operazione straordinaria.

Con riguardo alla definizione delle variabili rilevanti ai fini della verifica dei test di vitalità economica, per “ricavi e proventi caratteristici” devono intendersi i componenti positivi di reddito aventi natura ricorrente e strettamente connessi all'attività ordinaria dell'impresa²⁵⁷. Quanto alle “spese per lavoro subordinato”, invece, rilevano i salari e gli stipendi, nonché i contributi previdenziali e assistenziali, corrispondenti alle voci B9a) “Salari e stipendi” e B9b) “Oneri sociali” del conto economico²⁵⁸.

Il mancato superamento di uno o di entrambi i test previsti dal nuovo comma 7 non comporta, di per sé, la definitiva esclusione del diritto al riporto delle perdite. Considerata la natura antielusiva della norma, è infatti riconosciuta la possibilità di ottenere la disapplicazione del divieto attraverso la presentazione di un interpello antiabuso. Tale strumento consente al contribuente di dimostrare che l'operazione di fusione è sorretta da valide ragioni economiche e da concrete opportunità di sviluppo aziendale, e che non è stata posta in essere al solo scopo di compensare utili imponibili con perdite fiscali pregresse di altra società partecipante.

Inoltre, la nuova disciplina, pur confermando la possibilità di riportare le perdite anche in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, introduce una significativa novità in merito all'estensione soggettiva delle limitazioni applicabili in tale ipotesi. In particolare, il nuovo comma 7-bis dell'articolo 172 del TUIR stabilisce che, qualora venga esercitata l'opzione per la retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, le limitazioni al riporto delle perdite si estendono anche alla perdita che, secondo le regole

²⁵⁶ Sebbene introdotta formalmente solo con la riforma del 2024, questa seconda condizione non rappresenta una novità assoluta sul piano interpretativo. Già in vigore del testo previgente del comma 7 dell'art. 172 del TUIR, l'Agenzia delle Entrate aveva affermato, nelle risoluzioni n. 116/E/2006 e n. 143/E/2008, che i requisiti di vitalità economica dovevano risultare integrati non solo nell'esercizio precedente alla fusione, ma anche nel periodo intercorrente fino alla data della sua efficacia, configurando così un doppio test. Tale lettura, tuttavia, era stata oggetto di rilievi critici in dottrina, secondo cui dalla lettera della disposizione allora vigente non si ricavava alcun obbligo di verifica sul periodo “interinale”. In tal senso si erano espresse Assonime, con la circolare n. 31/2007, e l'Associazione Italiana Dottori Commercialisti, con la norma di comportamento n. 176/2009.

²⁵⁷ Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 143/E del 2008.

²⁵⁸ Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 337/E del 2007.

ordinarie, si sarebbe autonomamente generata in capo alla società incorporata nel periodo compreso tra l'inizio dell'esercizio e la data antecedente a quella in cui la fusione diventa efficace²⁵⁹.

A completamento del nuovo impianto normativo, è stata poi introdotta una disciplina specifica per le fusioni infragruppo, volta a neutralizzare gli effetti distorsivi che deriverebbero dall'applicazione generalizzata dei limiti al riporto delle perdite anche in contesti caratterizzati da continuità economica e organizzativa. In questa prospettiva, l'articolo 177-ter del TUIR introduce un regime di favore per il riporto delle perdite nelle operazioni di fusione tra società appartenenti allo stesso gruppo. In tali ipotesi, le perdite fiscali risultano liberamente compensabili, senza che trovino applicazione i limiti connessi ai test di vitalità economica o al valore economico del patrimonio netto di cui il comma 7 dell'art. 172 TUIR. Ai fini dell'applicazione del regime, si considera gruppo quello in cui sussiste un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1), e comma 2 c.c., configurabile sia quando una società controlla l'altra o le altre, sia quando tutte sono controllate dallo stesso soggetto²⁶⁰.

La compensazione integrale è altresì ammessa anche per le perdite maturate dalle società prima dell'ingresso nel gruppo, a condizione che, al momento dell'ingresso, abbiano superato i requisiti di vitalità e patrimonializzazione. Restano invece soggette a limitazioni quelle che non risultino "omologate" secondo tali criteri²⁶¹.

²⁵⁹ Come evidenziato nella relazione illustrativa, la modifica introdotta con il nuovo comma 7-bis elimina la penalizzazione che, nella disciplina previgente, si determinava in capo alla società incorporante in caso di retrodatazione fiscale. In base alla versione precedente, infatti, l'incorporante era tenuta ad applicare i limiti di riportabilità anche alle perdite fiscali da essa realizzate nel periodo interinale, ossia nell'intervallo compreso tra l'inizio dell'esercizio e la data di efficacia della fusione. In assenza di retrodatazione, invece, tali limiti si applicavano solo alle perdite relative ai periodi d'imposta anteriori a quello in cui la fusione produceva effetti giuridici, con un evidente effetto distorsivo ora superato.

²⁶⁰ Spetta a un decreto del Ministero dell'economia e della finanza individuare i criteri per determinare il periodo di appartenenza al gruppo di ciascuna società, nonché le modalità di attribuzione di tale periodo al soggetto subentrante nell'ambito di operazioni straordinarie. È inoltre previsto che le perdite soggette ai nuovi limiti si considerino conseguite alla data di ingresso nel gruppo o, alternativamente, alla data di efficacia della fusione; che si considerino prioritariamente utilizzate le perdite relative ai periodi d'imposta meno recenti; e che le perdite eccedenti il valore del patrimonio netto si considerino formate, in via prioritaria, da quelle anteriori all'ingresso nel gruppo o non homologate.

²⁶¹ B. PAGAMICI, *Novità al riporto delle perdite nelle fusioni*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 2025, n. 5, p. 40.

3.4.3.1. (segue) Il riporto delle perdite nel Merger Leveraged Buy-out (MLBO)

L'operazione di Merger Leveraged Buy Out (MLBO) rappresenta una particolare forma di acquisizione societaria, regolata dall'art.2501-bis c.c., in cui il controllo di una società viene ottenuto mediante l'impiego prevalente di capitale di debito²⁶².

Più nello specifico, l'operazione si articola in due fasi principali. In un primo momento, una società appositamente costituita per l'operazione – la cosiddetta newco o società veicolo – viene finanziata in parte con capitale proprio e, per la parte preponderante, tramite finanziamenti onerosi. Con le risorse così raccolte, la newco acquisisce una partecipazione di controllo, spesso totalitaria, in una società preesistente operativa, definita società bersaglio o target.

In un secondo momento, dopo l'acquisizione, si realizza la fusione tra la società veicolo e la target. Tale fusione può assumere la forma diretta, nel caso in cui la newco incorpori la società obiettivo, oppure inversa, qualora sia la società target a incorporare la newco. In entrambi i casi, l'effetto economico dell'operazione è che l'onere del debito contratto per finanziare l'acquisizione viene trasferito, di fatto, sulla società target. Il rimborso del debito – comprensivo degli interessi – grava quindi sui flussi di cassa generati dall'attività operativa della società bersaglio, nonché sul patrimonio acquisito, che diventa garanzia generica del debito contratto a monte²⁶³.

Sotto il profilo fiscale, in considerazione della struttura dell'articolo 172, comma 7, del TUIR, nei casi in cui l'operazione viene attuata mediante una fusione inversa, il riporto delle perdite non dovrebbe ritenersi legittimamente ammesso. Ciò per due ragioni principali, entrambe riconducibili ai requisiti individuati dalla norma²⁶⁴: da un lato, il limite quantitativo fondato sul valore economico del patrimonio netto della società che ha maturato le perdite risulta, di fatto, inapplicabile, in quanto tale valore viene ridotto dei conferimenti effettuati nei ventiquattro mesi precedenti, che nella prassi costituiscono l'unica fonte di capitalizzazione della società veicolo; dall'altro, trattandosi di un soggetto

²⁶² S. A. CERRATO, *Le operazioni di leveraged buy out*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, 2011.

²⁶³ Il leveraged buy out si fonda sulla solidità patrimoniale e sulla capacità prospettica di generare cassa della società bersaglio, elementi che consentono alla società veicolo di ottenere un finanziamento che, altrimenti, non sarebbe in grado di conseguire in autonomia, non disponendo di garanzie reali o flussi sufficienti. L'operazione richiede, sotto il profilo economico-finanziario, un'attenta pianificazione delle fasi operative, dalla selezione degli intermediari finanziatori alla definizione dell'assetto societario, fino alla predisposizione del piano economico-finanziario e del rendiconto prospettico. (Cfr. M. ORLANDI, *Leveraged buy out e fusione inversa*, in *Amministrazione & Finanza*, 2024, n. 2, p. 53).

²⁶⁴ Si veda supra, par. precedente.

di nuova costituzione, la stessa società veicolo non dispone di bilanci pregressi idonei a soddisfare i parametri richiesti dai test di vitalità economica.

Nonostante tali criticità, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito, con la circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, che una struttura fondata su logiche economiche e organizzative riconosciute dall'ordinamento civilistico — come nel caso del merger leveraged buy out — non può essere considerata, di per sé, elusiva. In questa prospettiva, quando la fusione avviene a seguito di un'operazione di acquisizione con indebitamento e determina un vantaggio fiscale rappresentato dal riporto delle perdite nella società incorporante, l'abusività dell'operazione non può essere rinvenuta in tale vantaggio, ma richiede la presenza di ulteriori elementi oggettivi che ne rivelino la natura artificiosa²⁶⁵.

Pertanto, sostiene l'Amministrazione finanziaria nella medesima circolare, dovrà essere accolta l'istanza di interpello antiabuso, e conseguentemente il riporto delle perdite dovrà considerarsi come legittimo, “in tutte le ipotesi in cui si dimostri che le eccedenze di interessi passivi indeducibili e di perdite (di cui si chiede il riporto) siano esclusivamente quelle relative ai finanziamenti ottenuti dalla SPV [società veicolo] per porre in essere un'operazione di acquisizione con indebitamento”.

In quest'ottica, l'istanza di interpello antiabuso consente di superare i limiti previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR, rendendo possibile il riporto delle perdite nella società risultante dalla fusione e assicurando la coerenza dell'operazione con la ratio antielusiva della disciplina²⁶⁶.

3.5. La scissione

Tra le altre operazioni straordinarie che incidono sulla struttura soggettiva dell'impresa vi è anche la scissione: uno strumento di riorganizzazione particolarmente flessibile, volto a ridistribuire il patrimonio e l'attività aziendale tra più entità giuridiche. Essa si configura come un'operazione di disaggregazione patrimoniale²⁶⁷, attraverso cui uno o più complessi aziendali vengono separati da una società esistente e trasferiti, in tutto o in

²⁶⁵ Si pensi al caso in cui la società veicolo venga costituita da soggetti che, direttamente o per il tramite di società fiduciarie o veicoli interposti, coincidano sostanzialmente con i soci originari della società target. In tale ipotesi, l'operazione di LBO rischia di configurarsi come un'autofusione finanziata a debito, in cui non si realizza un effettivo mutamento della compagine proprietaria, ma si persegue esclusivamente il vantaggio fiscale derivante dalla deducibilità degli interessi passivi.

²⁶⁶ S. SANNA, *Deducibili gli interessi da MLBO con interpello disapplicativo*, Eutekne, 2018.

²⁶⁷ CEPPELLINI LUGANO & ASSOCIATI, *Operazioni straordinarie*, 2020, p. 1167.

parte, a favore di una o più società beneficiarie, preesistenti o di nuova costituzione, con attribuzione delle partecipazioni in queste ultime ai soci della scissa²⁶⁸. In virtù della sua struttura, l'operazione consente il perseguimento di finalità strategiche, quali la separazione di rami d'azienda, la specializzazione per linee di business o il riposizionamento del controllo societario²⁶⁹.

La normativa civilistica non offre una definizione generale dell'istituto, limitandosi a descriverne le modalità operative. Più precisamente, l'art. 2506 c.c. stabilisce che “con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni ai soci”.

A seconda dell'entità del patrimonio oggetto di trasferimento, si distinguono due tipologie di scissione²⁷⁰: si ha scissione totale quando l'intero patrimonio della società viene assegnato a più beneficiarie, determinando l'estinzione della scissa al termine dell'operazione²⁷¹; si configura invece scissione parziale quando soltanto una parte del patrimonio viene trasferita a una o più beneficiarie, e la società scissa continua a esistere, previa riduzione del proprio patrimonio netto in misura corrispondente al valore trasferito. Un'ulteriore classificazione attiene alle modalità di attribuzione delle partecipazioni nella beneficiaria ai soci della scissa. In tal senso, possono distinguersi tre differenti tipologie di scissione: proporzionale, quando tutti i soci della scissa ricevono azioni o quote della beneficiaria in proporzione al valore della partecipazione originariamente detenuta nella società scissa; non proporzionale, qualora le partecipazioni nella beneficiaria vengano attribuite ai soci della scissa in misura non corrispondente alla quota precedentemente detenuta²⁷²; asimmetrica, nel caso in cui le partecipazioni nella beneficiaria siano

²⁶⁸ U. SOSTERO, *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, op. cit., p. 2.

²⁶⁹ T. ONESTI, I. ROMAGNOLI, *La scissione di società. Aspetti economici, civilistici e contabili*, 1996.

²⁷⁰ È inoltre ammessa la cosiddetta scissione doppia, che si realizza quando due società effettuano simultaneamente una scissione, assegnando ciascuna una parte del proprio patrimonio a favore della medesima società beneficiaria. Per ognuna delle società scisse, tale operazione può assumere la forma sia di scissione totale sia di scissione parziale, a seconda dell'entità del patrimonio trasferito. (Cfr. Consiglio Notarile di Milano, massima n.103).

²⁷¹ Tale forma richiede necessariamente la presenza di una pluralità di beneficiarie, poiché, in caso contrario, l'operazione configurerebbe una fusione per incorporazione, e non una scissione. In tal senso, si veda la relazione al D.lgs 22/1991.

²⁷² A. MORANO, *La scissione non proporzionale*, in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Consiglio Notarile, Studio n. 3, 21 aprile 2007.

assegnate esclusivamente ad alcuni soci della scissa, con la conseguenza che gli altri soci vedano aumentare la propria percentuale di partecipazione nella società scissa²⁷³.

In attuazione della Direttiva (UE) 2019/2121, il legislatore ha poi introdotto l'art. 2506.1 c.c.²⁷⁴, disciplinando anche la peculiare fattispecie della scissione mediante scorporo. Tale operazione consente alla società scissa di trasferire parte del proprio patrimonio a una o più società di nuova costituzione, attribuendo le partecipazioni nella società beneficiaria non ai soci, come avviene nella scissione ordinaria, bensì alla società scissa stessa²⁷⁵. La logica dell'operazione risiede nelle esigenze di riorganizzazione dell'impresa attraverso una struttura che consenta di separare determinati rami aziendali mantenendo inalterata la compagine sociale e il controllo sull'insieme delle attività²⁷⁶.

Quanto alla natura giuridica della scissione, la dottrina prevalente²⁷⁷ esclude che si tratti di una vicenda estintiva e costitutiva di soggetti societari, riconducendola invece a una modifica statutaria che incide sull'organizzazione interna dell'impresa, pur nella presenza di rilevanti effetti patrimoniali e soggettivi²⁷⁸.

Tale ricostruzione si riflette anche sul piano tributario, dove la natura dell'operazione incide sul trattamento fiscale applicabile.

3.5.1. (segue) Il regime fiscale applicabile e neutralità nella prospettiva della scissa, beneficiaria e dei soci

Dal punto di vista tributario, la scissione è qualificata come un'operazione fiscalmente neutrale ai fini delle imposte sul reddito²⁷⁹, in ragione della sua natura riorganizzativa²⁸⁰. Tale principio è sancito dall'art. 173 del TUIR, che garantisce la neutralità sia per le società coinvolte sia per i loro soci.

²⁷³ Più nel dettaglio, questa tipologia di scissione è disciplinata dal secondo periodo del comma 2 dell'art. 2506 c.c. il quale ammette, in presenza del consenso unanime di tutti i soci, la possibilità di non assegnare ad alcuni di essi partecipazioni in una delle società beneficiarie, ma partecipazioni della scissa.

²⁷⁴ In particolare, la fattispecie è stata introdotta tramite il D.lgs 19/2023.

²⁷⁵ A. BUSANI, *La scissione mediante scorporo*, in *Le società*, IPSOA, 4, 2023, 401.

²⁷⁶ R. SANTAGATA, *"Scissione mediante scorporo" e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. Società*, 2024, p. 269 ss.

²⁷⁷ E. CIVERRA, *Le operazioni straordinarie. Aspetti civilistici, contabili e procedurali*, 2008, pp. 583-585.

²⁷⁸ Per un'analisi approfondita sulla natura della scissione si veda R. DINI, *Scissioni. Strutture, forme e funzioni*, 2008, pp. 29-93.

²⁷⁹ G. RAGUCCI, *La scissione di società nell'imposizione diretta*, 1997.

²⁸⁰ G. FALSITTA, *Fusione di società e iscrizione di avviamento*, in *Rass. trib.*, 1986, n. 1.

Con riferimento alla società scissa, il comma 1 dell'art. 173 stabilisce che l'operazione non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o minusvalenze relative ai beni trasferiti, comprese le rimanenze e l'avviamento. In tal modo, si esclude l'imposizione fiscale sui valori latenti, assicurando che la scissione non produca effetti reddituali in capo alla scissa.

Per quanto riguarda le società beneficiarie, il comma 2 prevede che, nella determinazione del reddito imponibile, non si tenga conto dell'avanzo o disavanzo risultante dal rapporto di cambio o dall'annullamento di partecipazioni²⁸¹. I beni ricevuti devono essere valutati fiscalmente in base ai valori già riconosciuti in capo alla scissa, con l'obbligo di evidenziare eventuali divergenze rispetto ai valori contabili mediante un apposito prospetto di riconciliazione da allegare alla dichiarazione dei redditi.

Tuttavia, in deroga al principio generale di neutralità, l'art. 172, comma 15-bis, del TUIR prevede che, anche nelle operazioni di scissione, sia applicabile la disciplina dell'art. 176, comma 2-ter. In base a tale ultima norma, la società beneficiaria può ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti in bilancio, optando per un regime di imposizione sostitutiva.

Anche sul piano soggettivo, la scissione è neutrale per i soci della scissa. Ai sensi dell'art. 173, comma 3, l'operazione non determina l'emersione di plusvalenze in relazione allo scambio tra le partecipazioni originariamente detenute nella scissa e quelle ricevute nelle beneficiarie. In mancanza di una disciplina esplicita, la dottrina prevalente²⁸² e la prassi amministrativa²⁸³ ritengono che il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione originaria debba essere ripartito tra le nuove partecipazioni ricevute secondo il criterio proporzionale al valore effettivo di ciascuna di esse, comprese quelle eventualmente rimaste nella scissa. Anche alla neutralità fiscale nei confronti dei soci è prevista una deroga, qualora l'operazione comporti il pagamento di conguagli in denaro. In tal caso, si applica l'art. 47, comma 7, del TUIR, che assimila l'importo corrisposto a una parziale liquidazione della partecipazione, assoggettandolo a tassazione. A seconda della qualifica soggettiva del socio, tale somma potrà essere trattata come reddito di capitale, plusvalenza o reddito d'impresa, con eventuale applicazione del regime di participation exemption di cui agli artt. 58 e 87 del TUIR.

²⁸¹ Sulle relative nozioni si veda *infra* 3.4.1.

²⁸² In tal senso Assonime, circolare n. 20 del 2000.

²⁸³ Agenzia delle entrate, risoluzione n. 52 del 26 maggio 2015.

Con riferimento al subentro nelle posizioni soggettive²⁸⁴, l'art. 173, comma 4, TUIR prevede che, a seguito della scissione, le società beneficiarie succedano nei rapporti giuridici facenti capo alla società scissa, secondo modalità che variano in funzione della natura delle singole situazioni giuridiche. In tal modo, si garantisce la continuità di diritti e obblighi già maturati.

In linea generale, tali posizioni vengono ripartite in proporzione al patrimonio netto contabile trasferito o mantenuto²⁸⁵; tuttavia, se il diritto o l'obbligo è connesso in modo specifico a determinati beni o complessi aziendali, esso segue interamente l'elemento patrimoniale di riferimento, prevalendo così sul criterio proporzionale.

In quest'ottica, particolare attenzione merita la disciplina dei fondi per rischi e oneri iscritti nel bilancio della società scissa. Se tali fondi sono riferibili a specifici elementi patrimoniali, si trasferiscono alla beneficiaria cui tali elementi sono attribuiti, secondo un criterio di connessione oggettiva. In mancanza di un legame diretto con singoli beni o complessi aziendali, si applica il criterio proporzionale rispetto alle quote di patrimonio netto trasferite (art.173 comma 6).

Un analogo principio informatore si applica al trasferimento delle riserve in sospensione d'imposta. Ai sensi dei commi 4 e 9 dell'art. 173 TUIR, esse si trasferiscono alle beneficiarie in proporzione al patrimonio netto attribuito, salvo che la riserva sia riferibile a un singolo elemento patrimoniale, nel qual caso segue l'elemento stesso. Le riserve trasferite conservano la medesima natura fiscale che avevano in capo alla scissa, anche qualora confluiscono nel capitale della beneficiaria²⁸⁶

Circa il trattamento delle perdite fiscali, l'art. 173, comma 10, TUIR stabilisce che si applicano le stesse regole previste per la fusione dall'articolo 172, commi 7, 7-bis e 7-ter²⁸⁷. In particolare: alla società scissa si applicano le disposizioni previste per il soggetto incorporato; viceversa, alla società beneficiaria quelle previste per il soggetto che risulta dalla fusione.

²⁸⁴ Per posizione soggettiva si intende un diritto o obbligo maturato in capo alla società scissa che, per effetto della scissione, non si estingue, ma si trasferisce, in tutto o in parte, alle società beneficiarie, e, nel caso di scissione parziale, può permanere in capo alla scissa. (Cfr. Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 91/E del 2002.)

²⁸⁵ I crediti d'imposta chiesti a rimborso e le eccedenze compensabili in capo alla società scissa non seguono il criterio proporzionale, mentre i crediti agevolativi devono essere assegnati secondo le regole proprie di ciascuna agevolazione, garantendo coerenza tra continuità soggettiva e finalità del beneficio. (Cfr. Articolo 173, comma 4)

²⁸⁶ Agenzia delle Entrate, risoluzione 2 ottobre 2002, n. 317.

²⁸⁷ Si veda *infra* par. 3.4.3.

A differenza della fusione, tuttavia, la scissione presenta una particolarità: il diritto al riporto delle perdite si distribuisce tra più soggetti. In caso di scissione totale, tale diritto spetta a tutte le società beneficiarie, mentre nella scissione parziale permane anche in capo alla società scissa per la parte di perdite da essa maturate²⁸⁸. Questo aspetto rende necessario un riparto attento e coerente con la logica dell'operazione, in modo da garantire il rispetto del principio di continuità e impedire l'utilizzo strumentale delle perdite fiscali²⁸⁹.

Quanto agli effetti fiscali della scissione, in via ordinaria, gli stessi decorrono dal momento in cui l'operazione diventa efficace sul piano civilistico, cioè dalla data dell'ultima iscrizione dell'atto presso il registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2506-quater c.c. Tuttavia, l'art. 173, comma 11, TUIR consente, in presenza di scissione totale e a condizione che vi sia coincidenza tra la chiusura dell'ultimo periodo d'imposta delle società scisse e delle beneficiarie, di anticipare fiscalmente gli effetti dell'operazione al primo giorno dell'ultimo periodo d'imposta della società scissa. La ratio di tale previsione è quella di evitare la creazione di un periodo d'imposta intermedio, con i relativi oneri dichiarativi e gestionali²⁹⁰.

Da ultimo, a presidio degli interessi erariali, l'art. 173, comma 13, TUIR prevede una responsabilità solidale e illimitata delle società beneficiarie per le imposte, le sanzioni, gli interessi e ogni altro debito della scissa, derogando la regola civilistica della responsabilità limitata alla quota di patrimonio ricevuto. Si riconosce così all'Erario una posizione privilegiata, in quanto creditore pubblico tutelato da valori di rango costituzionale²⁹¹, con possibilità per l'Amministrazione finanziaria di agire direttamente verso ciascuna beneficiaria e di adottare nei loro confronti misure cautelari²⁹². Tale impostazione, è stata valorizzata anche dalla giurisprudenza di legittimità sottolineando la necessità di garantire la continuità delle garanzie patrimoniali offerte dalla scissa²⁹³.

²⁸⁸ L. GAIANI, *Perdite riportabili dopo una scissione*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 agosto 2009, p. 31.

²⁸⁹ D. LIBURDI, *L'attribuzione delle perdite nell'ambito delle operazioni di scissione*, in *il fisco*, 2009, n. 23, p. II/4830 ss.

²⁹⁰ M. DI SIENA, *La scissione di società*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, L. MIELE (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018.

²⁹¹ Tale deroga è stata ritenuta legittima anche dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n.90/2018, ha dichiarato infondate le questioni relative alla compatibilità di tale regime con gli artt. 3 e 53 Cost.

²⁹² Alcuni autori, tra cui G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, pp. 218-219, ritengono che la responsabilità illimitata nelle scissioni possa essere ricavata dall'art. 173, comma 4.

²⁹³ In tal senso, Cass. civ., sez. V, sent. n. 10238 del 29 maggio 2020 dove si statuisce che “*in materia fiscale, la disciplina normativa estende la solidarietà illimitata tra scissa e beneficiaria per l'evidente*

3.5.2. (segue) Il nuovo comma 15-ter: trattamento fiscale applicabile alla scissione mediante scorporo

Con l'introduzione del comma 15-ter all'art. 173 del TUIR, il legislatore ha colmato un rilevante vuoto normativo, disciplinando in modo specifico il regime fiscale della scissione mediante scorporo. Come già detto²⁹⁴, si tratta di una particolare forma di scissione parziale in cui una parte del patrimonio della società scissa viene trasferita a una o più società di nuova costituzione, con assegnazione delle relative partecipazioni alla società scissa stessa, anziché ai suoi soci²⁹⁵.

Data la struttura peculiare dell'operazione, il nuovo regime prevede che si applichino, in linea generale, le disposizioni dell'art. 173, ad eccezione dei commi 3, 7, 9 e 10. Il comma 3 non trova applicazione in quanto non si realizza alcuna assegnazione ai soci e non si pone, dunque, il problema della ripartizione del valore fiscale delle partecipazioni. Il comma 7 è escluso perché la scissione mediante scorporo, essendo necessariamente parziale, non consente la retrodatazione degli effetti fiscali. Il comma 9 non si applica in quanto il trattamento delle riserve in sospensione d'imposta è espressamente disciplinato nelle nuove disposizioni dedicate. Il comma 10 è escluso poiché il riporto delle perdite presuppone l'esistenza pregressa della società beneficiaria, condizione che non ricorre nei casi di scorporo in cui la beneficiaria viene costituita ex novo.

Venendo al regime fiscale specificamente previsto per l'operazione in esame, il comma 15-ter chiarisce che, in coerenza con il principio di neutralità, le partecipazioni ricevute dalla società scissa assumono un valore fiscale pari al valore netto dei beni trasferiti alla beneficiaria²⁹⁶. In modo speculare, le attività e passività oggetto di scorporo sono assunte dalla nuova società beneficiaria con il medesimo valore fiscalmente riconosciuto che avevano in capo alla scissa, inclusi eventuali avviamenti in caso di scorporo d'azienda²⁹⁷. Con riferimento all'assegnazione alla scissa della partecipazione nella beneficiaria, il decreto individua tre diverse ipotesi. Nel caso in cui lo scorporo riguardi un'azienda, le

necessità di garantire l'Amministrazione finanziaria dalla ingiustificata riduzione delle garanzie patrimoniali anteriormente offerte dalla società scissa"

²⁹⁴ Vedi *infra* par. 3.5.

²⁹⁵ A. BUSANI, *La scissione mediante scorporo*, in *Società*, 2023, n. 4, p. 401 ss.

²⁹⁶ C. PECORARO, *Scissione mediante scorporo: lineamenti generali*, in E. DELLA VALLE, G. FRANSONI (a cura di), *Profili tributari dello scorporo*, 2024.

²⁹⁷ F. DE ROSA, *Scissione con scorporo con regole ad hoc sulla continuità del possesso dei beni*, in *Eutekne.info*, 31 maggio 2024.

partecipazioni ricevute dalla scissa sono iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie nei medesimi bilanci in cui erano iscritti i beni trasferiti e conservano l'anzianità di possesso dell'azienda stessa. La medesima disciplina si applica anche quando oggetto di scorporo siano partecipazioni che soddisfano i requisiti per l'applicazione del regime di participation exemption, con esclusione del requisito temporale²⁹⁸. In tutti gli altri casi — scorporo di beni singoli, di elementi patrimoniali non qualificabili come azienda, o di partecipazioni che non presentano i requisiti PEX — il regime di esenzione si applica solo nel momento in cui risultino integrati tutti i requisiti ordinariamente richiesti dall'art. 87 del TUIR²⁹⁹.

In linea con la disciplina prevista per le scissioni parziali ordinarie, poi, anche nella scissione mediante scorporo le posizioni giuridiche soggettive non direttamente riferibili agli elementi patrimoniali trasferiti (quali eccedenze ACE, perdite fiscali pregresse, interessi passivi) sono ripartite tra la scissa e la beneficiaria in proporzione al patrimonio netto contabile oggetto di scissione rispetto al patrimonio netto complessivo della scissa alla data di efficacia giuridica dell'operazione. Ai fini del calcolo, si deve escludere dal patrimonio netto della scissa il valore delle partecipazioni da essa ricevute nella beneficiaria, in quanto tali partecipazioni non hanno concorso alla formazione delle posizioni soggettive oggetto di trasferimento³⁰⁰. A tal fine, il legislatore ha inoltre chiarito che le posizioni soggettive ancora in corso di formazione, e dunque non definitivamente cristallizzate al momento della scissione, non devono essere oggetto di ripartizione³⁰¹.

Ulteriore profilo rilevante è quello relativo alla stratificazione del patrimonio netto. In tal senso, in deroga alla disciplina prevista per le scissioni ordinarie — dove le riserve non collegate a specifici beni sono ripartite proporzionalmente e quelle connesse a singoli elementi patrimoniali seguono gli stessi — il nuovo comma 15-ter stabilisce che, nella scissione mediante scorporo, la società scissa conserva integralmente la composizione

²⁹⁸ Cfr. L. MIELE, S. REGALBUTO, P. SAGGESE, F. VERNASSA, E. ZANETTI, *Scissione mediante scorporo: la disciplina fiscale alla luce dell'attuazione della riforma tributaria*, Documento di Ricerca, Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 30 maggio 2024.

²⁹⁹ L. ROSSI, M. BABELE, *La disciplina fiscale della scissione mediante scorporo*, in *Modulo24 Wealth Planning*, 2024.

³⁰⁰ Cfr. Relazione illustrativa al D.lgs 192/2024, p.46.

³⁰¹ In passato, l'Agenzia delle Entrate, con la risposta a interpello n. 353/2023, aveva sostenuto che la perdita fiscale in corso di maturazione nel periodo interinale potesse configurare una posizione soggettiva da ripartire. Tale impostazione è stata oggetto di ampie critiche in dottrina, che ne ha contestato la scarsa coerenza sistematica e ha auspicato un chiarimento normativo, poi accolto con l'introduzione del comma 15-ter. (Cfr. R. MICHELUTTI, V. MAIESE, *Scissione parziale e perdita fiscale del periodo interinale: il caso dell'elusione "imposta per legge"*, in *il fisco*, 2023, n. 30, p. 2883).

fiscale del proprio patrimonio netto quale risultante dal bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della scissione³⁰².

Tale principio si applica anche alle riserve in sospensione d'imposta, comprese quelle soggette a vincoli di destinazione e persino quando collegate a beni trasferiti: esse restano in capo alla scissa, senza obbligo di ricostituzione da parte della beneficiaria. Per quest'ultima, invece, l'incremento di patrimonio netto derivante dall'operazione assume, ai fini fiscali, la natura di riserva di capitale, in analogia con quanto previsto in caso di conferimenti d'azienda³⁰³.

Da ultimo, il nuovo comma 15-quater dell'art. 173 TUIR introduce un'esplicita esclusione dal perimetro dell'abuso del diritto per le operazioni di scissione mediante scorporo aventi ad oggetto un'azienda, seguite dalla cessione delle partecipazioni ricevute dalla scissa. L'intervento si è reso necessario per ragioni di coerenza sistematica: trattandosi di un'operazione sostanzialmente analoga al conferimento d'azienda seguito dalla cessione delle partecipazioni nella conferitaria — operazione espressamente considerata non elusiva ai sensi dell'art. 176, comma 3, TUIR — sarebbe stato contraddittorio disciplinare diversamente due fattispecie simmetriche.

È stato inoltre chiarito³⁰⁴ che la scissione mediante scorporo avente ad oggetto singoli beni non configura automaticamente un abuso del diritto, ferma restando la necessità di valutare caso per caso la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 10-bis dello Statuto del contribuente, in particolare quando l'operazione abbia ad oggetto beni minusvalenti³⁰⁵.

³⁰² Cfr. Assonime, circolare n. 14 del 22 maggio 2023, par. 4.

³⁰³ F. CAPITTA, A. VACCA, *L'istituto civilistico della scissione mediante scorporo trova una specifica disciplina fiscale*, in *il fisco*, 2025, n. 7, p. 579.

³⁰⁴ Cfr. Relazione illustrative al D.lgs 192/2024, p. 48.

³⁰⁵ Cfr. circolare Assonime n. 14/2023, secondo cui “*la particolarità che si riscontra nella fattispecie di scissione ex art. 2506.1 c.c. di un asset minusvalente e di cessione del ‘veicolo’ in cui l’asset sia confluito, è che mentre nella normalità dei casi i fenomeni di duplicazione si manifestano, per effetto delle dinamiche di mercato, dopo che i valori fiscali dei beni di primo grado e di secondo grado si sono già formati, nello schema ipotizzato le operazioni vengono realizzate quando il bene di primo grado è già minusvalente. Per effetto della scissione, la minusvalenza latente viene replicata sulla partecipazione nella beneficiaria che si genera per effetto dell’operazione, creando i presupposti per una doppia deduzione rispetto a quella che sarebbe altrimenti potuta emergere in caso di realizzo diretto del bene di primo grado*”.

CAPITOLO IV – PRASSI AMMINISTRATIVA E CONFIGURAZIONE DELL’ABUSO DEL DIRITTO NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Il Capitolo corrente esamina il ruolo della prassi amministrativa nella qualificazione delle operazioni straordinarie come elusive, alla luce degli orientamenti più recenti relativi all’interpretazione della clausola generale antiabuso. L’analisi si concentrerà, in particolare, sulle fattispecie più ricorrenti — conferimenti, scissioni e fusioni — con l’obiettivo di ricostruire i criteri seguiti dall’Amministrazione per accertare la sussistenza del vantaggio fiscale indebito, della carenza di sostanza economica, dell’essenzialità del vantaggio e dell’assenza di valide ragioni extrafiscali.

4.1. La rilevanza della prassi amministrativa nell’individuazione delle operazioni elusive

Le operazioni straordinarie possono essere qualificate come elusive quando, pur rispettando formalmente le disposizioni civilistiche e tributarie, risultano prive di sostanza economica e orientate essenzialmente all’ottenimento di vantaggi fiscali indebiti³⁰⁶. In tali ipotesi, l’operazione – pur non integrando una violazione esplicita delle norme – si pone in contrasto con la ratio dell’ordinamento tributario, poiché altera artificialmente la realtà economica per perseguire un indebito risparmio d’imposta.

L’individuazione del carattere abusivo di una determinata operazione compete all’Amministrazione finanziaria, la quale è chiamata a verificare, in concreto, la sussistenza dei presupposti previsti dalla clausola generale antiabuso di cui all’art. 10-bis della l. n. 212/2000³⁰⁷.

In questo contesto, risulta fondamentale comprendere il procedimento attraverso cui l’Amministrazione finanziaria giunge a qualificare un’operazione come abusiva³⁰⁸. Una ricostruzione accurata del percorso logico seguito dal Fisco consente, in primo luogo, di cogliere le modalità con cui operazioni formalmente lecite vengono scomposte e ricondotte alla fattispecie dell’abuso del diritto; in secondo luogo, di offrire al

³⁰⁶ G. ALBANO, S. DI CAVE, “L’abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale”, in *Corriere Tributario*, n. 42/2017.

³⁰⁷ G. FRANSONI, *Abuso del diritto: generalità della clausola e determinatezza del procedimento*, in *Rass. trib.*, 2017.

³⁰⁸ Sul procedimento relativo all’individuazione delle operazioni elusive e alla sussistenza delle condizioni che legittimano la contestazione si veda, da ultimo, anche A. AGASSA, *L’atto di indirizzo sull’abuso del diritto alla prova dell’operatività degli uffici*, pubblicato il 1° aprile 2025 su *Blastonline.it*, disponibile all’indirizzo: <https://www.blastonline.it>.

contribuente strumenti operativi utili per predisporre una difesa coerente con i criteri interpretativi espressi nella prassi.

Tale approccio si articola in una sequenza valutativa ben definita, applicata in modo sistematico ogniqualvolta occorra verificare la natura elusiva di un'operazione, sia essa straordinaria o meno. In tal senso, la prassi chiarisce che si deve procedere prioritariamente “alla verifica dell'esistenza del primo elemento costitutivo – l'indebito vantaggio fiscale – in assenza del quale l'analisi antiabusiva deve intendersi terminata. Diversamente, al riscontro della presenza di un indebito vantaggio, si proseguirà nell'analisi della sussistenza degli ulteriori elementi costitutivi dell'abuso (assenza di sostanza economica ed essenzialità del vantaggio indebito). Infine, solo qualora si dovesse riscontrare l'esistenza di tutti gli elementi, l'Amministrazione finanziaria procederà all'analisi della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extrafiscali”³⁰⁹.

4.2. L'elusione nei conferimenti d'azienda e di partecipazioni

Tra le fattispecie che più frequentemente pongono questioni in termini di possibile elusività, rientrano le operazioni di conferimento d'azienda e di partecipazioni. Quest'ultime si caratterizzano per l'applicazione di un regime di neutralità, quantomeno nella forma indotta. Proprio tale impostazione, che esclude l'immediata emersione di componenti imponibili, rende queste operazioni suscettibili di un utilizzo strumentale volto a conseguire vantaggi fiscali indebiti mediante l'aggiramento di regole realizzative. Tuttavia, non ogni ricorso a tali strumenti configura un'ipotesi di elusione. Devono infatti essere ricondotte nell'ambito del legittimo risparmio d'imposta tutte quelle ipotesi in cui l'impiego del conferimento, pur comportando effetti favorevoli sul piano tributario, venga effettuato coerentemente con la ratio delle norme di volta in volta utilizzate.

In questa prospettiva, l'ordinamento prevede, da un lato, strumenti di contrasto a condotte elusive, come l'art. 175, comma 2, del TUIR, volto a impedire l'aggiramento dei requisiti per l'applicazione del regime PEX; dall'altro, riconosce espressamente la legittimità di determinate sequenze negoziali. È il caso, ad esempio, della cessione indiretta d'azienda,

³⁰⁹ Sul procedimento relativo all'individuazione delle operazioni elusive e alla sussistenza delle condizioni che legittimano la contestazione si veda, da ultimo, anche A. AGASSA, *L'atto di indirizzo sull'abuso del diritto alla prova dell'operatività degli uffici*, op. cit.

per la quale l'art. 176, comma 3, del TUIR esclude in via esplicita l'abusività dell'operazione.

Proprio in applicazione di tale ultima disposizione, l'Agenzia delle Entrate, con la risposta a interpello n. 260 del 2023, ha escluso il carattere abusivo di un'operazione di riorganizzazione in cui la società Alfa ha conferito un ramo d'azienda nella neocostituita Beta, cedendone successivamente l'intera partecipazione alla società Gamma, con la quale ha contestualmente stipulato un contratto di affitto relativo a un sotto-ramo del compendio originariamente trasferito. Più nel dettaglio, l'Agenzia ha ritenuto che, “nel presupposto [...] che il prezzo di cessione delle partecipazioni nella conferitaria alla società istante sia congruo, [...] ossia adeguato al valore di mercato dell'azienda precedentemente conferita”, l'operazione debba considerarsi sottratta al sindacato antiabuso, in quanto riconducibile a una sequenza negoziale lecita espressamente prevista dal legislatore.

Di segno opposto è stato il giudizio espresso in relazione a un'operazione strutturata per beneficiare del regime agevolativo previsto dalla legge n. 208 del 2015³¹⁰, relativo all'assegnazione ai soci di beni immobili non strumentali all'attività d'impresa³¹¹. In questo caso, la società: aveva conferito l'azienda in una newco partecipata dagli stessi soci; aveva mantenuto nel proprio patrimonio l'immobile strumentale in cui si svolgeva l'attività; lo aveva successivamente locato alla newco, così da farne formalmente venir meno la strumentalità; e si era infine sciolta senza liquidazione, assegnando ai soci sia l'immobile locato che le partecipazioni nella conferitaria.

L'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che l'operazione integrasse tutti e tre i requisiti della clausola antiabuso. In primo luogo, il vantaggio fiscale ottenuto³¹² è stato giudicato indebito, poiché conseguito in contrasto con la finalità della norma agevolativa: favorire l'estromissione di immobili non più destinati all'attività d'impresa. Nel caso esaminato, invece, l'immobile continuava a essere impiegato nell'attività d'impresa, seppur in via indiretta, tramite il contratto di locazione con la conferitaria.

In secondo luogo, l'operazione è stata ritenuta priva di sostanza economica. A conclusione della sequenza negoziale — conferimento dell'azienda, assegnazione

³¹⁰ In particolare, art.1 commi 115-120.

³¹¹ Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 99 del 2017.

³¹² Quest'ultimo era rappresentato dall'accesso al regime di tassazione agevolata per l'assegnazione di beni immobili non strumentali per l'attività d'impresa previsto ai commi da 115-120 dalla l. n. 208/2015.

dell'immobile e successiva estinzione della conferente — i soci si ritrovavano nella stessa posizione iniziale: detentori di partecipazioni in una società che esercitava la stessa attività, nello stesso immobile, ora semplicemente locato³¹³.

Quanto al requisito dell'essenzialità del vantaggio fiscale, l'Agenzia ha rilevato che l'unico effetto concreto dell'operazione consisteva nell'applicazione di un regime agevolato a un'ipotesi che ne sarebbe rimasta esclusa. Infine, l'Agenzia ha escluso la rilevanza della ragione extrafiscale addotta dai contribuenti — ossia la prossimità dei soci all'età pensionabile e la possibilità di vendere l'immobile a terzi — ritenendo che tale circostanza non fosse idonea a giustificare il ricorso a una costruzione negoziale artificiosa e articolata, finalizzata unicamente a ottenere il realizzo di beni strumentali in condizioni fiscalmente più favorevoli rispetto a quelle previste dal regime ordinario.

In un altro caso³¹⁴, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto non configurabile un'ipotesi di abuso in una complessa operazione di riorganizzazione, attuata mediante conferimenti di azienda e di partecipazioni, finalizzata all'indebitamento di una holding per l'acquisto indiretto di un'azienda.

Nel dettaglio, i soci della società Beta — intenzionati ad acquisire l'azienda che essi stessi conducevano in affitto da Alfa — hanno costituito una holding, alla quale hanno conferito tutte le partecipazioni detenute in Beta, avvalendosi del regime di realizzo controllato di cui all'art. 177, comma 2, del TUIR. Successivamente, Alfa ha conferito l'azienda di sua proprietà in Beta, beneficiando del regime di neutralità fiscale previsto dall'art. 176 del TUIR. A completamento dell'operazione, Alfa ha ceduto alla holding le partecipazioni ricevute da Beta in occasione del conferimento, generando una plusvalenza esente ai sensi dell'art. 87 del TUIR.

L'Amministrazione finanziaria ha ritenuto insussistente il carattere indebito del vantaggio fiscale, in quanto non in contrasto con la ratio del regime di neutralità fiscale previsto per la cessione indiretta d'azienda: la struttura negoziale adottata, sostiene il Fisco, “consente al cedente di cedere le partecipazioni anziché direttamente l'azienda e al cessionario di acquistare le partecipazioni per il tramite di un veicolo che si indebiterà con gli istituti

³¹³ In tal senso, l'Agenzia ha sostenuto che “*la fattispecie delineata [...] comporterebbe il realizzarsi di una operazione che assume il carattere della circolarità, in quanto il percorso seguito condurrebbe ad un risultato finale sostanzialmente identico al punto di partenza in termini di utilizzo del bene nella medesima attività d'impresa, non potendosi ricondurre l'assegnazione del bene ai soci ad una sostanziale estromissione dal regime d'impresa*”.

³¹⁴ Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 38 del 2019.

bancari per pagare il prezzo di cessione”. Infatti, come precisato dall’Agenzia, la costituzione di un veicolo ad hoc per l’acquisizione indiretta non assume alcuna rilevanza ai fini della valutazione dell’abusività dell’operazione³¹⁵.

Con riferimento poi all’elusività delle operazioni di conferimento di partecipazioni, con la risposta a interpello n. 199/2021, il Fisco ha escluso la natura abusiva di un’operazione in cui una persona fisica non imprenditore ha conferito, avvalendosi del regime di realizzo controllato di cui all’art. 177, comma 2, del TUIR, le partecipazioni detenute in due società, Alfa e Beta, in una holding di nuova costituzione. Quest’ultima, a seguito del conferimento, ha ceduto le partecipazioni ricevute in Alfa beneficiando dell’esonazione da imposizione prevista dall’art. 87 del TUIR³¹⁶.

In particolare, l’Agenzia ha dapprima escluso “tout court l'applicazione dell'articolo 177, comma 3 atteso che per tale tipologia di contribuente [persona fisica non imprenditore] le plusvalenze eventualmente realizzate costituiscono un reddito diverso ai sensi dell'articolo 67 del TUIR”. Ha poi chiarito che la successiva cessione della partecipazione da parte della holding conferitaria non configura un vantaggio fiscale indebito, poiché il risparmio d’imposta che ne deriva non si pone in contrasto con la ratio della normativa applicata.

Ciò in quanto, secondo l’Agenzia, l’operazione effettuata non determina un’esonazione definitiva dalla tassazione: la plusvalenza emergente nella successiva cessione da parte della holding, pur esente ex art. 87 del TUIR, è destinata a essere tassata in capo al socio persona fisica al momento della distribuzione degli utili, mediante applicazione della ritenuta d’imposta del 26% prevista dall’art. 27 del d.P.R. n. 600/1973. È stato inoltre rilevato che anche l’operazione alternativa — ossia la cessione diretta delle partecipazioni da parte della persona fisica senza previo conferimento — avrebbe comportato l’applicazione della medesima aliquota, ma sull’intera plusvalenza realizzata.

³¹⁵ In tal senso, l’Agenzia afferma che “*le operazioni poste in essere nel loro complesso non presentano profili di abuso del diritto ai fini delle imposte sui redditi dal momento che, ai sensi dell’articolo 176, comma 3, del TUIR, il comportamento prescelto nella circolazione indiretta dell’azienda non configura un’ipotesi di abuso del diritto e la costituzione di un veicolo ad hoc per l’acquisizione non assume alcuna rilevanza a tal fine*”. Inoltre, particolare enfasi è stata posta sulla circostanza in base a cui tra le società che partecipano all’operazione “*non vi è alcun tipo di legame se non l’affitto di azienda*”.

³¹⁶ In relazione al conferimento di partecipazioni a cui segue o precede una donazione si vedano invece: M. TARDINI, *Conferimento di partecipazioni minusvalenti seguito da donazione non elusivo*, Eutekne, 2024; E. ZANETTI, *Risparmio dell’imposta sulle donazioni con partecipazioni conferite in realizzo controllato*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 2022.

Diversa è stata la valutazione operata dall'Amministrazione finanziaria in un altro caso di conferimento di partecipazioni, nel quale è stata ravvisata un'ipotesi di abuso del diritto³¹⁷. L'operazione riguardava il conferimento, da parte di una persona fisica, di due partecipazioni qualificate (ciascuna pari al 49%) in una newco, Alfa, effettuato in regime di realizzo controllato ai sensi dell'art. 177 del TUIR. Successivamente, la partecipazione totalitaria in Alfa era stata conferita nella società Beta — anch'essa controllata dal medesimo soggetto, con una quota pari al 51% — sempre in regime di realizzo controllato. Era infine stata prevista la fusione per incorporazione di Alfa in Beta, con la finalità dichiarata di semplificare la catena partecipativa.

L'operazione è stata ritenuta elusiva in quanto diretta essenzialmente a conseguire un vantaggio fiscale indebito mediante una sequenza di atti privi di sostanza economica. Quanto alla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, l'Amministrazione finanziaria ha, in primo luogo, rilevato il carattere indebito del beneficio fiscale nella combinazione dei regimi di realizzo controllato e di neutralità fiscale ex artt. 177 e 172 TUIR. Invero, una tale struttura negoziale si pone in contrasto con la regola generale applicabile ai conferimenti effettuati da persone fisiche non imprenditori, i quali, salvo che ricorrano le condizioni richieste dall'art. 177, determinano la realizzazione di plusvalenze imponibili ai sensi dell'art. 9 TUIR. La ratio del regime di realizzo controllato è infatti quella di agevolare l'ingresso di partecipazioni qualificate in assetti societari strutturati, non quella di consentire l'elusione del regime impositivo ordinario tramite passaggi meramente strumentali³¹⁸.

Accertata l'esistenza del vantaggio fiscale indebito, l'Agenzia ha quindi accertato anche gli ulteriori presupposti dell'abuso. In relazione al requisito della sostanza economica, quest'ultima è stata ritenuta insussistente, poiché l'operazione “non appare rispondere a logiche di mercato ma verrebbe realizzata al sol fine di sottrarsi al regime del realizzo (pieno)”, consentendo il trasferimento delle partecipazioni originariamente conferite nella holding alla società incorporante (Beta) senza l'emersione delle relative plusvalenze.

Quanto al requisito dell'essenzialità del vantaggio fiscale, esso è stato ritenuto integrato, in quanto l'operazione risultava priva di finalità ulteriori rispetto al conseguimento del beneficio tributario, che ne costituiva l'unico effetto sostanziale. Da ultimo, anche le

³¹⁷ Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 200 del 2024.

³¹⁸ E. ZANETTI, *Scambio di partecipazioni e abuso del diritto nella prassi dell'Agenzia delle Entrate*, 2021.

ragioni extrafiscali invocate — fondate sulla presunta utilità derivante dalla semplificazione della catena partecipativa — sono state ritenute irrilevanti, in quanto ricondotte a meri effetti collaterali di un'artificiosa costruzione negoziale predisposta unicamente al fine di ottenere il vantaggio fiscale indebitamente fruito.

Sempre con riferimento ai conferimenti di partecipazioni, l'Agenzia delle Entrate, con la risposta a interpello n. 160/2023, ha poi esaminato una complessa operazione di riorganizzazione societaria articolata in due distinti conferimenti in regime di realizzo controllato, rispettivamente ai sensi dei commi 2 e 2-bis dell'art. 177 TUIR. L'operazione aveva ad oggetto la ristrutturazione dell'assetto di controllo di una società operativa, detenuta da quattro persone fisiche in misura paritaria.

In una prima fase, i soci avevano conferito congiuntamente le partecipazioni in una holding neocostituita, applicando il regime di realizzo controllato ex art. 177, comma 2, TUIR. In una fase successiva, ciascun socio avrebbe conferito la propria partecipazione nella società holding in una holding unipersonale da egli interamente detenuta, avvalendosi del comma 2-bis del medesimo articolo.

L'Agenzia ha ritenuto che, nel complesso, la riorganizzazione non configurasse un'ipotesi di abuso del diritto, in quanto coerente con la ratio delle norme sul realizzo controllato, le quali mirano rispettivamente a favorire una governance unitaria (comma 2) e a consentire un'efficiente gestione del patrimonio personale dei soci (comma 2-bis). Tuttavia, ha anche precisato che la valutazione potrebbe mutare qualora le operazioni descritte — eventualmente combinate con altri atti non dichiarati — fossero in realtà preordinate ad aggirare l'holding period di 60 mesi previsto dal comma 2-quater per l'applicazione del regime PEX.

In particolare, l'Agenzia ha avvertito che qualora la holding costituita nella prima fase cedesse la partecipazione nella società operativa dopo dodici mesi dal conferimento, beneficiando dell'esenzione di cui l'art. 87 TUIR, si potrebbe determinare un aggiramento del vincolo temporale previsto per le holding unipersonali. In tal caso, la riorganizzazione, apparentemente neutra, assumerebbe natura elusiva in quanto volta a ottenere un indebito vantaggio fiscale attraverso l'applicazione di un regime agevolato in assenza dei presupposti sostanziali richiesti dalla norma.

L'esame della prassi amministrativa dimostra come la qualificazione elusiva delle operazioni di conferimento dipenda non solo dalla coerenza tra il vantaggio fiscale

ottenuto e la ratio delle norme agevolative applicate, ma anche dalla sussistenza di una reale sostanza economica e dalla non essenzialità del beneficio tributario conseguito. Nei casi in cui l'operazione sia stata sorretta da esigenze organizzative oggettive — come nella cessione indiretta d'azienda o nella strutturazione di una holding per l'indebitamento funzionale all'acquisizione di un ramo d'azienda — l'Agenzia ha escluso la natura abusiva, ritenendo coerente il vantaggio fiscale con la funzione economica perseguita. In senso opposto, sono stati ritenuti elusivi i conferimenti volti a simulare l'estromissione agevolata di immobili strumentali o a trasferire partecipazioni tra società riconducibili al medesimo soggetto, privi di logiche di mercato e articolati unicamente per accedere a regimi di realizzo controllato e neutralità fiscale. In tali ipotesi, il vantaggio fiscale è stato considerato l'unico effetto sostanziale dell'operazione, e le ragioni extrafiscali addotte sono state giudicate strumentali rispetto a una costruzione priva di un'autonoma giustificazione economica.

4.3. La scissione nelle valutazioni dell'Amministrazione: da operazione sospetta a strumento legittimo

Tra le operazioni straordinarie, la scissione è sicuramente quella che desta più problemi in termini di abusività. Per lungo tempo, l'ordinamento ha guardato con sospetto alle operazioni di scissione, considerate potenzialmente idonee a perseguire vantaggi fiscali indebiti attraverso strutture formalmente legittime ma prive di sostanza economica.

Tale atteggiamento di sfavore trovava fondamento nella clausola antielusiva speciale introdotta con l'art. 123-bis, comma 16, del TUIR, ad opera del D.Lgs. n. 503/1992. In collegamento con l'art. 10 della l. n. 408/1990, la norma disconosceva tout court i benefici fiscali delle scissioni non proporzionali e di quelle non aventi ad oggetto aziende o rami d'azienda, qualificandole in via presuntiva come elusive.

Tale presunzione assoluta — priva di spazio per una prova contraria — era giustificata dal timore che la scissione venisse impiegata come strumento alternativo all'assegnazione o alla cessione di singoli beni (operazioni tipicamente realizzative)³¹⁹. In particolare, si temeva che la scissione potesse servire a “traslare” la tassazione dal bene di primo grado

³¹⁹ R. LUPI, *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazioni della fusione e fobie antielusive*, in *il fisco*, 1993, p. 2211.

(ad esempio, un immobile) alla partecipazione nella beneficiaria, poi facilmente alienabile in regime di capital gain.

Questo impianto normativo, tuttavia, ha suscitato ampie critiche in dottrina, soprattutto con riferimento al divieto delle scissioni non proporzionali, che potevano in realtà rispondere a finalità riorganizzative e gestionali³²⁰. Malgrado l'intervento abrogativo dell'art. 9, comma 6, del D.Lgs. n. 358/1997, volto a superare lo stigma verso l'operazione, per lungo tempo la prassi amministrativa ha continuato a manifestare un atteggiamento restrittivo.

Numerosi pareri del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive³²¹ (di seguito anche "il Comitato") hanno infatti qualificato come abusive le scissioni che, seppur formalmente neutrali, risultavano inserite in disegni riorganizzativi più ampi volti a conseguire vantaggi fiscali. Tra i casi più significativi si ricordano le scissioni finalizzate alla costituzione di società contenitore per la successiva assegnazione di beni ai soci, oppure alla cessione delle partecipazioni nella beneficiaria con lo scopo di sostituire il regime impositivo applicabile ai beni con quello più mite previsto per le partecipazioni.

Esemplificativo è il parere del Comitato n. 28/2006, relativo a una scissione seguita dalla cessione delle partecipazioni nella scissa: pur riconoscendo la neutralità dell'operazione isolata³²², il Comitato ha ritenuto l'intera sequenza elusiva, in quanto volta a ottenere la circolazione agevolata di un ramo d'azienda, attraverso una struttura artificiosa creata unicamente per beneficiare del minor carico fiscale sulle plusvalenze³²³. Simili valutazioni sono state espresse anche nei pareri nn. 41 e 48 del 2005, nei quali è stata posta un'enfasi eccessiva sul concetto delle "valide ragioni economiche", interpretate

³²⁰ Per un'ampia ricostruzione sul tema si veda ODCEC (Roma), *Elusione fiscale e circolazione dell'azienda ai fini IRES nella scissione societaria*, vol. I, 2016.

³²¹ Istituito dalla legge n. 413 del 1991 e operativo dal 1998 fino alla sua soppressione ad opera del D.L. n. 223 del 2006, era incaricato di esprimere valutazioni in merito alla possibile natura elusiva di operazioni, atti o adempimenti che i contribuenti intendevano realizzare. In particolare, rientrava nelle sue attribuzioni l'esame delle istanze di interpello riferite all'applicazione dell'art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973, qualora l'Agenzia delle Entrate non si fosse espressa o avesse adottato una posizione negativa.

³²² Più nello specifico nel parere si affermava che l'elusività dell'operazione va individuata 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".

³²³ Infatti, si è ritenuto che la scissione avesse come unico scopo quello di creare 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".

come vero e proprio presupposto positivo di liceità fiscale³²⁴. Un'impostazione fortemente criticata in dottrina per la sua incompatibilità con il principio di legalità e con la disciplina generale contenuta nell'allora vigente art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973³²⁵. Una graduale inversione di rotta, invece, si è manifestata solo dopo l'introduzione della clausola generale antiabuso di cui all'art. 10-bis della l. n. 212/2000, trovando piena espressione nelle risoluzioni nn. 97 e 98 del 2017³²⁶.

In queste pronunce, l'Amministrazione finanziaria ha iniziato a delineare con maggiore equilibrio i confini tra abuso del diritto e pianificazione legittima nel contesto delle operazioni di scissione, adottando un approccio sostanzialistico fondato sulla permanenza dei beni all'interno del circuito d'impresa e sulle finalità riorganizzative perseguite con l'operazione.

Nel caso analizzato nella risoluzione n. 97, l'operazione consisteva in una scissione parziale proporzionale posta in essere da una società operante nel settore sanitario, la quale intendeva trasferire un compendio immobiliare, in parte locato a terzi, a una nuova beneficiaria. Dopo la scissione, i soci della scindenda avrebbero ceduto le proprie partecipazioni a una società terza, interessata soltanto al residuo patrimonio aziendale, mentre l'immobile ceduto alla beneficiaria sarebbe rimasto estraneo all'operazione, per poi essere concesso in locazione alla stessa società acquirente.

L'Agenzia, richiamando i tre requisiti fondamentali della clausola generale antiabuso, ha ribadito che il solo conseguimento di un vantaggio fiscale – anche se significativo – non è di per sé sufficiente a rendere elusiva l'operazione. In particolare, è stato affermato che, laddove l'operazione si inserisca in un progetto coerente di riorganizzazione e sia accompagnata da un'effettiva continuazione dell'attività d'impresa da parte delle società coinvolte, non si configura l'indebito risparmio d'imposta che la norma mira a colpire. Rilevante è anche il passaggio in cui si afferma che operazioni quali la scissione seguita da alienazione delle partecipazioni e la cessione diretta dell'azienda, pur comportando carichi fiscali differenti, rappresentano soluzioni alternative “tutte poste sullo stesso piano e aventi pari dignità fiscale”, rimesse alla libera scelta del contribuente in funzione delle proprie esigenze economiche. In tal senso, non è la cessione delle partecipazioni

³²⁴ In senso conforme si esprimeva anche la prassi dell'Agenzia delle entrate (v. risoluzione 177 del 2008).

³²⁵ M. BEGHIN, *La scissione parziale proporzionale e il fantasma dell'elusione “condizionata”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, p. 761 ss.

³²⁶ S. PALESTINI, *L'Agenzia ha cambiato approccio verso le operazioni di scissione?*, in *Amministrazione & Finanza*, 2017, p. 34.

successiva alla scissione a determinare, di per sé, l'elusività dell'operazione, quanto piuttosto l'assenza di continuità aziendale e, dunque, di una reale finalità riorganizzativa. Un'ulteriore conferma del mutato orientamento si riscontra nella risoluzione n. 98, nella quale l'Agenzia ha affrontato un caso di scissione parziale asimmetrica. L'operazione era funzionale a consentire, in presenza del dissenso di alcuni soci, la realizzazione dell'assegnazione agevolata di beni immobili ai sensi dell'art. 1, commi 115-120, della l. n. 208/2015. In particolare, si prevedeva l'attribuzione delle quote della beneficiaria ai soci dissenzienti, mentre i soci favorevoli sarebbero rimasti titolari della scindenda, che avrebbe proceduto con l'assegnazione agevolata.

L'Agenzia, pur riconoscendo che la scissione fosse finalizzata a produrre effetti differenziati in favore dei soci, ha ritenuto l'operazione conforme sia alla ratio della disciplina agevolativa, sia ai criteri di legittimità fiscale. A sostegno di questa conclusione, viene ribadito che: (i) la beneficiaria avrebbe conservato una funzione operativa, in quanto i soci dissenzienti intendevano continuare l'attività di locazione; (ii) l'assegnazione agevolata, anche se selettiva, non contrastava con l'impostazione già accolta dalla prassi con la circolare n. 26/E del 2016; (iii) le plusvalenze latenti relative agli immobili sarebbero comunque rimaste assoggettabili a tassazione in caso di successiva fuoriuscita dal regime d'impresa. Tuttavia, in chiusura, l'Agenzia ha comunque ribadito che, qualora la scissione rappresentasse solo il primo passaggio di un più ampio disegno volto a trasferire partecipazioni in regime di capital gain, essa avrebbe potuto integrare un abuso del diritto³²⁷.

Tali chiarimenti segnano un cambiamento di approccio: la legittimità delle operazioni di scissione va valutata caso per caso, in base alla coerenza complessiva dell'operazione con finalità economiche apprezzabili, alla continuità dell'attività aziendale e all'assenza di artificiosità nei passaggi negoziali³²⁸. Si afferma così una lettura meno formalistica e più sostanziale, in cui la neutralità e l'eventuale risparmio fiscale vengono ammessi, purché

³²⁷ Tale posizione poteva inizialmente apparire in contrasto con la precedente risoluzione n. 97, nella quale era stata ritenuta lecita anche la successiva cessione delle partecipazioni della società beneficiaria. Infatti, come evidenziato da Assonime nella circolare n. 20 del 2017, anche qualora la scissione sia seguita dalla cessione delle partecipazioni della beneficiaria o della scissa, i beni restano comunque all'interno del circuito dell'impresa, senza che si realizzi un trasferimento di primo grado. Di conseguenza, sostiene l'associazione, il principio espresso nella risoluzione n.98 deve intendersi riferito al precedente orientamento dell'Agenzia e quindi *"superato alla luce del nuovo"*.

³²⁸ L. MIELE, *I principi generali desumibili dalle pronunce dell'Agenzia delle Entrate sull'abuso*, in *Corr. Trib.*, 2019, p. 73.

non appaiano come l'unico obiettivo dell'intera struttura e in contrasto con le norme di volta in volta applicate.

4.3.1. (segue) L'elusione nelle diverse tipologie di scissione

Alla luce delle considerazioni svolte, risulta ora opportuno soffermarsi sulle differenti configurazioni che può assumere la scissione societaria, al fine di comprendere in quali circostanze tale operazione possa concretamente assumere un profilo elusivo.

Con riferimento alle scissioni proporzionali, si registra nella prassi una tendenziale esclusione del rischio di elusività. Già sotto la vigenza della disciplina previgente, il Comitato consultivo, con il parere n. 6 del 2002, aveva riconosciuto la legittimità di una scissione proporzionale realizzata al solo fine di ripartire il patrimonio tra i soci, qualora ciascuno di essi intendesse proseguire autonomamente l'attività d'impresa. Tale orientamento è stato confermato anche nel parere n. 38 del 2005, che ha escluso profili di elusività in una scissione motivata da esigenze di riorganizzazione produttiva e di miglioramento dell'efficienza gestionale, purché i beni trasferiti rimanessero all'interno del regime d'impresa³²⁹.

Una posizione coerente è stata successivamente ribadita dall'Agenzia delle Entrate nella risposta a interpello n. 21 del 2018³³⁰, in cui si è confermata la non elusività di una scissione parziale proporzionale diretta a separare l'attività industriale da quella immobiliare, attraverso l'attribuzione del compendio immobiliare a una società beneficiaria partecipata dagli stessi soci. L'assenza di agevolazioni fiscali e la continuità nell'utilizzo dei beni all'interno del ciclo economico d'impresa hanno indotto

³²⁹ In linea con quanto affermato nel parere n. 38 del 2005, il Comitato Consultivo ha costantemente riconosciuto la legittimità delle scissioni proporzionali in cui veniva preservata l'attività d'impresa, subordinando però il giudizio di non elusività all'assenza di successiva cessione delle partecipazioni ricevute dai soci. Questo orientamento trova ulteriore conferma nei pareri nn. 24/2006, 16/2007 e 20/2007, nei quali si ribadiva che operazioni volte a separare rami d'attività o funzioni (produttiva, commerciale, secondaria) non potevano essere considerate abusive se accompagnate da una volontà genuina di prosecuzione autonoma dell'attività imprenditoriale. Tuttavia, parte della dottrina ha criticato l'impostazione seguita dal Comitato, osservando che l'assenza di una successiva cessione non dovrebbe rappresentare un criterio determinante, né le valide ragioni extrafiscali dovrebbero assumere natura costitutiva della fattispecie, bensì valere come possibile causa di esonero dal disconoscimento dell'operazione. (Cfr. M. BEGHIN, *La scissione parziale proporzionale e il fantasma dell'elusione "condizionata"*, op. cit., p. 761 ss.)

³³⁰ Il caso riguardava un'operazione in cui la società Alfa, attiva nel settore industriale, aveva trasferito il proprio compendio immobiliare alla società Beta — anch'essa partecipata dagli stessi soci e dedita alla gestione del patrimonio familiare. L'operazione, finalizzata a una più efficiente segmentazione delle attività e alla separazione contabile degli asset, era avvenuta senza accesso a regimi fiscali agevolati né discontinuità nell'impiego dei beni.

l'Amministrazione finanziaria a qualificare l'operazione come fisiologica e coerente con la ratio dell'istituto. È stato tuttavia ribadito che il mantenimento dell'operatività e la mancata cessione delle partecipazioni ricevute sono condizioni imprescindibili per escludere un intento elusivo³³¹.

Diversa, invece, la valutazione resa in relazione a una scissione parziale proporzionale che, pur in apparenza neutrale, è stata ritenuta dallo stesso Fisco strumentale all'assegnazione indiretta di beni immobili a uno dei soci³³². Il caso riguardava una S.p.a. che, dopo aver conferito il proprio patrimonio immobiliare a una S.r.l. di nuova costituzione, aveva riacquistato parte dei beni. Successivamente, la totalità delle partecipazioni nella beneficiaria era stata trasferita al socio Tizio e ai suoi familiari, mentre Tizio aveva ceduto le proprie quote nella scissa agli altri soci. L'Agenzia ha qualificato l'operazione come abusiva, ritenendo che essa avesse permesso al socio di uscire dalla società ricevendo, nella sostanza, la liquidazione della propria quota sotto forma di immobili, in elusione delle norme fiscali applicabili in caso di assegnazione o recesso.

Questa conclusione è stata criticata dalla dottrina³³³, che ha evidenziato l'inadeguatezza del confronto tra l'operazione di scissione e l'istituto del recesso operata dal Fisco per classificare l'operazione come elusiva. Si è infatti osservato che, a differenza del recesso — in cui il socio riceve direttamente i beni — nella scissione i beni restano nel patrimonio della beneficiaria, soggetti al regime d'impresa. Eventuali successive dismissioni comporterebbero ulteriori operazioni, tassabili secondo le regole ordinarie. Tali differenze, di natura giuridica e fiscale, rendono meno persuasiva la tesi secondo cui la scissione in esame avrebbe determinato un'elusione della normativa di riferimento, soprattutto in virtù della permanenza dei beni all'interno del circuito dell'impresa e della natura riorganizzativa dell'operazione³³⁴.

³³¹ Il medesimo ragionamento è stato compiuto nella risposta a interpello n. 53/2019 e nella n. 317/2023, entrambe relative a scissioni parziali proporzionali realizzate nell'ambito di riorganizzazioni societarie. In entrambi i casi, l'Agenzia ha escluso l'abusività dell'operazione, sottolineando l'assenza di fuoriuscite dal regime d'impresa, la continuità dei valori fiscali e la prosecuzione dell'attività economica da parte di tutte le società coinvolte. È stato inoltre ribadito che, in assenza di intenti di cessione delle partecipazioni e con l'effettiva operatività delle beneficiarie, la scissione si pone su un piano di pari dignità rispetto ad alternative più lineari come l'assegnazione diretta.

³³² Cass. civ., sez. V, sent. n. 27709 del 22 settembre 2022.

³³³ 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.

³³⁴ *Ibidem*.

Passando ora alle scissioni non proporzionali e asimmetriche — forme da sempre osservate con maggiore sospetto dall'Amministrazione finanziaria³³⁵ — è possibile rintracciare un'evoluzione significativa nell'orientamento interpretativo, che merita di essere ricostruita.

Per lungo tempo, anche successivamente all'abrogazione dell'art. 123-bis del TUIR, la prassi amministrativa ha continuato a qualificare come elusive le operazioni di scissione non proporzionale, fondando tale valutazione su presunzioni spesso generiche e non supportate da un adeguato impianto argomentativo, né condivise dalla dottrina più attenta³³⁶. In particolare, si riteneva che tali operazioni potessero essere impiegate in modo strumentale per ottenere l'assegnazione di beni ai soci in regime di neutralità fiscale, eludendo così l'applicazione delle ordinarie regole impositive previste per le operazioni realizzative³³⁷.

In tale prospettiva, l'elusività era considerata insita nella struttura stessa dell'operazione, che — in assenza di valide ragioni extrafiscali — veniva sistematicamente qualificata come abusiva. Il ragionamento seguito dall'Agenzia si basava su una sequenza inversa rispetto all'attuale impostazione: si procedeva anzitutto all'esame delle giustificazioni extrafiscali fornite dal contribuente e, laddove queste fossero ritenute insufficienti o marginali, si giungeva automaticamente alla qualificazione dell'operazione come priva di sostanza economica e finalizzata a un vantaggio fiscale indebito³³⁸.

Un significativo mutamento di approccio si è registrato con le risoluzioni nn. 96 e 97 del 2017³³⁹. In queste occasioni, l'Agenzia ha riconosciuto che anche le scissioni non proporzionali possono rientrare nell'ambito di applicazione del regime di neutralità fiscale, a condizione che i beni oggetto dell'operazione restino nel circuito dell'impresa e che lo schema adottato sia funzionale a un'effettiva riorganizzazione dell'attività

³³⁵ Ciò in quanto tali operazioni, modificando la corrispondenza tra le quote originarie detenute dai soci nella società scissa e quelle ricevute nella beneficiaria, comportano un'alterazione degli equilibri proprietari che può prestarsi a finalità distorsive.

³³⁶ D. STEVANATO, *La norma antielusiva nei pareri del Comitato per l'interpello*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2002, p. 223; C. CIMINO, *Note in tema di elusione e scissione non proporzionale*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 1029.

³³⁷ P.S. MONFREDINI, *Operazione di scissione e abuso del diritto: l'Agenzia delle Entrate detta la linea*, in *Corr. Trib.*, 2018, nn. 47-48.

³³⁸ In tal senso si vedano i pareri nn. 11/2005 e 8/2007 del Comitato consultivo, relativi a una scissione totale non proporzionale tra soci con interessi divergenti, in cui il giudizio di elusività fu fondato unicamente sull'assenza di valide ragioni extrafiscali.

³³⁹ Vedi supra par. 4.3.

societaria³⁴⁰. È stata così superata l'idea che la sola non proporzionalità comporti automaticamente un intento elusivo.

Con questo orientamento la prospettiva dell'Agenzia si è totalmente ribaltata: si parte dall'esame del vantaggio fiscale ottenuto e della sua eventuale natura indebita, si passa poi alla verifica della sostanza economica dell'operazione e dell'essenzialità del beneficio fiscale conseguito, per giungere solo in un secondo momento alla valutazione delle ragioni extrafiscali eventualmente addotte dal contribuente.

Sulla base di tali premesse, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto legittima un'operazione di scissione parziale non proporzionale realizzata da una società interamente detenuta da due soci nudi proprietari, in presenza di divergenze gestionali³⁴¹. L'operazione ha comportato la costituzione di una nuova società beneficiaria, interamente partecipata da uno dei due soci, alla quale sono stati attribuiti alcuni beni immobili precedentemente facenti parte del patrimonio della scissa. L'altro socio ha mantenuto la totalità delle partecipazioni nella società originaria, e i diritti di usufrutto sono stati ripartiti in misura paritaria tra le due società, restando invariati nella titolarità.

L'Amministrazione finanziaria ha escluso la natura elusiva dell'operazione, riconoscendone il carattere fisiologico in funzione della riorganizzazione dei rapporti societari e della prosecuzione dell'attività d'impresa. Più nel dettaglio, l'Agenzia ha osservato che “il passaggio del patrimonio della società scissa a una o più società beneficiarie [...] non determina la fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario d'impresa”, di conseguenza “l'operazione di scissione parziale non proporzionale in esame non comporta il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, risultando atto fisiologico a rendere ciascun socio autonomo nella gestione degli immobili facenti parte del patrimonio immobiliare attribuito alla società scissa e alla società beneficiaria”.

Sulla stessa linea si pone anche la più recente risposta a interpello n. 233 del 2023, nella quale l'Agenzia delle Entrate ha escluso la natura elusiva di una scissione parziale asimmetrica finalizzata a una complessa operazione di riorganizzazione. Il caso riguardava una società che intendeva separare il ramo immobiliare dall'attività

³⁴⁰ In tal senso si è espressa l'Agenzia nella risoluzione 97 del 2017 laddove ha affermato che “*affinché non siano ravvisabili profili di abuso del diritto, la scissione deve caratterizzarsi come un'operazione di riorganizzazione aziendale finalizzata all'effettiva continuazione dell'attività imprenditoriale da parte di ciascuna società partecipante*”.

³⁴¹ Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 421 del 2020.

“caratteristica”, al fine di permettere a ciascun socio di perseguire progetti imprenditoriali individuali e predisporre un assetto idoneo per il futuro passaggio generazionale. In particolare, si prevedeva che la società Alfa fosse oggetto di una scissione parziale con beneficiaria la società Beta, interamente partecipata da Caio, senza attribuzione di quote di quest’ultima a Tizio, destinato a diventare socio unico della scissa.

Nel valutare la struttura dell’operazione, l’Amministrazione ha escluso la presenza di un vantaggio fiscale indebito, in quanto la stessa non risultava in contrasto con la ratio di alcuna norma dell’ordinamento tributario e non comportava la sottrazione del patrimonio immobiliare al regime d’impresa. Al contrario, la scissione è stata considerata funzionale a un progetto di riorganizzazione coerente con l’interesse economico dei soci, teso a garantire la continuità delle attività e la razionalizzazione dei rispettivi ambiti gestionali. In tale ottica, l’operazione è stata qualificata come fisiologica, priva di intenti elusivi e coerente con le finalità proprie dello strumento della scissione.

In virtù dell’orientamento consolidatosi³⁴², si rileva dunque che, nella prassi applicativa più recente, la scissione – considerata nella sua autonomia – non integra, di regola, un’ipotesi di abuso del diritto. Ciò vale a prescindere dalla forma giuridica assunta (proporzionale, non proporzionale o asimmetrica), dalla natura dei beni trasferiti o dalla posizione dei soci nella struttura partecipativa. Come evidenziato nelle più rilevanti risposte a interpello, l’operazione in sé non determina la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito³⁴³.

Questo mutato approccio si è consolidato dopo l’introduzione della clausola generale antiabuso, che ha profondamente innovato i criteri di valutazione delle operazioni potenzialmente elusive. Non è più centrale – come avveniva in passato – la ricerca preliminare di valide ragioni extrafiscali, bensì l’analisi della presenza di un vantaggio fiscale indebito. L’indagine sull’eventuale strumentalità dell’operazione viene effettuata solo successivamente, e solo qualora si riscontri un beneficio tributario in contrasto con le finalità delle norme. Tale metodo trova fondamento nel principio della libertà di scelta del contribuente, sancito dall’art. 10-bis, comma 4, dello Statuto dei diritti del contribuente, secondo cui la scelta del percorso fiscalmente meno oneroso tra quelli

³⁴² In linea con tale indirizzo interpretativo si vedano anche Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 36 del 2018; risposta a interpello 101 del 2018; risposta a interpello n. 87 del 2019; risposta a interpello n. 830 del 2021; risposta a interpello 133 del 2022;

³⁴³ E. FERRARA, *Scissione per riorganizzazione d’azienda e passaggio generazionale: profili di (non) elusività*, in *il fisco*, 2019, n. 43, p. 4107.

individuati dalla legge per il raggiungimento del medesimo risultato, non è sufficiente a configurare un abuso³⁴⁴.

Tuttavia, rimangono profili di elusività per le scissioni che determinano la creazione di società di mero godimento, prive di operatività e finalizzate esclusivamente alla detenzione passiva di beni: in tali casi, l'Amministrazione ha ritenuto che si realizzi un'assegnazione dei beni, sottratta al regime impositivo ordinario e dunque qualificabile come elusiva³⁴⁵.

Sulla base di tale impostazione, si è progressivamente affermata una distinzione più netta tra le scissioni ritenute fisiologiche – perché funzionali a una riorganizzazione aziendale effettiva – e quelle considerate elusive, perché finalizzate a ottenere un indebito risparmio d'imposta mediante la fuoriuscita dei beni dal regime d'impresa o l'aggiramento di regimi realizzativi. Particolare attenzione viene riservata, in tal senso, alle operazioni di scissione che siano precedute da atti negoziali ulteriori e coordinati, i quali nel loro complesso alterano la sostanza economica dell'operazione e ne tradiscono la funzione riorganizzativa, rivelando un intento elusivo.

4.3.2. (segue) Scissioni precedute o seguite da altre operazioni

L'attenzione finora si è concentrata sulle scissioni prive di collegamenti con altre operazioni, in cui la neutralità fiscale e la finalità riorganizzativa risultano più agevolmente verificabili. Tuttavia, i profili di maggiore criticità, emergono quando la scissione si inserisce in un più ampio disegno negoziale, composto da atti o operazioni ulteriori. È proprio in tali casi che si acuisce il rischio di elusione, poiché la combinazione tra la scissione e altri interventi può alterarne la sostanza economica e mascherare il conseguimento di vantaggi fiscali indebiti.

In tali ipotesi, l'elusività dell'operazione va ricercata “nel risultato del collegamento dei singoli atti, fatti o contratti attraverso i quali si è esplicato o attuato il disegno unitario perseguito dal contribuente”³⁴⁶. Ne consegue che il rispetto formale delle singole disposizioni non è sufficiente a escludere l'abusività dell'operazione. Occorre invece un

³⁴⁴ A. CARINCI, *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso di diritto*, in *il fisco*, 2018, n. 43, p. 4107.

³⁴⁵ Si veda, da ultimo: Agenzia delle entrate, risposta a interpello n. 493 del 2021

³⁴⁶ Ministero dell'economia e delle finanze, Atto di indirizzo 27 febbraio 2025.

esame complessivo dell'intera sequenza, volto a verificare se l'assetto realizzato sia coerente con le norme applicate.

Nel solco dei principi appena richiamati, la risposta a interpello n. 84 del 2024 ha affrontato una complessa operazione che prevedeva una scissione totale asimmetrica preceduta da una fusione. Il caso riguardava un gruppo familiare in cui tre soci, titolari in misura paritaria delle partecipazioni in tre società distinte (Alfa, Beta e Gamma), intendevano procedere a una riorganizzazione dell'assetto proprietario, al fine di separare le rispettive aree di interesse. L'intervento nasceva da una divergenza sempre più marcata tra i soci circa la gestione dell'attività immobiliare esercitata in forma congiunta: in particolare, uno dei tre soci – subentrato al padre deceduto – desiderava ampliare e diversificare le linee di business, in contrasto con l'approccio conservativo degli altri due. L'operazione pianificata prevedeva, come primo passaggio, la fusione per incorporazione di Alfa e Gamma in Beta, cui avrebbe fatto seguito una scissione totale asimmetrica di quest'ultima in tre nuove società beneficiarie unipersonali, partecipate individualmente dai tre soci, ciascuna delle quali avrebbe ricevuto un lotto del patrimonio aziendale.

L'Agenzia delle Entrate ha tuttavia qualificato l'intera operazione come elusiva. Secondo l'Amministrazione, l'intento sotteso non risiedeva in un'esigenza riorganizzativa reale delle società coinvolte, bensì nella volontà dei soci di ottenere un vantaggio fiscale, consistente nell'aggiramento della tassazione sulle plusvalenze prevista per le cessioni di partecipazioni ex art. 67 TUIR. Tale vantaggio è stato giudicato indebito, poiché ottenuto mediante la combinazione di due operazioni di segno opposto – fusione e scissione – che nel loro insieme risultano incoerenti con la funzione tipica degli istituti coinvolti.

Sul piano della sostanza economica, è stato rilevato che la concatenazione di fusioni e scissioni, così strutturata, non produce effetti economici significativi ulteriori rispetto alla mera riallocazione delle partecipazioni tra i soci, e che il medesimo risultato avrebbe potuto essere raggiunto attraverso strumenti giuridici più lineari e coerenti, come una cessione diretta di partecipazioni.

Quanto al requisito dell'essenzialità del vantaggio fiscale, l'Amministrazione ha evidenziato che l'unico effetto concreto dell'operazione era rappresentato dalla mancata emersione delle plusvalenze latenti, normalmente tassabili in caso di cessione a titolo oneroso.

Da ultimo, anche le ragioni extrafiscali invocate dai soci – tra cui il richiamo ai verbali assembleari e alla volontà di evitare lo stallo gestionale – sono state ritenute non sufficientemente dimostrate. Il dissidio tra i soci, secondo il Fisco, avrebbe potuto essere risolto mediante strumenti ordinari previsti dall'ordinamento societario, senza dover ricorrere a una costruzione negoziale così articolata e priva di sostanza economica. Pertanto, verificata la presenza cumulativa di tutti gli elementi richiesti dall'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, nonché l'assenza di valide ragioni extrafiscali, l'operazione è stata qualificata come elusiva.

Il ragionamento svolto dall'Amministrazione finanziaria si è posto in linea con l'orientamento consolidato: dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti previsti dalla clausola antiabuso, ha escluso la presenza di valide ragioni extrafiscali non marginali e ha qualificato l'operazione come abusiva. Infatti, la scissione non è stata ritenuta elusiva per la sua struttura in sé, bensì per il fatto che non perseguiva alcun interesse economico proprio delle società coinvolte, ma era unicamente funzionale a soddisfare interessi dei soci mediante l'elusione del regime impositivo di cui l'art. 67 del TUIR.

Al contrario, è stata ritenuta non abusiva una scissione non proporzionale a favore di beneficiarie neocostituite interamente partecipate dai soci della scissa seguita da fusione per incorporazione delle beneficiarie da parte dell'unico socio³⁴⁷.

La vicenda riguarda la società Alfa, che deteneva indirettamente una partecipazione in Beta per il tramite della società Gamma, sua controllata. A seguito di modifiche normative rilevanti per il settore in cui operava il gruppo — e in considerazione del fatto che Gamma possedeva in Beta una quota inferiore al 33% — il Consiglio di Amministrazione di Gamma ha promosso un progetto di riorganizzazione societaria mediante scissione totale non proporzionale asimmetrica, finalizzato ad attribuire a Beta il ruolo di nuova holding del gruppo. La scissione è stata attuata a favore di un numero di società per azioni di nuova costituzione (le beneficiarie) pari al numero dei soci di Gamma, ciascuna interamente partecipata da uno di essi. Successivamente, le beneficiarie sono state incorporate dai rispettivi soci unici, che sono così giunti a detenere direttamente le partecipazioni in Beta.

³⁴⁷ Agenzia delle entrate, risposta a interpello 70 del 2018.

L'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che tale operazione non comportasse il conseguimento di un vantaggio fiscale indebito, poiché anche in uno scenario alternativo (scissione di Gamma direttamente a favore dei propri soci) si sarebbero comunque realizzati effetti fiscalmente neutri. L'assenza di risparmi d'imposta contrari alla ratio delle norme applicate e la finalità effettiva di riorganizzazione societaria hanno condotto all'esclusione dell'abuso del diritto.

Un'ulteriore ipotesi in cui l'Agenzia delle Entrate è stata chiamata a valutare la compatibilità con la clausola generale antiabuso ha riguardato un'operazione complessa in cui la scissione era preceduta da un conferimento in regime di realizzo controllato. In particolare, la risposta a interpello n. 30 del 2018 ha esaminato un progetto di riorganizzazione societaria articolato in due fasi: i soci di una holding, Alfa, attiva sia nella gestione di partecipazioni sia nel settore edile, intendevano dapprima conferire le proprie partecipazioni in una società di nuova costituzione, Delta, applicando il regime di realizzo controllato ex art. 177 del TUIR, e successivamente procedere alla scissione non proporzionale asimmetrica della stessa Delta in quattro società beneficiarie, ciascuna interamente detenuta da uno dei soci conferenti.

Secondo i contribuenti, tale struttura era necessaria per rispettare un patto parasociale vigente con una società partecipata da Alfa, che vietava modifiche dirette nella compagine sociale. L'operazione alternativa — una scissione diretta di Alfa — non era quindi percorribile.

Tuttavia, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto abusiva la sequenza prospettata, giudicando l'intera costruzione finalizzata unicamente a ottenere un indebito risparmio d'imposta. In particolare, il vantaggio fiscale è stato individuato nella neutralità "indotta" derivante dal conferimento in un'unica società veicolo (Delta), seguita dalla sua scissione, anziché procedere — secondo l'Agenzia — con quattro conferimenti separati in altrettante società neocostituite, soluzione ritenuta economicamente più lineare.

Il Fisco ha quindi affermato che il ricorso al conferimento iniziale aveva come unico obiettivo quello di beneficiare del regime agevolato previsto dall'art. 177, comma 2, TUIR, evitando l'emersione delle plusvalenze. Inoltre, non è stata ritenuta idonea a escludere l'abuso la giustificazione fondata sull'esistenza del patto parasociale, non essendo stata considerata una valida ragione extrafiscale non marginale. L'Amministrazione ha infatti sostenuto che il risultato perseguito — la suddivisione delle

partecipazioni — avrebbe potuto essere ottenuto con strumenti giuridici più coerenti rispetto alla complessa sequenza delineata.

Anche in questa fattispecie, come nelle altre analizzate finora nel presente paragrafo, per vagliare il carattere indebito del vantaggio fiscale il Fisco ha applicato il cosiddetto criterio dell'operazione alternativa, volto a verificare se un'operazione diversa rispetto a quella effettivamente realizzata dal contribuente risulti più coerente con il risultato economico dallo stesso perseguito. Il test mira, in particolare, ad accertare se il contribuente abbia utilizzato strumenti giuridici concepiti dal legislatore per finalità differenti da quelle concretamente realizzate. In tale prospettiva, l'Amministrazione ha individuato il carattere indebito del vantaggio fiscale non sulla base di un contrasto con la normativa concretamente applicata, bensì valutando la maggiore coerenza che avrebbe potuto presentare un'operazione alternativa fondata su una diversa disposizione dell'ordinamento. Questa impostazione è stata oggetto di critiche da parte della dottrina³⁴⁸, la quale ha evidenziato il rischio di trasformare il test dell'operazione alternativa in un parametro di legittimità fondato su ricostruzioni ipotetiche e astratte.

Tali osservazioni sembrano aver trovato accoglimento anche nella prassi amministrativa più recente³⁴⁹ secondo cui, ai fini dell'accertamento dell'abuso, il giudizio inerente al carattere indebito del vantaggio fiscale deve essere ancorato alla ratio della normativa effettivamente applicata dal contribuente, e non a quella delle disposizioni astrattamente applicabili a un'operazione alternativa che avrebbe potuto condurre al medesimo risultato. Ritenere il contrario, continua a sostenere la prassi, “si risolverebbe in una contraddizione con il principio di libertà di scelta sancito dal citato comma 4 dell'art. 10-bis”. Infatti, “se è vero che il contribuente può scegliere, fra due regimi alternativi offerti dalla legge quello fiscalmente più favorevole, il metro di giudizio per verificare l'abusività delle scelte compiute non può poi ricercarsi nella ratio del regime fiscale più oneroso che non sia stato adottato”.

A conclusioni diverse, invece, è giunta l'Agenzia delle entrate escludendo il carattere elusivo di un'operazione complessa incentrata su una scissione non proporzionale, preceduta da un conferimento di partecipazioni³⁵⁰.

³⁴⁸ I. GAIANI, *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *il fisco*, 2019, n. 11, p. 1013; Assonime, Circolare del 18 dicembre 2018, n. 27.

³⁴⁹ Ministero dell'economia e delle finanze, Atto di indirizzo 27 febbraio 2025.

³⁵⁰ Agenzia delle entrate, risposta a interpello n. 496 del 2022

Rispetto al caso analizzato in precedenza, la fattispecie presentava profili strutturali differenti. La società Alfa risultava partecipata da due distinti nuclei familiari (A e B), e deteneva, insieme a soci terzi, una partecipazione di controllo in Gamma, la quale a sua volta controllava interamente Delta. Dopo la cessione delle partecipazioni in Delta da parte di Gamma, con conseguente afflusso di liquidità, era stato avviato un progetto di riorganizzazione volto a consentire ai due nuclei familiari di perseguire strategie imprenditoriali autonome.

Il disegno si articolava in due fasi: in primo luogo, il Nucleo A conferiva in Beta — di cui era socio — le partecipazioni detenute in Alfa; successivamente, Alfa sarebbe stata oggetto di una scissione totale non proporzionale, con attribuzione delle partecipazioni in Gamma (insieme a parte delle disponibilità liquide) a una società beneficiaria (Epsilon) interamente partecipata dal Nucleo B, mentre la restante parte delle partecipazioni e della liquidità sarebbe rimasta in Alfa, ormai partecipata esclusivamente da Beta. Al termine del processo, ciascun nucleo familiare avrebbe acquisito il controllo esclusivo di una delle due società beneficiarie, e quindi il governo delle partecipazioni in Gamma, già oggetto di riorganizzazione.

L'Agenzia ha considerato l'operazione fiscalmente neutrale e non abusiva. Dopo aver riconosciuto la legittimità del conferimento in Beta ai sensi dell'art. 177, comma 2, TUIR — in quanto finalizzato a semplificare la gestione dei concambi azionari nella successiva scissione — l'Amministrazione ha escluso l'esistenza di un vantaggio fiscale indebito. In particolare, è stato evidenziato che nessuno dei beni o delle disponibilità liquide risultanti sarebbe stato impiegato per finalità estranee all'impresa o per soddisfare interessi personali dei soci. Il disegno complessivo, infatti, si presentava come coerente con una finalità di riorganizzazione aziendale, e le modalità di attribuzione del patrimonio non implicavano l'intento di distogliere risorse dal ciclo produttivo.

Secondo l'Ufficio, l'operazione sarebbe potuta risultare abusiva solo qualora le società beneficiarie si fossero rivelate meri contenitori inattivi, destinati alla fruizione personale di beni sociali o, peggio, alla realizzazione surrettizia di uno scioglimento societario di fatto. Viceversa, nel caso esaminato, l'interesse imprenditoriale dei soci risultava soddisfatto attraverso canali coerenti con le dinamiche d'impresa, come la distribuzione regolare di utili da parte delle beneficiarie. In questo contesto, è stato ribadito che la mera precostituzione delle condizioni più favorevoli per fruire di un regime di vantaggio —

ove non in contrasto con la ratio delle norme applicate — non può essere qualificata come elusiva³⁵¹.

Questa risposta esprime una lettura più evoluta della clausola generale antiabuso, secondo cui la liceità dell'operazione non deve essere valutata in astratto, attraverso il confronto con percorsi alternativi astrattamente idonei a realizzare il medesimo risultato economico, ma sulla base della coerenza interna del disegno riorganizzativo e della sua compatibilità con le finalità proprie degli strumenti giuridici utilizzati. La conclusione dell'Agenzia si allinea così a un orientamento favorevole al principio di libertà di scelta del contribuente, anche quando tale scelta consenta l'accesso a regimi fiscalmente più favorevoli.

4.4. La fusione e i profili di abuso

Tra le operazioni straordinarie, la fusione è stata oggetto di particolare attenzione da parte della prassi amministrativa, la quale ne ha valutato la compatibilità con la clausola generale antiabuso soprattutto in relazione a due fattispecie: le fusioni con finalità liquidatorie e quelle volte ad aggirare la norma antielusiva sul riporto delle perdite di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR.

Con riferimento alla prima ipotesi, è stato a lungo discusso se la fusione realizzata in alternativa alla liquidazione, in particolare nell'ambito di gruppi societari, potesse configurarsi come un'operazione elusiva.

In origine, la prassi amministrativa tendeva a qualificare tali operazioni come abusive, ritenendole elusive in quanto realizzate al fine di aggirare la disciplina fiscale realizzativa applicabile in caso di liquidazione della società incorporata.

In tal senso si è espresso il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive nel parere n. 27 del 2005. Il caso riguardava la società Alfa s.n.c., partecipata dagli stessi soci della Beta s.r.l., nella quale Alfa deteneva una partecipazione del 40%. Al fine di semplificare la struttura del gruppo e ridurre i costi gestionali connessi al mantenimento della società di persone, i soci avevano pianificato una fusione inversa, con incorporazione di Alfa in Beta.

Il Comitato ha ritenuto l'operazione elusiva per due principali motivi: innanzitutto, ha affermato che la fusione “non appare supportata da valide ragioni economiche, in quanto

³⁵¹ M. ANTONINI, P. PIANTAVIGNA, *È legittima la scissione preceduta dal conferimento di partecipazioni in regime di realizzo controllato*, in *il fisco*, 2022, p. 4121.

gli obiettivi che gli interpellanti intendono perseguire con tale operazione [...] potrebbero essere raggiunti in maniera più lineare attraverso la liquidazione [di Alfa s.n.c.] che si presenta come procedura meno complessa della concentrazione e per ciò stesso ‘fisiologica’ allo scopo”; in secondo luogo, ha rilevato un indebito vantaggio fiscale “nel mancato assoggettamento a tassazione, da parte della società di persone, della plusvalenza latente sulle partecipazioni nella [Beta S.r.l.], eludendo la disposizione di cui all’articolo 58, comma 2, del TUIR, applicabile alle operazioni di cessione ed assegnazione di beni ai soci”.

Tale conclusione è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, che ha contestato l’automatismo con cui la fusione è stata considerata elusiva. Più nello specifico, si era correttamente rilevato che equiparare ogni operazione idonea a evitare l’emersione di plusvalenze a una condotta abusiva significa trascurare la distinzione tra risparmio d’imposta legittimo e indebito³⁵².

L’orientamento della prassi ha subito un’evoluzione con l’introduzione della clausola generale antiabuso e, in particolare, con la positivizzazione del principio di libertà di scelta del contribuente sancito dal comma 4 dell’art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente. Proprio valorizzando tale principio — secondo cui il contribuente può legittimamente optare, tra più regimi consentiti, per quello fiscalmente meno oneroso — l’Agenzia delle Entrate, con la risposta a interpello n. 123 del 2020, ha escluso il carattere abusivo di una fusione con finalità liquidatorie, avente a oggetto l’incorporazione di un consorzio nella società da esso controllata.

In quella sede, il Fisco ha ritenuto che l’operazione prospettata non producesse alcun vantaggio fiscale indebito, affermando che “la fusione inversa appare [...] un’operazione fisiologica per pervenire all’estinzione del consorzio”, e quindi escludendo l’abusività dell’operazione “non ravvisandosi alcun contrasto con la ratio di disposizioni fiscali o con i principi dell’ordinamento tributario”³⁵³.

Tuttavia, un’inversione di tendenza si è registrata con la risposta a interpello n. 892 del 2021, nella quale l’Agenzia delle Entrate ha ravvisato un’ipotesi di abuso del diritto in

³⁵² E. ZANETTI, *La fusione con finalità liquidatorie non è elusiva*, Eutekne, 2010.

³⁵³ Per una decisione simile, si veda anche: Agenzia delle entrate, risposta ad interpello n. 11 del 2019; Coerentemente con tale approccio interpretativo anche E. ZANETTI, *La fusione per incorporazione ai fini liquidatori è “operazione fisiologica”*, Eutekne, 2022.

una fusione inversa con finalità liquidatorie, programmata da una società estera operante in Italia tramite una stabile organizzazione.

Nel caso esaminato, una società con sede in Francia, già attiva sul territorio italiano mediante una branch, intendeva acquisire, tramite l'acquisto di partecipazioni detenute da una consociata tedesca, il controllo totalitario di una società italiana proprietaria dell'immobile in cui la stabile organizzazione esercitava la propria attività industriale. L'operazione prevedeva, come passaggio successivo, l'incorporazione della società proprietaria dell'immobile, con la finalità dichiarata di razionalizzare la presenza della società francese in Italia, facendo confluire nella branch l'intero complesso aziendale, ivi incluso il cespite immobiliare.

Nel motivare la propria valutazione, l'Agenzia ha posto l'accento su due aspetti centrali. Da un lato, ha rilevato che la società italiana incorporata, dopo aver già trasferito in passato il proprio ramo d'azienda alla stabile organizzazione della società estera, aveva cessato ogni attività sostanziale, limitandosi alla mera locazione dell'immobile. In tale contesto, la fusione — secondo l'Agenzia — non appariva giustificata da esigenze operative, risultando invece surrogatoria rispetto a una procedura liquidatoria che sarebbe stata più lineare e coerente con la situazione economica della società.

Dall'altro lato, è stato osservato che l'obiettivo effettivo dell'operazione era l'acquisizione dell'immobile, unico asset della società incorporata. Secondo l'Amministrazione, tale risultato avrebbe dovuto essere perseguito mediante una compravendita seguita dalla liquidazione della società, e non attraverso una fusione. Lo schema prescelto, proprio perché idoneo a evitare l'imposizione ordinaria prevista dall'art. 86 del TUIR, nonché i tributi indiretti connessi al trasferimento immobiliare, è stato ritenuto in contrasto con la ratio delle norme fiscali coinvolte, integrando pertanto un'ipotesi di abuso del diritto.

Il percorso argomentativo seguito dall'Amministrazione finanziaria nella risposta appena esaminata è stato oggetto di forti critiche da parte della dottrina³⁵⁴, che ne ha evidenziato l'incompatibilità con il principio di libertà di scelta riconosciuto al contribuente, nonché l'approccio “monodimensionale”³⁵⁵ nell'analisi dell'abusività. Secondo tale

³⁵⁴ Assonime, circolare n. 27 del 2018, pp. 10-11.

³⁵⁵ Con tale espressione si fa riferimento a quella metodologia — non del tutto superata — che fonda l'intero giudizio di abuso sulla sola assenza di valide ragioni extrafiscali, omettendo di verificare, in via prioritaria e secondo l'ordine previsto dall'art. 10-bis, la sussistenza del vantaggio fiscale indebito, l'assenza di sostanza economica e il carattere essenziale del beneficio ottenuto. (Cfr. *Infra* par. 4.3.2.)

impostazione critica, l'Agenzia ha individuato l'abuso non in un contrasto con la ratio delle norme effettivamente applicate — in particolare l'art. 172 del TUIR, relativo alla disciplina delle fusioni — bensì nella violazione della finalità sottesa a una disciplina alternativa, ossia quella realizzativa prevista in caso di liquidazione.

Tale impostazione, oltre a essere logicamente discutibile, rischia di produrre effetti distorsivi: se si accedesse a una simile lettura, infatti, “tutte le operazioni fiscalmente neutrali finirebbero di per sé per essere qualificabili, in linea di principio, come abusive perché fonte di vantaggi indebiti in quanto lesive delle corrispondenti operazioni realizzative, il che – come è logico – sarebbe paradossale”³⁵⁶.

Oltre alle fusioni con finalità liquidatorie, un altro ambito in cui la prassi amministrativa ha frequentemente valutato la configurabilità di ipotesi elusive è quello delle fusioni finalizzate al riporto delle perdite pregresse. La questione si ricollega all'art. 172, comma 7, del TUIR, il quale pone limiti specifici alla possibilità di compensare le perdite di una società incorporata con gli utili dell'incorporante³⁵⁷.

La ratio della disposizione è quella di contrastare il fenomeno del cosiddetto “commercio delle bare fiscali”, ossia l'utilizzo di fusioni con società prive di effettiva operatività, al solo scopo di trasferire perdite fiscali a soggetti economicamente vitali e capienti. In quest'ottica, la norma introduce un divieto di riporto nei casi in cui non risultino rispettate le condizioni minime di continuità e vitalità economica, così da impedire compensazioni intersoggettive prive di sostanza economica e finalità imprenditoriali reali.

Tuttavia, la disciplina restrittiva di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR non ha carattere assoluto. È infatti prevista la possibilità di disapplicarne i limiti mediante apposita istanza di interpello, qualora il contribuente sia in grado di dimostrare che, pur in assenza delle condizioni minime di continuità e vitalità economica prescritte dalla norma, l'operazione non persegue finalità elusive.

In tali ipotesi, l'Amministrazione finanziaria è chiamata a verificare che la società coinvolta, sebbene apparentemente inattiva o marginale, non si configuri come una mera “bara fiscale”, ma continui a svolgere un'effettiva attività economica, idonea a giustificare il riporto delle perdite nell'ambito della fusione.

³⁵⁶ Assonime, circolare n. 27 del 2018, pp. 10-11.

³⁵⁷ Vedi infra par. 3.4.3. e 3.4.3.1.

Sulla base di queste considerazioni, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto non abusiva un'operazione di fusione inversa in cui ALFA S.p.A., società attiva nella gestione di un impianto sportivo con annessi bar e ristorante, ha incorporato BETA S.p.A., operante nello stesso settore e titolare di perdite fiscali pregresse e interessi passivi indeducibili³⁵⁸. Sebbene l'operazione non rispettasse pienamente i requisiti formali di vitalità economica previsti dall'art. 172, comma 7, TUIR — in quanto i ricavi registrati da BETA nel periodo immediatamente precedente alla fusione (giugno–novembre 2017) risultavano contenuti — tale esito era dovuto alla stagionalità dell'attività svolta, che non rendeva quella frazione temporale rappresentativa dell'effettiva capacità reddituale della società.

Proprio in ragione di tale elemento, l'Amministrazione ha ritenuto che il mancato superamento del test fosse meramente apparente e non riflettesse una cessazione della sostanza economica dell'attività. A sostegno di questa valutazione, il Fisco ha valorizzato una pluralità di indicatori: la costanza dei ricavi negli esercizi precedenti, l'elevato peso degli investimenti in beni strumentali all'interno dell'attivo patrimoniale, nonché la presenza continuativa di personale dipendente, in linea con gli anni precedenti.

In virtù di tali elementi, l'Agenzia ha escluso che BETA potesse essere qualificata come società priva di capacità produttiva e ha riconosciuto che l'operazione non si poneva in contrasto con la ratio della norma, volta a impedire il riporto di perdite da parte di soggetti privi di operatività. Di conseguenza, il vantaggio fiscale non è stato considerato indebito e l'istanza di disapplicazione della norma antielusiva è stata accolta.

Sulla stessa linea interpretativa si colloca la risposta a interpello n. 136 del 2022, nella quale l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto non abusiva una complessa operazione di fusione che ha coinvolto tre società del medesimo gruppo: la società operativa B, la controllata S e la società veicolo A, costituita ad hoc per l'acquisizione di B mediante indebitamento (MLBO). L'operazione, formalmente strutturata come una fusione inversa tra B (incorporante) e A (incorporata), era finalizzata alla razionalizzazione dell'assetto partecipativo e alla concentrazione delle attività in un unico soggetto.

Dal punto di vista strettamente tecnico, A non superava né il test di vitalità né il test patrimoniale previsti dall'art. 172, comma 7, TUIR, in quanto trattandosi di una newco costituita da pochi mesi non disponeva di bilanci pregressi e il patrimonio netto risultava composto da conferimenti recenti. Tuttavia, l'Agenzia ha riconosciuto che, trattandosi di

³⁵⁸ Agenzia delle entrate, risposta ad interpello n. 416 del 2019.

una società veicolo funzionalmente destinata all'operazione di acquisizione e fusione, la stessa doveva considerarsi "vitale", in coerenza con quanto previsto dalla circolare n. 6/E del 2016. La funzione meramente strumentale di A, limitata all'esecuzione del MLBO, ha escluso che l'operazione potesse configurarsi come una manovra elusiva finalizzata al recupero artificioso di perdite fiscali.

Quanto alla società S, pur non superando il test patrimoniale, l'Amministrazione ha valorizzato la continuità dell'attività economica e la capacità reddituale dimostrata dagli utili civilistici conseguiti nei precedenti esercizi. In virtù di tali elementi, l'operazione è stata considerata coerente con la ratio della disposizione antielusiva, che mira a evitare la compensazione intersoggettiva di perdite in assenza di sostanza economica. Il vantaggio fiscale derivante dal riporto delle perdite e degli interessi passivi è stato pertanto ritenuto non indebito, e la disapplicazione del comma 7 dell'art. 172 TUIR è stata concessa.

Alla luce delle risposte analizzate, emerge, in relazione all'istituto della fusione, un orientamento dell'Amministrazione finanziaria non sempre uniforme: se da un lato si registra una progressiva apertura nelle ipotesi di disapplicazione della norma sul riporto delle perdite, dall'altro, nel caso delle fusioni con finalità liquidatorie, persistono incertezze interpretative e residui approcci formali che ne compromettono la piena riconduzione al principio della libertà di scelta del contribuente.

Nell'ambito delle fusioni finalizzate al riporto di perdite pregresse, l'approccio dell'Amministrazione finanziaria appare oggi pienamente coerente con i principi della clausola generale antiabuso. La valutazione circa la liceità dell'operazione si fonda infatti sull'analisi della compatibilità del vantaggio fiscale conseguito con la ratio dell'art. 172, comma 7, TUIR, ossia la prevenzione del fenomeno del "commercio di bare fiscali". In questa prospettiva, il carattere indebito del vantaggio non viene desunto da criteri meramente formali, ma è verificato alla luce della concreta operatività della società incorporata: il riporto delle perdite è dunque ritenuto legittimo anche qualora non risultino superati i test di vitalità e patrimoniale, purché l'operazione non contrasti con la funzione propria della disciplina applicata.

Diverso appare, invece, il quadro interpretativo relativo alle fusioni con finalità liquidatorie. Sebbene l'orientamento originariamente restrittivo risulti oggi in parte attenuato, si registrano ancora valutazioni improntate a una logica formalistica, nelle quali l'indagine si concentra sull'assenza di valide ragioni extrafiscali, omettendo una

preventiva verifica circa l'esistenza di un vantaggio fiscale indebito e degli altri presupposti della clausola antiabuso.

4.4.1. (segue) Il caso del Merger Leveraged buy-out

Un'ulteriore fattispecie in cui la fusione ha sollevato rilevanti questioni interpretative in chiave antiabuso è rappresentata dal Merger Leveraged Buy-Out (MLBO), disciplinato dall'art. 2501-bis c.c. Come già detto³⁵⁹, si tratta di operazioni in cui una società veicolo (special purpose vehicle, o SPV) acquisisce una partecipazione di controllo in una società target, facendo ricorso anche a finanziamenti esterni destinati a essere rimborsati mediante i flussi finanziari generati dalla società acquisita³⁶⁰. A seguito dell'acquisizione, la SPV viene fusa con la target, generando sul piano fiscale una compensazione intersoggettiva tra i redditi della società operativa e gli oneri finanziari sostenuti dal veicolo.

Le principali perplessità dell'Amministrazione finanziaria si sono inizialmente concentrate sugli effetti fiscali derivanti da tale compensazione, ottenuta mediante le tecniche del cosiddetto debt push down³⁶¹. In tale contesto, l'Agenzia tendeva a negare la legittimità del riporto, in alcuni casi invocando la mancanza del requisito dell'inerenza, in altri ravvisando l'abusività dell'intera operazione in ragione della mera assenza di valide ragioni extrafiscali³⁶².

Tale impostazione è stata tuttavia superata con la circolare n. 6/E del 2016, nella quale l'Agenzia delle Entrate ha espressamente riconosciuto la legittimità fiscale delle operazioni di MLBO, fatta salva l'ipotesi in cui vi “abbiano concorso i medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società target”. In tal senso, l'alterità soggettiva tra acquirente e acquisita assurge a condizione imprescindibile per escludere l'elusività dell'operazione (requisito del change of control)³⁶³.

³⁵⁹ Si veda infra 3.4.3.1.

³⁶⁰ A. MORANO, *Il merger leveraged buy out alla luce del nuovo art. 2501-bis c.c.*, in *Le Società*, 2003, p. 959.

³⁶¹ M. ANTONINI, R. PAPOTTI, *Luci e ombre dei chiarimenti dell'Agenzia sulle operazioni di 'Leveraged Buy Out'*, in *Corr. Trib.*, 2016.

³⁶² Per un'approfondita analisi di queste contestazioni si veda L. ROSSI, M. AMPOLILLA, *Leveraged Buy Out – gli accertamenti del Fisco italiano*, in *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014, pp. 8-16.

³⁶³ G.M. COMMITTERI, *Operazioni di Leveraged Buy Out: nella circolare molte luci e qualche ombra*, in *il fisco*, 2016, n. 18, p. 1753.

Tuttavia, l'Amministrazione finanziaria ha in più occasioni fornito una lettura restrittiva del requisito del "mutamento del controllo", ritenendolo non realizzato anche nei casi in cui i soci già presenti nella società target assumano una posizione di minoranza o cedano la maggioranza a un soggetto precedentemente socio di minoranza³⁶⁴. Ciò è quanto avvenuto nella risposta a interpello n. 341 del 2019, dove l'Agenzia delle Entrate ha ravvisato una fattispecie abusiva in una complessa operazione di riorganizzazione societaria finalizzata a consentire l'uscita dalla compagine sociale dei soci fondatori di ETA e la concentrazione del controllo in capo ai soci di seconda generazione, Zeta e Gamma. La struttura negoziale, articolata in più passaggi, prevedeva la costituzione di una società veicolo (Newco), l'acquisizione da parte di quest'ultima delle partecipazioni rivalutate dai soci uscenti e la successiva fusione inversa con ETA. All'esito dell'operazione, la società risultava partecipata esclusivamente da Zeta e Gamma.

Secondo l'Amministrazione, l'intera sequenza era funzionale a preconstituire le condizioni per trasformare un'uscita dalla società che avrebbe dovuto avvenire tramite il recesso "tipico" — con applicazione della ritenuta ordinaria al 26% — in un recesso "atipico", mediante cessione di partecipazioni rivalutate e tassazione sostitutiva più favorevole. In questo modo, il vantaggio fiscale ottenuto (la tassazione più favorevole derivante dal recesso atipico) è stato ritenuto indebito in quanto conseguito in violazione della ratio della disciplina ordinaria sul recesso e mediante una costruzione negoziale che consentiva di aggirare consapevolmente i presupposti per l'applicazione della ritenuta ordinaria.

Quanto alla sostanza economica dell'operazione, l'Agenzia ha ritenuto che l'intera sequenza — costituita dalla cessione delle partecipazioni rivalutate alla Newco e dalla successiva fusione di quest'ultima nella società target — non producesse effetti apprezzabili diversi dalla realizzazione del risparmio fiscale. Il risultato perseguito, ossia la concentrazione del controllo in capo ai soci di seconda generazione, avrebbe potuto essere ottenuto attraverso strumenti più semplici e lineari, come il recesso tipico concordato. Tale vantaggio fiscale è stato inoltre considerato "essenziale" ai fini della qualificazione dell'abuso, in quanto privo di effetti significativi ulteriori rispetto all'ottenimento del trattamento più favorevole conseguito.

In aggiunta, sebbene fosse dichiarata l'intenzione di realizzare un passaggio generazionale e una transizione gestionale nella società, l'Agenzia escluso la sussistenza

³⁶⁴ L. MIELE, *Operazioni LBO a rischio artificiosità anche con il controllo di Target*, in *Eutekne.info*, 2022.

di valide ragioni extrafiscali sempre sulla base della circostanza secondo cui l'obiettivo poteva essere raggiunto mediante operazioni più trasparenti e dirette, come il recesso tipico. Di conseguenza, accertati tutti i presupposti dell'abuso, ed esclusa la sussistenza delle valide ragioni extrafiscali, l'Agenzia si è espressa nel senso dell'elusività dell'operazione.

Tuttavia, tale impostazione risulta criticabile, in quanto il Fisco ha desunto il carattere indebito del vantaggio fiscale confrontando l'operazione effettuata con un'ipotesi alternativa astratta — il recesso tipico — anziché valutare la coerenza dell'operazione con la ratio della disciplina effettivamente applicata. Si tratta di un approccio distorsivo, che finisce per svuotare di significato la libertà di scelta riconosciuta al contribuente.

Tale impostazione restrittiva è stata infatti oggetto di un'importante censura da parte della Corte di cassazione con la sentenza n. 868 del 14 gennaio 2019³⁶⁵. Il caso riguardava un'operazione di MLBO al termine della quale la società veicolo è stata incorporata nella società target, che risultava partecipata — anche dopo la fusione — al 50% dallo stesso socio persona fisica che ne deteneva tale quota già prima dell'operazione.

L'Agenzia delle Entrate aveva contestato l'operazione, ritenendola elusiva ai sensi del previgente art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973, sul presupposto che non vi fosse stato alcun reale mutamento dell'assetto proprietario, proprio perché uno dei soci preesistenti era rimasto nella compagine societaria anche dopo l'operazione. Tuttavia, la Suprema Corte ha rigettato questa impostazione, affermando che, nei processi di riorganizzazione aziendale, l'abuso del diritto non può essere desunto dalla mera permanenza di un socio preesistente, soprattutto laddove l'operazione comporti l'effettivo ingresso di nuovi soggetti nella governance e sia sorretta da valide finalità economiche. In tale prospettiva, la Corte ha riconosciuto la sussistenza del requisito del "change of control" anche in presenza di un controllo congiunto esercitato tra un socio storico e i nuovi acquirenti, riaffermando così il principio della libertà di scelta del contribuente tra le diverse opzioni consentite dall'ordinamento, anche qualora producano un minor carico fiscale³⁶⁶.

Questo più recente e condivisibile orientamento trova conferma nella risposta a interpello n. 251 del 2024, con cui l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto la legittimità fiscale di

³⁶⁵ Sulla stessa linea interpretativa si veda anche: Cass. civ., sez. V, ord. n. 6623 del 1 marzo 2022.

³⁶⁶ M. SANDOLI, *Deducibilità degli interessi passivi nelle operazioni di MLBO: spunti di riflessione a seguito della sentenza della Corte di cassazione 16 gennaio 2019, n. 868*, in *AIFI – Approfondimenti*, gennaio 2019.

un'operazione di MLBO nonostante vi avesse partecipato anche il medesimo soggetto che deteneva precedentemente il controllo totalitario della target. In tale occasione, il requisito del "change of control" è stato ritenuto sussistente anche in presenza di un passaggio da controllo individuale a controllo congiunto, rafforzando un'impostazione maggiormente aderente alla ratio della disciplina di cui all'art. 2501-bis c.c.

Nel caso esaminato, ALFA — società interamente controllante della costituenda DELTA (società target) — ha stipulato una joint venture paritetica con GAMMA, investitore esterno attivo nel settore delle energie rinnovabili. Il progetto prevedeva la costituzione di una holding (HoldCo), partecipata al 50% da ciascuna delle due società, e di una società veicolo (BidCo), controllata interamente dalla holding, incaricata di acquistare la totalità delle partecipazioni in DELTA mediante capitale misto (equity e debito bancario). Una volta completata l'acquisizione, BidCo sarebbe stata fusa per incorporazione inversa in DELTA, trasferendo così gli oneri finanziari direttamente sulla società operativa e consentendo il rimborso del debito tramite i flussi generati dall'attività della stessa DELTA.

Nonostante ALFA avesse partecipato sia alla fase di costituzione che al finanziamento dell'operazione, l'Agenzia ha escluso la natura elusiva della riorganizzazione. Ciò in quanto l'operazione ha comportato il passaggio da un controllo esclusivo a una gestione congiunta, priva di patti parasociali limitativi e coerente con una logica di collaborazione strategica. Il vantaggio fiscale derivante dal c.d. debt push down è stato pertanto ritenuto legittimo, in quanto effetto fisiologico di un'operazione riconducibile alla finalità tipica del MLBO — cioè l'acquisizione di un'impresa mediante indebitamento — e non frutto di un'alterazione artificiosa del quadro normativo.

A differenza di quanto avvenuto nella risposta n. 341 del 2019, l'Amministrazione non ha fondato il giudizio sulla violazione della ratio di una disciplina fiscale alternativa astrattamente applicabile (quale la tassazione ordinaria in caso di recesso o cessione diretta), bensì sulla coerenza dell'operazione con la ratio della normativa applicata (2501-bis c.c.). Ne emerge così una corretta applicazione della clausola generale antiabuso, centrata sulla verifica dell'effettività del mutamento del controllo e sull'assenza di elementi di artificiosità.

Alla luce di tali sviluppi interpretativi, si rende tuttavia opportuna una maggiore cautela nelle ipotesi in cui l'operazione di MLBO non comporti un effettivo cambiamento del

controllo della società target. In simili circostanze, la valutazione della legittimità fiscale dell'operazione risulta particolarmente complessa e ha dato origine a interpretazioni giurisprudenziali non sempre uniformi.

La giurisprudenza ha sviluppato orientamenti divergenti in merito: da un lato, alcune pronunce ne riconoscono la legittimità qualora esse comportino un cambio sostanziale nella governance e l'ingresso di nuovi investitori con risorse e competenze strategiche³⁶⁷; dall'altro, un'impostazione più restrittiva le considera potenzialmente elusive ogniqualvolta il controllo rimanga, anche indirettamente, in capo agli stessi soggetti. In particolare, sono ritenute sospette le riorganizzazioni interne ai gruppi e le operazioni in cui l'apporto di un socio di minoranza non alteri significativamente gli assetti decisionali³⁶⁸.

³⁶⁷ S. BRUNELLO, P. RONCA, M.L. MARIELLA, *Re-investimento e deducibilità degli interessi passivi nelle operazioni di LBO*, in *il fisco*, 2021, n. 26, p. 2541.

³⁶⁸ Cass. civ., sez. V, sent. n. 34595 del 30 dicembre 2019.

CONCLUSIONI

L'indagine condotta nel presente lavoro ha consentito di ricostruire il percorso evolutivo della clausola generale antiabuso, concludendosi con l'analisi della prassi amministrativa più rilevante in materia di operazioni straordinarie. Dallo studio è emerso, in primo luogo, che l'ordinamento tributario ha ormai raggiunto una codificazione normativa compiuta del divieto di abuso del diritto, mediante l'introduzione dell'art. 10-bis nello Statuto dei diritti del contribuente. Tale disposizione rappresenta il punto di approdo di un lungo processo, segnato da incertezze dottrinali e giurisprudenziali, che ha condotto alla definizione positiva dei presupposti necessari per qualificare un'operazione come abusiva: il vantaggio fiscale indebito, l'assenza di sostanza economica e l'essentialità del vantaggio stesso.

Tuttavia, l'adozione di una clausola generale non ha eliminato del tutto le incertezze applicative. Permane, infatti, un margine di indeterminatezza interpretativa che continua a generare difficoltà nella delimitazione dei confini tra legittima pianificazione fiscale ed elusione. Questo carattere di incertezza si manifesta in modo particolare nella prassi dell'Amministrazione finanziaria, che non sempre si attiene rigorosamente alla struttura logica dell'art. 10-bis.

In alcuni casi, infatti, la qualificazione di una fattispecie come abusiva è avvenuta attraverso un approccio monodimensionale, fondato cioè esclusivamente sull'assenza di valide ragioni extrafiscali. Tale impostazione, che trascura la necessità di accertare la sussistenza congiunta degli ulteriori requisiti previsti dalla norma, si pone in contrasto con il dato testuale della clausola generale e rischia di determinare indebite compressioni della libertà di iniziativa economica del contribuente.

Anche laddove la prassi amministrativa si conforma all'ordine scalare dei presupposti, persistono criticità nell'interpretazione del concetto di vantaggio fiscale indebito. In particolare, continua a registrarsi la tendenza, da parte dell'Amministrazione, a valutare la legittimità dell'operazione mediante il confronto con la ratio della normativa astrattamente applicabile — e non con quella effettivamente utilizzata dal contribuente — con il rischio di compromettere la coerenza dell'intero sistema e di disincentivare scelte imprenditoriali perfettamente lecite, ma fiscalmente vantaggiose.

Nonostante queste criticità, l'analisi delle risposte a interpello e degli indirizzi interpretativi più recenti ha evidenziato anche esempi di corretta applicazione del

principio di abuso del diritto. In diversi casi, l'Amministrazione ha riconosciuto la legittimità di operazioni complesse, purché sorrette da valide ragioni extrafiscali e coerenti con la finalità della normativa applicata. Tali orientamenti, testimoniano l'esistenza di un percorso di maturazione dell'interpretazione amministrativa, che merita di essere valorizzato.

Alla luce di quanto emerso, si auspica per il futuro una sempre maggiore adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria al modello applicativo delineato dall'art. 10-bis, fondato su un'analisi sistematica e coerente dei presupposti normativi e rispettoso della libertà di scelta del contribuente, giacché soltanto in tal modo sarà possibile assicurare una corretta delimitazione tra lecito risparmio d'imposta e operazioni elusive, scongiurando interpretazioni arbitrarie.

Bibliografia:

- ABRITTA L., CACCIAPAGLIA L., CARBONE V., DE FUSCO E., SIRIANNI F., *Testo unico delle imposte sui redditi*, IPSOA, 2011, p. 2438;
- ALBANO G., DI CAVE S., “L’abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale”, in *Corriere Tributario*, n. 42/2017;
- ANDREANI G., DODERO A., FERRANTI G., *Commentario al Testo Unico Imposte sui redditi*, III ed., IPSOA, 2022, p. 1599;
- ANDREANI G., TUBELLI A., *La fusione di società*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, MIELE L. (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018, p. 122;
- ANDRIOLA M., *La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche*, in *una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in *Rass. Trib.*, 2006, p. 1897;
- ANGELUCCI P., GALLIZIOLI A., FORCINA S., *Conferimenti di partecipazioni societarie secondo il regime del “realizzo controllato”*, in *il fisco*, 2024, n. 24;
- ANTONINI M., PAPOTTI R., *Luci e ombre dei chiarimenti dell’Agenzia sulle operazioni di ‘Leveraged Buy Out’*, in *Corr. Trib.*, 2016;
- ANTONINI M., PIANTAVIGNA P., *È legittima la scissione preceduta dal conferimento di partecipazioni in regime di realizzo controllato*, in *il fisco*, 2022, p. 4121;
- BASILAVECCHIA M., *Norma antielusione e “relatività” delle operazioni imponibili IVA*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 1466 ss.;
- BEGHIN M., *L’abuso del diritto tra operazioni antieconomiche e contrarietà alle “normali logiche di mercato”*, in *Corr. Trib.*, 2022, p. 225;
- BEGHIN M., *L’elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, 2013, p. 10.
- BEGHIN M., *La “non opponibilità” al Fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI (a cura di), *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, 2016, p. 94;
- BEGHIN M., *La “tassazione differenziale” e la “non opponibilità” al Fisco delle operazioni elusive*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, p. 295;

- BEGHIN M., *La scissione parziale proporzionale e il fantasma dell'elusione "condizionata"*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, p. 761 ss.;
- BETTI R., SBARAGLIA G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, in *il fisco*, 2011, p. 6381;
- BIANCHI L.A., *La congruità di rapporto di cambio nella fusione*, 2002;
- BRANDANI S., *Simulazione assoluta e autonomia negoziale*, Napoli, 2019;
- BRUNELLO S., RONCA P., MARIELLA M.L., *Re-investimento e deducibilità degli interessi passivi nelle operazioni di LBO*, in *il fisco*, 2021, n. 26, p. 2541;
- BUSANI A., *La scissione mediante scorporo*, in *Le società*, IPSOA, 4, 2023, 401;
- BUSANI A., *La scissione mediante scorporo*, in *Società*, 2023, n. 4, p. 401 ss.;
- CAMPOBASSO G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2004, p.58;
- CAPITTA F., VACCA A., *L'istituto civilistico della scissione mediante scorporo trova una specifica disciplina fiscale*, in *il fisco*, 2025, n. 7, p. 579;
- CAPODIMONTI L., *Abuso del diritto: sono legittime le operazioni propedeutiche alla fruizione di agevolazioni*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2017, p. 21;
- CARINCI A., e TASSANI T., *Manuale di diritto tributario*, Bologna, 2022, p. 246;
- CARINCI A., *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso di diritto*, in *il fisco*, 2018, n. 43, p. 4107;
- CARINCI A., TASSANI T., *Manuale di diritto tributario*, 2024, p. 450;
- CARINCI A., TASSANI T., *Manuale di diritto tributario*, op. cit., p. 450; S. ZEBRI, *Le novità sull'autotutela tributaria*, in *Azienditalia*, 2025, n. 3, p. 404;
- CASTALDI L., *Il "dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto – La Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo*, in *Riv. giur. trib.*, 2016, p. 581;
- CAZZATO A. L., *Consultazione semplificata e interpello: dove finisce una inizia l'altra*, in *il fisco*, 2024, p. 2042;
- CEPPELLINI LUGANO & ASSOCIATI, *Operazioni straordinarie*, 2020, p. 1167;
- CERRATO S. A., *Le operazioni di leveraged buy out*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, 2011;

- CERRETA F. A., *Elusione e causa illecita del contratto*, in Riv. guar. fin., 1992;
- CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale, Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 135;
- CIPRIANI N., *La simulazione di effetti giuridici. Appunti sulla fattispecie*, in R. DI RAIMO, M. FRANCESCA, A. C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2011, p. 99 e ss.;
- CIVERRA E., *Le operazioni straordinarie. Aspetti civilistici, contabili e procedurali*, 2008, pp. 583-585;
- COLOMBO G.E., *L'azienda ed il suo trasferimento*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1979, vol. III, p. 17;
- COMMITTERI G.M., *Operazioni di Leveraged Buy Out: nella circolare molte luci e qualche ombra*, in *il fisco*, 2016, n. 18, p. 1753;
- COMMITTERI G.M., DODERO A., *Abuso del diritto, c'è ancora molta strada da fare*, in *Corr. Trib.*, 2024, nn. 8-9, p. 704.
- CONTE D., *Interpello tributario e diritto ad una buona amministrazione: riflessioni per un bilancio*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2022, p. 2024;
- CONTRINO A, e MARCHESELLI A., *Luci e ombre nella struttura dell'abuso fiscale "riformato"*, in *Corr. trib.*, 2015, 3787;
- CONTRINO A., e MARCHESELLI A., *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*, 2016;
- CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., p. 20.
- CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996, p. 21;
- CONTRINO A., *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2009, p. 10463;
- CONTRINO A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *dir. e prat. trib.*, 2016, p. 1407;

- CONTRINO A., MARCHESELLI A., *Il procedimento di accertamento dell'abuso: oneri delle parti e possibili vizi, difese e preclusioni processuali*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 576;
- CONTRINO A., MARCHESELLI A., *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*, 2016, p. 24;
- CORASANITI G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, 2016, p. 465;
- CORASANITI G., *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2006;
- CORASANITI G., *Le garanzie procedurali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, p. 1863;
- CORASANITI G., *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti in società*, 2008;
- COSCIANI V. C., *Principi di scienze delle finanze*, Torino, 1953, pp. 105 e 567;
- COTTO A., SGATTONI C., *I conferimenti di partecipazioni qualificate e società di holding*, in *Riforma fiscale – Operazioni straordinarie*, Eutekne, 2025, p. 7;
- CREMONA C., MONARCA P., *Profili fiscali della fusione*, in *One Fiscale – Wolters Kluwer*, 2025;
- DAMI F., in *Giurisprudenza delle imposte*, vol. XCV, 2022, fasc. 2, p. 4;
- DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, pp.119-120;
- DE ROSA F., *Abuso del diritto, vantaggio fiscale indebito e lettura monodimensionale*, in *Corr. Trib.*, 2022;
- DE ROSA F., *Scissione con scorporo con regole ad hoc sulla continuità del possesso dei beni*, in *Eutekne*, 31 maggio 2024;
- 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;

- DELLA VALLE E., FICARI V., MIELE L. *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018;
- DELLA VALLE E., *Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, L. MIELE (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018, p.5;
- DI GIACOMO S.P., *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2017, pp. 1132;
- DI SIENA M., *La scissione di società*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, L. MIELE (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018;
- DINI R., *Scissioni. Strutture, forme e funzioni*, 2008, pp. 29-93;
- DODERO A., FERRANTI G., IZZO B., MIELE L., *Imposta sul reddito delle società*, IPSOA, 2008, p. 1210;
- DODERO A., *Il nuovo interpello e i supporti interpretativi che favoriscono il rapporto Fisco-contribuente*, in *il fisco*, 2024, p. 231;
- ESCALAR G., *Esclusa la diretta efficacia dell'abuso del diritto per le imposte dirette*, in *Corr. trib.*, 2009, pagg. 701 e ss;
- ESPOSITO R., *I conferimenti in natura. Contributo allo studio degli atti di riorganizzazione nel diritto tributario*, 2004;
- FALSITTA G., *Fusione di società e iscrizione di avviamento*, in *Rass. trib.*, 1986, n. 1;
- FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, 2008, p. 213;
- FANTOZZI A., LUPI R., in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, Torino, 1993-1994;
- FANTOZZI A., PAPARELLA F., *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, 2015, p. 154, nota 1;
- FEDELE A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 137;
- FERRARA E., *Scissione per riorganizzazione d'azienda e passaggio generazionale: profili di (non) elusività*, in *il fisco*, 2019, n. 43, p. 4107;
- FICARI V., *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra "diritto" giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Boll. Trib.* 22/2008, p. 1777;
- FICARI V., *I conferimenti in società a responsabilità limitata nella riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 740;

- Fondazione del CNDCEC, *Documento di Ricerca – Conferimenti di partecipazioni “a realizzo controllato” dopo la riforma fiscale*, 31 marzo 2025;
- FRANSONI G., *Abuso del diritto, nell’atto di indirizzo apoteosi e declino di un principio*, in *Settimana Fiscale*, 2025, n. 1226;
- FRANSONI G., *Abuso del diritto: generalità della clausola e determinatezza del procedimento*, in *Rass. trib.*, 2017;
- FRANSONI G., e ZANOTTI N., *Manuale di diritto tributario*, 2025, p. 15 ss.;
- FRANSONI G., *Il contraddittorio nell'accertamento dell'abuso del diritto*, in E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI (a cura di), *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, 2016, p. 123;
- FRANSONI G., *La “multiforme” efficacia nel tempo dell’art. 10-bis dello Statuto su abuso ed elusione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2015, 4366 ss;
- GAIANI I., *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *il fisco*, 2019, n. 11, p. 1013;
- GAIANI L., *Perdite riportabili dopo una scissione*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 agosto 2009, p. 31;
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, vol. XXIX, 2003, p. 528;
- GALLO F., *Abuso del Diritto (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2017, p. 2;
- GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1992;
- GARCEA A., *Al via le modifiche alla disciplina dei conferimenti di azienda e di partecipazioni*, in *il fisco*, 2025;
- GARCIA GONZALES E., *La cosiddetta “evasione fiscale legittima”*, in *Riv. dir. fin.*, 1974, 51 ss;
- GOTHOT W., *Conférence prononcé a l’Ecole Supérieure des Sciences Fiscales, le 3 mars 1962*, in *The business purpose test and abuse of rights*, in *Dir. prat. trib.*, 1985;
- GRIZIOTTI B., *Politica diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929;
- HENSEL A., *Diritto tributario*, Milano, 1956, p. 148;

- LIBURDI D., *L'attribuzione delle perdite nell'ambito delle operazioni di scissione*, in *il fisco*, 2009, n. 23, p. II/4830 ss.;
- LOI S., *Gli interpelli ordinario e disapplicativo, per l'abuso e le ipotesi di elusione, nel quadro della rinnovata disciplina dell'interpello*, in C. GLENDI, C. CONSOLO, A. CONTRINO (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, 2016;
- LUPI R., *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 1997, pp. 1099 ss.;
- LUPI R., *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazioni della fusione e fobie antielusive*, in *il fisco*, 1993, p. 2211;
- LUPI R., *Profili tributari della fusione di società*, 1989;
- MANCIN M., *Le operazioni straordinarie d'impresa: normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi OIC e IFRS*, 2020, p. 1162;
- MANGUSO G., CERRAI A., *Trasferimento dell'avviamento pregresso nei conferimenti d'azienda*, in *Corr. Trib.*, 2024;
- MARCHESE S., MIELE L., *Conferimento di partecipazioni e attuazione della delega fiscale*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, 4 maggio 2024;
- MARCHESE S., MIELE L., *Possibili interventi chiarificatori sulla disciplina dei conferimenti di partecipazioni*, in *Corr. Trib.*, 2025, p. 408;
- MARIOTTI, *"Dividend washing" e norme antielusive*, in *Giust. trib.*, 2006 e G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007;
- MASTROMATTEO A., SANTACROCE B., *Gli effetti degli interpelli su accertamento e contenzioso*, in *il fisco*, 2016, p. 2518;
- MASTROMATTEO A., SANTACROCE B., *Gli interpelli: modalità di presentazione, legittimazione e contenuto delle istanze*, in *il fisco*, 2016, p. 2226;
- MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e Impresa*, 2020, n.1, p. 267;
- MELIS G., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2016, p. 100;
- MELIS G., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, p.101 ss.;
- MICHELUTTI R., MAIESE V., *Scissione parziale e perdita fiscale del periodo interinale: il caso dell'elusione "imposta per legge"*, in *il fisco*, 2023, n. 30, p. 2883;

- MIELE L., *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, in *Corr. Trib.*, 2020, p. 125;
- MIELE L., *Esteso ai conferimenti di partecipazioni in società non residenti il realizzo controllato*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 12 dicembre 2024;
- MIELE L., *I principi generali desumibili dalle pronunce dell'Agenzia delle Entrate sull'abuso*, in *Corr. Trib.*, 2019, p. 73;
- MIELE L., *Operazioni LBO a rischio artificiosità anche con il controllo di Target*, in *Eutekne.info*, 2022;
- MIELE L., REGALBUTO S., SAGGESE P., VERNASSA F., ZANETTI E., *Scissione mediante scorporo: la disciplina fiscale alla luce dell'attuazione della riforma tributaria*,
- MIELE L., *Senza vantaggi indebiti le operazioni poste in essere per fruire di regimi di favore*, in *Eutekne*, 2025;
- MISCALI M., *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, p. 1385;
- MONFREDINI P.S., *Operazione di scissione e abuso del diritto: l'Agenzia delle Entrate detta la linea*, in *Corr. Trib.*, 2018, nn. 47-48;
- MORANO A., *Il merger leveraged buy out alla luce del nuovo art. 2501-bis c.c.*, in *Le Società*, 2003, p. 959;
- MORANO A., *La scissione non proporzionale*, in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Consiglio Notarile, Studio n. 3, 21 aprile 2007;
- MORELLO U., *Frode alla legge*, 1969;
- NIGRO A., *Le operazioni straordinarie nel diritto societario*, in A. NIGRO (a cura di), *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022, p. 20;
- NUZZO E., *Elusione, abuso dello strumento negoziale, fraudolenza*, in *Rass. trib.*, 1996;
- ODCEC (Roma), *Elusione fiscale e circolazione dell'azienda ai fini IRES nella scissione societaria*, vol. I, 2016;
- ONESTI T., ROMAGNOLI I., *La scissione di società. Aspetti economici, civilistici e contabili*, 1996;

- ORLANDI M., *Leveraged buy out e fusione inversa*, in *Amministrazione & Finanza*, 2024, n. 2, p. 53;
- PAGAMICI B., *Novità al riporto delle perdite nelle fusioni*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 2025, n. 5, p. 40;
- PALESTINI S., *L'Agenzia ha cambiato approccio verso le operazioni di scissione?*, in *Amministrazione & Finanza*, 2017, p. 34;
- PAPARELLA F., *Abuso del diritto: oneri procedurali e requisiti essenziali dell'atto impositivo*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, p. 243;
- PAPARELLA F., *Conferimenti (dir. trib.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2010;
- PECORARO C., *lineamenti generali*, in E. DELLA VALLE, G. FRANSONI (a cura di), *Profili tributari dello scorporo*, 2024;
- PEROTTA R., GAREGNANI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, p. 6;
- PEVERINI L., *Operazioni straordinarie, liquidazione e fallimento nelle imposte sui redditi*, in L. SALVINI (a cura di), *Diritto tributario delle attività economiche*, 2022;
- PIANTAVIGNA P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 63;
- PIANTAVIGNA P., *Italy*, in AA.VV., *Anti-Avoidance Measures of General Nature and Scope – GAAR and other Rules*, IFA, 2018, p. 193;
- PICCONE FERRAROTTI P., *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del d.lgs. 358/1997*, in *Rass. trib.*, 1997, II, p. 1153.
- PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, 2006, pp. 115-175;
- PISTONE P., *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in (a cura di) G. MAISTO *Elusione e abuso del diritto tributario*, Milano 2009, p.331;
- POTITO L., *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, 2013, p. 1;
- PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2019, p. 1445.;
- RAGUCCI G., *La scissione di società nell'imposizione diretta*, 1997.;

- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 205 e ss.;
- ROSSI L., AMPOLILLA M., *Leveraged Buy Out – gli accertamenti del Fisco italiano*, in *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014, pp. 8-16;
- ROSSI L., BABELE M., *La disciplina fiscale della scissione mediante scorporo*, in *Modulo24 Wealth Planning*, 2024;
- SALVINI L., *L'elusione Iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 3103;
- SANDOLI M., *Deducibilità degli interessi passivi nelle operazioni di MLBO: spunti di riflessione a seguito della sentenza della Corte di cassazione 16 gennaio 2019, n. 868*, in *AIFI – Approfondimenti*, gennaio 2019;
- SANNA S., *Deducibili gli interessi da MLBO con interpello disapplicativo*, Eutekne, 2018;
- SANTAGATA C., *Lineamenti generali dell'istituto della fusione: natura giuridica e procedimento*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, IPSOA, 1993, p. 19 ss.;
- SANTAGATA R., *“Scissione mediante scorporo” e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. Società*, 2024, p. 269 ss.;
- SAVIOLI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, 2012, p. 21;
- SERRA A., *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, vol. XVII, 3, diretto da P. RESCIGNO, UTET, 1985, p. 357 ss.;
- SÒSTERO U., *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*, 2020, p. 2;
- STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2015, p. 695;
- STEVANATO D., *La norma antielusiva nei pareri del Comitato per l'interpello*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2002, p. 223; C. CIMINO, *Note in tema di elusione e scissione non proporzionale*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 1029;
- TABELLINI P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 27;
- TABELLINI P.M., *L'elusione fiscale*, Milano, 1988, p. 199;
- TAMBORRINO A., *Le operazioni straordinarie: profili civilistici, giuslavoristici, fiscali, contabili e valutativi*, 2004;

- TARDINI M., *Conferimento di partecipazioni minusvalenti seguito da donazione non elusivo*, Eutekne, 2024; E. ZANETTI, *Risparmio dell'imposta sulle donazioni con partecipazioni conferite in realizzo controllato*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 2022;
- UCKMAR A., *Interpretazione funzionale delle norme tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 1949, pp. 184 ss.;
- VELLUZZI V., *Abuso del diritto ed interpretazione giuridica. Alcune questioni ed una proposta*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, p. 497;
- ZANETTI E., *Disapplicazione antielusiva ampia per conferimenti e scambi di partecipazioni*, Eutekne, 2019;
- ZANETTI E., *La fusione con finalità liquidatorie non è elusiva*, Eutekne, 2010;
- ZANETTI E., *La fusione per incorporazione ai fini liquidatori è "operazione fisiologica"*, Eutekne, 2022;
- ZANETTI E., *Manuale delle operazioni straordinarie*, 2018, pp. 709-710;
- ZANETTI E., *Scambio di partecipazioni e abuso del diritto nella prassi dell'Agenzia delle Entrate*, 2021;
- ZIZZO G., *L'atto di indirizzo e le criticità irrisolte in tema di abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 2025;
- ZIZZO G., *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, 1996;
- ZIZZO G., voce *Operazioni societarie straordinarie (dir.trib.)* in *Enc.dir Annali*, 2017.

GIURISPRUDENZA:

- Cass. civ., Sez. I, sent. n. 12421 del 27 maggio 2009;
- Cass. civ., Sez. I, sent. n. 1459 del 18 aprile 1975;
- Cass. civ., Sez. I, sent. n. 5716 del 11 aprile 2001;
- Cass. civ., Sez. II, sent. n. 3938 del 26 febbraio 2015;
- Cass. civ., Sez. III, sent. n. 2464 del 28 giugno 1976;
- Cass. civ., Sez. III, sent. n. 5571 del 24 ottobre 1981;
- Cass. civ., Sez. III, sent. n. 6949 del 22 maggio 2001;
- Cass. civ., Sez. V, ord. n. 17743 del 22 giugno 2021;
- Cass. civ., Sez. V, ord. n. 24027 del 11 novembre 2014;
- Cass. civ., Sez. V, ord. n. 34858 del 17 novembre 2021;
- Cass. civ., Sez. V, ord. n. 6623 del 1 marzo 2022;
- Cass. civ., Sez. V, ord. n. 17743 del 22 giugno 2021;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 10238 del 29 maggio 2020;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 11351 del 3 settembre 2001;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 1465 del 21 gennaio 2009;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 20398 del 21 ottobre 2005;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 20816 del 26 ottobre 2005;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 21221 del 29 settembre 2006;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 23135 del 25 luglio 2022;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 24913 del 10 ottobre 2008;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 25127 del 30 novembre 2009;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 25374 del 17 ottobre 2008;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 27158 del 6 ottobre 2021;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 27709 del 22 settembre 2022;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 27709 del 22 settembre 2022;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 30335 del 23 novembre 2018;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 31772 del 5 dicembre 2019;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 34595 del 30 dicembre 2019.
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 3979 del 26 gennaio 2000;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 4604 del 26 febbraio 2014;

- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 4737 del 26 febbraio 2010;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 653 del 15 gennaio 2014;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 8481 del 8 aprile 2009;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 8487 del 8 aprile 2009;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 868 del 16 gennaio 2019;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 869 del 16 gennaio 2019;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 8973 del 20 giugno 2002;
- Cass. civ., Sez. V, sent. n. 947 del 21 aprile 2010;
- Cass. civ., SS. UU., sent. n. 21970 del 30 luglio 2021;
- Cass. civ., SS.UU., sent. n. 30055 del 23 dicembre 2008;
- Cass. civ., SS.UU., sent. n. 30056 del 23 dicembre 2008;
- Cass. civ., SS.UU., sent. n. 30057 del 23 dicembre 2008;
- Corte costituzionale, sent. n. 110 del 5 giugno 2023;
- Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, causa C-196/04, (c.d. *Cadbury Schweppes*);
- Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, causa C-110/99, (c.d. *Emsland-Starke*);
- Corte di Giustizia, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96;
- Corte di Giustizia, 2 maggio 1996, causa C-206/94;
- Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-255/02 (c.d. *Halifax*);
- Corte di Giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-245/06 (c.d. *Part Service*);
- Corte di Giustizia, 23 marzo 2000, causa C-373/97;
- Corte di Giustizia, 3 dicembre 1974, causa C-33/74;
- Corte di Giustizia, 3 ottobre 1990, causa C-61/89;
- Corte di Giustizia, 5 luglio 2007, causa C- 321/05, (c.d. *Kofoed*);
- Corte di Giustizia, 9 marzo 1999, causa C-212/97.

PRASSI:

- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 1 aprile 2016, n. 9/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 1 giugno 2016, n. 26/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 13 febbraio 2006, n. 6/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 17 giugno 2010, n. 33/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 19 dicembre 1997, n. 320/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 25 marzo 2008, n. 25/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 25 settembre 2008, n. 57/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 30 marzo 2016, n. 6/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2004, n. 36/E;
- Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2004, n. 36/E;
- Ministero dell'economia e delle finanze, atto di indirizzo 27 febbraio 2025;
- Ministero delle Finanze, circolare 19 dicembre 1997, n. 320/E;
- 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 22 marzo 2007, n. 16; Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 9 maggio 2007, n. 20;
- 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 del 14 ottobre 2005, n. 38;
- Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 22 marzo 2007, n. 8;
- Principio di diritto dell'Agenzia delle Entrate del 28 luglio 2020, n. 10;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 10 aprile 2008, n. 143/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 10 aprile 2008, n. 143/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 16 ottobre 2023, n. 56/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 18 settembre 2001, n. 131/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 19 marzo 2002, n. 91/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2002, n. 317/E;

- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 20 aprile 2012, n. 38/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 21 novembre 2007, n. 337/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 22 febbraio 2008, n. 60/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 24 ottobre 2006, n. 116/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 25 luglio 2017, n. 97/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 26 luglio 2017, n. 98/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2015, n. 52/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 27 luglio 2017, n. 99/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2008, n. 177/E;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 4 aprile 2017, n. 43/E;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 1 marzo 2023, n. 233;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 1 ottobre 2020, n. 421;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 12 febbraio 2019, n. 38;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 12 ottobre 2018, n. 36;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 13 febbraio 2019, n. 53;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 15 novembre 2018, n. 70;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 15 ottobre 2019, n. 416;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 17 dicembre 2021, n. 830;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2020, n. 429;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 20 giugno 2023, n. 353;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 20 maggio 2020, n. 135;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 2020, n. 290;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2023, n. 260;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2022, n. 133;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2022, n. 136;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 22 marzo 2021, n. 199;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 23 agosto 2019, n. 341;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 23 agosto 2019, n. 341;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 25 marzo 2019, n. 87;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 28 settembre 2018, n. 18;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 29 marzo 2024, n. 84;

- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 30 aprile 2020, n. 123;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 31 dicembre 2021, n. 892;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 4 gennaio 2023, n. 5;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 5 dicembre 2018, n. 101;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 6 ottobre 2022, n. 496;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 7 settembre 2020, n. 314;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 9 dicembre 2024, n. 251;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate dell'11 ottobre 2024, n. 200;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate dell'8 maggio 2023, n. 317;
- Risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate dell'8 ottobre 2018, n. 30.

STUDI ISTITUZIONALI:

- Assonime, circolare del 18 dicembre 2018, n. 27;
- Assonime, circolare del 22 maggio 2023, n. 14;
- Assonime, circolare del 27 marzo 2000, n. 20;
- Assonime, circolare del 29 aprile 2025, n. 10;
- Assonime, circolare del 3 agosto 2017, n. 20;
- Assonime, circolare del 31 maggio 2007, n. 31;
- Assonime, circolare del 4 agosto 2016, n. 21;
- Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 29-2021/T;
- Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 52 del 19 novembre 2024;
- Consiglio Notarile di Milano, Massima n.103.

SITOGRAFIA:

- AGASSA A., *L'atto di indirizzo sull'abuso del diritto alla prova dell'operatività degli uffici*, pubblicato il 1° aprile 2025 su *Blastonline.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.blastonline.it>.

