



## L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza italiana

di Roberto Betti e Gianpaolo Sbaraglia<sup>(\*)</sup>

Con riferimento alla problematica dell'abuso del diritto, nella quale si tratta di verificare se l'operazione rientra in una normale logica di mercato, il carattere abusivo deve essere escluso per la compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata ma possono essere anche di natura meramente organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa.

### 1. Premessa. L'orientamento della giurisprudenza italiana

L'abuso del diritto ha trovato ampia trattazione nella giurisprudenza italiana di legittimità.

Con la sent. 18 aprile 1975, n. 1459, la Suprema Corte ha osservato che "la frode fiscale costituisce un illecito che trova solo nel sistema tributario le sue sanzioni e non importa nullità dei negozi giuridici con cui viene commessa"<sup>1</sup>.

La frode fiscale configurerebbe quindi un **illecito solo nel sistema tributario** e per tale illecito sono previste precise sanzioni. Da ciò si ricava

va presuntivamente che vi sia tipicità sia nel comportamento abusivo, sia nella rispettiva sanzione.

L'orientamento in esame mirava a tracciare un confine tra la frode e l'invalidità del negozio giuridico in senso civilistico da una parte, e la frode attuata dal contribuente con atti e negozi giuridici, dall'altra. Per il giudice civile, la frode fiscale, intesa come uso distorto degli strumenti giuridici al solo fine di ottenere un illegittimo risparmio d'imposta, non deve comportare la nullità dell'atto, poiché non si ravvisa per il medesimo giudice una contrarietà alle norme imperative di cui agli artt. 1343 e 1344 del codice civile.

La conferma di tale interpretazione giunge con un'ulteriore pronuncia, la sent. n. 2464 del 1976<sup>2</sup>. Anche in tale circostanza, il giudice di legittimità ha osservato che il giudice civile non può dichiarare nullo il negozio giuridico volto a conseguire un indebito vantaggio fiscale, sia che esso rientri *stricto iuris* nell'illecito penale tributario, sia che rientri nella materia del comportamento elusivo.

L'orientamento sopra esposto trova altra conferma nella sentenza della Suprema Corte del 1981<sup>3</sup>.

Nel provvedimento, il Supremo Collegio ha confermato che la frode fiscale, diretta a eludere le norme tributarie sui trasferimenti di beni, trova soltanto nel sistema delle disposizioni fiscali la

<sup>(\*)</sup> Centro Studi Internazionali GEB Partners.

L'articolo è parte di un contributo più ampio pubblicato nel volume di P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011.

Si veda anche R. Betti-G. Sbaraglia, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, in "il fisco" n. 39/2011, fascicolo n. 1, pagg. 6381 e seguenti.

<sup>1</sup> Sent. 18 aprile 1975, n. 1459, in "Il Foro It.", Mass., 1975, pagg. 340-341.

<sup>2</sup> Sent. 28 giugno 1976, n. 2464, in "Il Foro It.", Mass., 1976, pag. 519.

<sup>3</sup> Sent. 24 ottobre 1981, n. 5571, in "Il Foro It.", Mass., 1981, pag. 1131.

sua sanzione, la quale non è sanzione di nullità o di annullabilità del negozio. Anche con la sentenza in parola, si riafferma il principio di **autonomia dell'ordinamento tributario da quello civilistico**<sup>4</sup>. L'orientamento, formatosi con le pronunce analizzate, è caratterizzato dai seguenti elementi:

1. non è nullo il negozio giuridico avente come causa principale o concorrente l'elusione o l'evasione dell'imposta;
2. si esclude implicitamente la giurisdizione del giudice ordinario per i negozi giuridici posti in essere dal contribuente al solo fine di evadere od eludere l'imposta;
3. il giudice tributario, in merito ai punti *sub* 1 e 2, non dichiara la nullità degli atti e negozi giuridici, utilizzati dal contribuente per eludere/evadere l'imposta, bensì, come avviene in materia di applicazioni di specifiche disposizioni antielusive, l'**inefficacia** dei medesimi atti e negozi giuridici **nei confronti dell'Ente impositore**<sup>5</sup>.

Con una sentenza del 2000<sup>6</sup>, la Suprema Corte si è pronunciata sull'operazione del **dividend washing** e sull'abuso del diritto in materia tributaria. Nella sentenza in commento, per l'operazione di *dividend washing*, i giudici di legittimità hanno compiuto alcune osservazioni importanti. L'Amministrazione finanziaria, nell'avviso di accertamento, ha contestato, per tale operazione, la violazione dell'art. 37 del D.P.R. n. 600/1973, giacché il *dividend washing* integrava la fattispecie d'interposizione fittizia. Inoltre, ha contestato la validità delle singole operazioni per difetto di causa o di causa illecita secondo gli artt. 1343, 1344, 1418, 1421 del codice civile.

Il Supremo Collegio, preliminarmente, ha osservato che perché si potesse verificare l'ipotesi di cui all'art. 1344 del codice civile, il negozio doveva violare una norma imperativa come afferma anche l'art. 1343 del codice civile. Nel caso di specie, secondo la Corte, non si poteva ravvisare la violazione di una norma imperativa. Infatti, i giudici hanno osservato che:

“(...) la nullità del contratto per devianza della causa (...) in relazione al risultato conseguito in concreto per il tramite dell'adozione di uno schema negoziale tipico, esige, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., la configurabilità in tale risultato di violazione di norma imperativa.

Detta evenienza, rispetto ai riflessi fiscali del rapporto contrattuale, non è dunque identificabile nel mero 'risparmio' (cui ha fatto riferimento la pronuncia impugnata), né può discendere dal semplice rilievo che, senza la costituzione di quel rapporto, l'erario avrebbe ottenuto un maggiore incasso, ma presuppone un *quid plus*, cioè una disposizione di legge che vieti il contratto quando esso (in sé lecito) implichi in concreto una riduzione del prelievo impositivo.

Pertanto, a fronte di divergenti trattamenti fiscali, a seconda del soggetto cui faccia capo un certo reddito, la frode alla legge ex art. 1344 cod. civ. non è ravvisabile per il solo fatto che un atto negoziale (reale e non simulato) abbia spostato la titolarità del bene al contribuente 'favorito', occorrendo una norma che direttamente od indirettamente neghi la facoltà di trasmigrare con l'atto stesso dall'uno all'altro regime di tassazione; in difetto, si rimane nell'ambito della mera lacuna della disciplina tributaria, per non aver prefigurato la possibilità dei contribuenti di optare per assetti privatistici fiscalmente proficui”.

La Corte, altresì, ha evidenziato un aspetto che

<sup>4</sup> In merito, la liceità della causa, ai fini della declaratoria di nullità, segue i canoni propri dell'ordinamento civilistico che non possono in alcun modo, a detta della Corte, essere estesi alle ipotesi di frode fiscale. Si veda anche la sent. 27 ottobre 1984, n. 5515, in “Il Foro It.”, Mass., 1984, pag. 1080.

<sup>5</sup> Tale orientamento, come peraltro tutta la giurisprudenza anche successiva in materia di comportamenti configuranti abuso del diritto in materia tributaria, trae anche e soprattutto fondamento dall'assenza di una clausola generale (e non casistica) antielusiva, volta a colpire quei comportamenti formalmente leciti realizzati con l'unico scopo di produrre un vantaggio fiscale.

<sup>6</sup> Cass. 26 gennaio 2000, n. 3979, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro elettronico di documentazione. Sentenza

attiene alla liceità della menzionata operazione finanziaria, di carattere squisitamente fiscale. Il giudice di legittimità ha ritenuto non applicabile per tale fattispecie l'art. 37 del D.P.R. n. 600/1973 poiché non è presente il carattere della **fittizietà** che contraddistingue l'interposizione. Al contrario, sempre a detta della Corte, si potrebbe ravvisare un'**ipotesi d'interposizione reale**, in quanto muta la connotazione oggettiva del reddito che si produce dal *dividend washing*. Nel caso di specie, tuttavia, in assenza di una norma specifica, la Cassazione ha osservato che:

riportata in “Boll. Trib.”, 2000, pag. 1579 e in banca dati “fisconline”.

“Nella fattispecie in esame (...) non è individuabile nella normativa tributaria un divieto del tipo sopra specificato; di tale carenza la difesa dell’Amministrazione dà sostanzialmente atto con il contro-ricorso, quando allega a conforto della legittimità della rettifica a carico della E la simulazione delle compravendite delle azioni, e dunque, come si è detto, una situazione in fatto difforme da quella acclarata in sede di merito (e del resto non dedotta con l’avviso in contestazione).

L’ammissibilità e la liceità di detta operazione, in assenza di contraria previsione di legge, trovano sicura conferma nell’evoluzione normativa successiva ai rapporti in discussione.

Il comma 6-bis dell’art. 14 del D.P.R. n. 917 del 1986, aggiunto con effetto *ex nunc* dall’art. 7-bis del D.L. 9 settembre 1992, n. 372 (convertito con modificazioni in legge 5 novembre 1992, n. 429), nega il credito d’imposta correlato alla distribuzione di utili azionari a chi acquisti i titoli da un fondo comune d’investimento (dopo la delibera di distribuzione degli utili stessi).

Questa innovazione pone rimedio ai riflessi sfavorevoli per l’erario del diffondersi della prassi del *dividend washing*, e provvede a colmare la menzionata lacuna, coordinando i due diversi regimi impositivi con l’esclusione di uno dei vantaggi fiscali dell’operazione (quello più consistente) e con la conseguenziale accentuazione del prelievo sui dividendi ove ineriscano ad azioni in precedenza cedute da un fondo d’investimento ad altro soggetto (...).”

In sintesi, si riconosce il carattere elusivo della norma introdotta nel 1992. Tuttavia, nel caso concreto l’operazione di *dividend washing* è stata realizzata prima dell’entrata in vigore della legge del 1992<sup>7</sup> e, pertanto, la Corte non ne ha ravvisato il carattere illecito, né da un punto di vista tributario né da un punto di vista civilistico.

Dello stesso avviso è sempre la Corte di Cassazione con una pronuncia successiva<sup>8</sup>.

Nel merito, un contribuente aveva posto in essere un **contratto di leasing** con un altro soggetto. L’Amministrazione finanziaria aveva contestato la **fittizietà dell’operazione** disconoscendone i vantaggi sotto il profilo fiscale e individuando nel caso analizzato, invece, il contratto d’intermediazione.

Nella sentenza, il Supremo Collegio ha rigettato l’avviso di accertamento dell’Agenzia delle Entrate sulla base delle seguenti osservazioni. In primo luogo, è stata ravvisata la falsa applicazione degli artt. 1344 e del 1418 del codice civile. Il diniego della nullità dei negozi collegati, posti in essere dal contribuente, si fonda sul fatto che l’Amministrazione non aveva chiesto l’invalidità dei medesimi negozi, bensì la conversione perché emergesse il corretto (*melius*: il reale) reddito dall’operazione.

In secondo luogo, la Corte ha osservato che la norma tributaria non ha carattere imperativo,

ma di constatazione di un fatto con rilevanza economica. La seconda considerazione attiene al **profilo elusivo del negozio** posto in essere laddove non è stato ritenuto applicabile l’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 solo perché entrato in vigore successivamente al periodo d’imposta contestato<sup>9</sup>.

Il percorso seguito dalla Corte in merito alla descrizione di una generica condotta abusiva in materia fiscale è giunto a una sostanziale svolta con la sent. n. 20398/2005<sup>10</sup>.

I giudici, in tale pronuncia, con un differente *iter* logico si sono discostati dall’orientamento delle sentenze in precedenza analizzate. Nei motivi di diritto, la Suprema Corte ha osservato che:

<sup>9</sup> Altra pronuncia utile per l’indagine qui svolta è la sent. della Suprema Corte n. 3345 del 2002. L’Agenzia delle Entrate ha contestato nella controversia l’illegittimità del *dividend washing* per il mancato pagamento dell’Irpeg e dell’Ilor. La Commissione tributaria aveva ritenuto elusivo il comportamento posto in essere dal contribuente, rilevando la nullità della suddetta operazione finanziaria. Il Supremo Collegio ha osservato in tale occasione che i giudici di secondo grado non potevano rilevare la nullità per i seguenti motivi. In primo luogo, si sarebbe avuta una pronuncia *ultra petita*, con violazione dell’art. 99 del codice di procedura civile, giacché i vizi della nullità del negozio non erano contenuti nell’avviso di accertamento, nonché la violazione dell’art. 112 del codice di procedura civile per la non corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, come recita anche il brocardo *ne eat iudex petita partium*. Ciò rimane valido anche per i provvedimenti adottati dal giudice nel grado di appello e di legittimità, secondo i principi processuali generali.

<sup>10</sup> Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di Documentazione, e in banca dati “fisconline”.

<sup>7</sup> Sentenza in “Boll. Trib.”, 2000, pag. 1579.

<sup>8</sup> Cass. 3 settembre 2001, n. 11351, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro elettronico di documentazione, e in banca dati “fisconline”.

“L'esistenza di una clausola generale antiabuso, così come definito nella citata sentenza, nell'intero campo dell'imposizione fiscale non è stata ancora affermata dalla giurisprudenza comunitaria. È evidente, d'altra parte, che l'esistenza di un tale principio svolgerebbe un innegabile effetto di irraggiamento sull'intero sistema impositivo, anche per tributi, come quelli diretti che, pur ricadendo nella competenza degli Stati membri, sono comunque soggetti, secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Per quanto riguarda le fonti comunitarie, le stesse, a volte si limitano a rimettere al legislatore nazionale o alle Convenzioni internazionali la previsione di clausole antiabuso, altre volte ne contengono una diretta definizione.

(...) Pertanto, pur non essendo stata affermata in modo radicale, e valevole per tutti i settori dell'imposizione fiscale, l'esistenza di una regola che reprima – attraverso l'inopponibilità dell'atto all'Amministrazione finanziaria – il cosiddetto abuso del diritto, 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”.

La sent. n. 20398/2005 ha definitivamente consacrato, in base all'analisi effettuata, la **nozione di abuso del diritto** in materia tributaria nell'ordinamento italiano, **estendendo la sua portata agli elementi essenziali del contratto**, interessando, quindi, anche l'ambito civilistico.

L'interpretazione fornita in tale sentenza è stata confermata nella sent. n. 20816/2005<sup>11</sup> riguardante il mancato pagamento dell'Irpeg e dell'Ilor ottenuto attraverso una serie di negozi collegati posti in essere dal contribuente.

In particolare l'operazione presentava simili elementi all'operazione di *dividend washing* e prende il nome di **dividend stripping**.

La sent. n. 20816 del 2005 appare, a detta di molti autori, innovativa giacché giudica l'operazione citata, prima dell'intervento del legislatore nel 1992 che ha regolamentato la materia, abusiva sotto il profilo fiscale. Il giudice di legittimi-

tà si è soffermato su alcuni aspetti di carattere sostanziale che vale la pena ripercorrere in questa sede.

*In primis*, è stato rilevato il **carattere abusivo dell'operazione**, indipendentemente dalla violazione di specifiche disposizioni di diritto positivo. I giudici hanno osservato che non fosse necessario il presupposto normativo specifico (casistico) a fondamento delle contestazioni dell'Erario, bensì che si potesse ricavare dai principi generali in ambito tributario la nozione di abuso del diritto. Nel caso di specie, l'operazione è stata dichiarata fittizia e inopponibile ai fini fiscali.

Il secondo aspetto, di carattere procedurale e consequenziale al primo, attiene al riconoscimento della **nullità del negozio giuridico** dinanzi al giudice tributario.

Nella sentenza in parola, il giudice ha affermato che:

“(i)l Collegio ritiene cioè pertinente anche il richiamo all'art. 1344 del codice civile poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 della Costituzione) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte 3 settembre 2001, n. 11351”.

Il giudice di merito, quindi, può pronunciarsi riguardo alla **nullità dei negozi collegati nel dividend stripping** poiché si è in presenza di un negozio in frode alla legge, *ex art.* 1344 del codice civile. Le norme imperative eluse e violate, sconfessando un orientamento precedente della Corte, fanno riferimento al generale principio di **capacità contributiva** *ex art.* 53 della Costituzione.

<sup>11</sup> Cass. 26 ottobre 2005, n. 20816, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione, e in banca dati “fisconline”.

Tale interpretazione, fornita dalla pronuncia commentata, è stata confermata da una successiva sentenza. Si tratta della sent. n. 22392 del 2005<sup>12</sup>, dalla quale si ricavano i **requisiti oggettivi** che caratterizzano il **comportamento abusivo ai fini fiscali**:

1. l'**uso distorto**, anche se formalmente lecito, **degli strumenti giuridici** da parte del contribuente.

<sup>12</sup> Cass. 14 novembre 2005, n. 22932, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione.

## 2. l'assenza di valide ragioni economiche e la presenza di un vantaggio fiscale.

I requisiti *sub* 1 e 2 determinano la devianza della causa, circostanza questa che permette al giudice tributario di rilevare d'ufficio in ogni grado e stato del processo la nullità dei negozi giuridici utilizzati dal contribuente per eludere l'imposta.

Il divieto di abuso del diritto si è evoluto lentamente con successive pronunce della Corte di Cassazione, grazie anche ai suoi precedenti orientamenti innovativi e alla spinta della Corte di Giustizia.

In tal senso, si deve ricordare un'altra importante sentenza, la n. 21221 del 2006<sup>13</sup>.

Una complessa operazione posta in essere da una società di capitali aveva permesso alla stessa la deduzione di minusvalenze. L'Amministrazione finanziaria ha contestato tale deduzione in materia sia di Irpeg sia di Ilor. L'*iter* logico giuridico seguito dalla Corte ha tratto spunto dall'interpretazione del giudice comunitario in materia di abuso del diritto, riprendendo i principi sviluppati nella sentenza *Halifax*, pubblicata dopo la sent. n. 22398/2005.

Nella stessa pronuncia il Supremo Collegio ha ritenuto utile, ai fini della decisione, il **richiamo alla clausola generale antielusiva nel sistema tedesco**<sup>14</sup>.

In conclusione, nel caso di specie, il Supremo Collegio ha stabilito che:

“[...] essendo aperto il dibattito sull'esistenza di meccanismi elusivi e/o fraudolenti circa il diritto alla deduzione, il principio dell'abuso del diritto quale canone interpretativo regolatore dell'ordinamento deve trovare piena applicazione.

(...) l'esame delle operazioni compiute dalla società, da considerarsi nel loro complesso, ai fini della riconoscibilità dell'onere rappresentato dalla minusvalenza, deve essere compiuto anche alla stregua del principio dell'abuso del diritto, come enunciato dalla giurisprudenza comunitaria.

Vi è da aggiungere, inoltre, che trattandosi di un componente negativo del reddito, la sua esistenza, competenza ed inerenza – secondo il principio affermato dalla costante giurisprudenza della Corte – devono essere provate dal contribuente, e non dall'amministrazione finanziaria.

Applicando il principio del divieto di abuso del diritto nel caso di specie, occorrerà, quindi, analizzare la natura e la specie delle operazioni, nelle loro reciproche connessioni e nelle finalità perseguite, allo scopo di accertare se le stesse fossero o meno dirette – secondo la loro essenza – a conseguire un risparmio d'imposta, e se cioè le affermate finalità economiche di altra natura consentissero una spiegazione alternativa dell'operazione rispetto al risparmio fiscale, o se fossero meramente marginali o addirittura inesistenti. Ove risulti accertato che le operazioni avessero essenzialmente lo scopo di ottenere un risparmio fiscale, e precisamente la indicazione di perdite e di componenti negative deducibili, ne deriverebbe l'inesistenza del diritto a deduzione. Occorrerà, quindi, esaminare in modo analitico le ragioni addotte nell'accertamento e svolte nella difesa dell'Amministrazione finanziaria (...)”<sup>15</sup>.

I citati principi consolidano la presenza nell'ordinamento tributario italiano di un **divieto di elusione fiscale generale di provenienza giurisprudenziale** giacché la suddetta Corte ha attribuito allo stesso divieto la connotazione di canone interpretativo, precisandone, pertanto, il carattere non innovativo.

<sup>13</sup> Cass. 29 settembre 2006, n. 21221, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione, e in banca dati “fisconline”.

<sup>14</sup> La Corte di Cassazione, infatti, ha precisato: “Tale concetto, che prescinde totalmente dal concetto di frode, in quanto il suo presupposto è proprio la validità degli atti compiuti, è proprio anche di altre tradizioni giuridiche europee continentali. Per un significativo esempio si può utilmente richiamare il concetto di abuso di forme giuridiche impiegato dal par. 42 della legge generale tri-

butaria tedesca del 1977 (A.), il quale recita testualmente: La legge fiscale non può essere elusa attraverso abuso di forme giuridiche ammesse. Se ricorre un abuso, la pretesa fiscale sussiste come se fosse presente una forma giuridica adeguata ai fatti economici”.

<sup>15</sup> Si veda A. Lovisolo, *Il principio di matrice comunitaria dell'abuso del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: normativa antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della suprema corte*, in “Dir. Prat. Trib.”, 2007, pagg. 725-770.

<sup>16</sup> Cass. 4 maggio 2007, n. 10273, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione, e in banca dati “fisconline”.

Orbene, la nozione di abuso del diritto, in materia fiscale, ha assunto, con le pronunce della Corte di Cassazione, tratti somatici propri rispetto al divieto di elusione formatosi con le sentenze del giudice comunitario.

La Corte, con la sent. n. 8872 del 2008<sup>17</sup> <sup>18</sup>, si è pronunciata su un caso di deduzione di una minusvalenza effettuata da una società, contestata dall'Amministrazione finanziaria.

Il Supremo Collegio ha osservato che non hanno efficacia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscono "abuso di diritto", cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale ed incombe sul contribuente fornire la prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico.

Sulla scia dell'orientamento sviluppato dalla pronuncia n. 8872/2008, ulteriori pronunce hanno confermato la teoria dell'abuso del diritto in materia tributaria.

Tra le altre, si segnala la sent. n. 10257 del 2008<sup>19</sup> riguardante il caso di un contratto di usufrutto di azioni stipulato tra due società di cui una con sede in Lussemburgo, che, pur civilisticamente lecito ed efficace, avrebbe consentito un risparmio fiscale mediante l'uso distorto del meccanismo del credito d'imposta.

Con la sent. n. 21170 del 2008<sup>20</sup> riguardante l'asserita illiceità di un contratto di *lease back*, riclassificato dall'Amministrazione finanziaria come contratto di mutuo, la Corte ha accolto la tesi dell'Amministrazione finanziaria stessa e configurato il comportamento della società accertata come abusivo sotto il profilo fiscale.

## 2. Abuso del diritto e divieto di elusione

Un mutamento della nozione di abuso del diritto in materia tributaria si è avuto con le sentenze

<sup>17</sup> Cass. 4 aprile 2008, n. 8872, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione.

<sup>18</sup> Si veda anche il commento di U. Perrucci, *Usa e abuso del diritto*, in "Boll. Trib.", 2009, pagg. 24-26.

<sup>19</sup> Cass. 16 gennaio 2008, n. 10257, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione, e in banca dati "fisconline".

<sup>20</sup> Cass. 6 agosto 2008, n. 21170, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione, e in banca dati "fisconline".

nn. 30055, 30056, 30057 del 2008<sup>21</sup> che hanno rimodellato il **divieto di elusione**.

Con fattispecie di fatto differenti, i giudici di legittimità si sono pronunciati sempre sulle operazioni finanziarie di *dividend washing* e *dividend stripping* prima che intervenisse il divieto specifico da parte del legislatore nel 1992.

L'esigenza di un chiarimento delle Sezioni Unite in materia tributaria sull'abuso del diritto era stato da tempo invocata, sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza<sup>22</sup>, per delineare e conformare interpretazioni differenti, soprattutto per i giudici di merito, ai fini di una individuazione di presupposti oggettivi certi su cui fondare la pianificazione fiscale nell'esercizio dell'attività d'impresa.

In una sezione dei motivi di diritto, i giudici hanno affermato che l'abuso del diritto si debba ricavare dal **principio di solidarietà e capacità contributiva** espressi dagli artt. 2 e 53 della Costituzione e che il comportamento elusivo è in *re ipsa*<sup>23</sup>. Secondo quest'ultimo principio, la

<sup>21</sup> Cass. 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione, e in banca dati "fisconline".

<sup>22</sup> Si veda l'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite, Cass. 24 maggio 2006, n. 12302, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro elettronico documentazione e in banca dati "fisconline".

<sup>23</sup> Così la Corte ha osservato:

"Nel merito, ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. nn. 10257/08, 25374/08), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano.

Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53, primo comma, Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53, secondo comma, 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.

Con la conseguenza che 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 a ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

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 (Cass. 8772/08).

nozione di abuso del diritto non si ricava più dalla violazione delle norme comunitarie, come invece era accaduto con l'orientamento precedente della stessa Corte subito dopo la sentenza *Halifax e Part Service*, bensì il divieto generale antielusivo si ricava esclusivamente **interpretando l'art. 53 della Costituzione**. Il divieto di abuso del diritto, con le sentenze in commento, si afferma nell'ordinamento italiano quale norma non scritta con lo stesso valore e gli stessi effetti (sostanziali) previsti con la norma dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973<sup>24</sup>.

Nelle sentenze citate, sono stati individuati dalla Corte i **presupposti oggettivi** del comportamento abusivo, e cioè:

1. il **carattere anomalo dell'operazione** posta in essere dal contribuente;
2. l'**assenza di valide ragioni economiche**;
3. un **uso distorto dell'atto o del negozio giuridico**;
4. l'ottenimento dell'**indebito vantaggio fiscale**.

La funzione che assolve il principio introduce anche una seconda considerazione che la Corte espone.

Il divieto di abuso del diritto, avendo carattere procedurale e non sostanziale, come anche alcuni autori hanno precedentemente sostenuto<sup>25</sup>, non rientra nella previsione costituzionale del-

l'art. 23 che impone la riserva di legge relativa<sup>26</sup>. Tale riserva si riferisce alla **fattispecie impositrice e alla sanzione applicabile** e non ad una norma meramente procedurale come nel caso in esame<sup>27</sup>.

Tuttavia, come ha notato larga parte della dottrina, la riserva di legge ha un ruolo ben diverso nel diritto tributario, a differenza di altri comparti del diritto, come il diritto civile e il diritto commerciale, in quanto la riserva di legge accompagna il tributo nella sua fase embrionale (fattispecie impositrice), nella fase accertativa, nella fase di riscossione, nella fase del contenzioso e nella fase sanzionatoria, penale e amministrativa.

Inoltre, come hanno notato altri autori, il principio della capacità contributiva non possiede i requisiti di norma imperativa, ma di carattere programmatico.

L'indubbio carattere innovativo delle sentenze in commento ha spianato la strada ad una serie di pronunce successive in materia tributaria che hanno esteso il suo ambito di applicazione, rendendo di fatto meno certa l'applicazione del diritto tributario<sup>28</sup>.

Tale principio è stato applicato, in un primo momento, nei casi di **elusione delle imposte di-**

Che il legislatore, in epoca successiva a quella cui si riferiscono i fatti di causa, introducendo (con l'art. 7-bis del decreto-legge n. 372 del 1992, convertito con modificazioni dalla legge n. 429 del 1992) il comma 6-bis nell'art. 14 del D.P.R. n. 917 del 1986, abbia grandemente ridotto (ma non del tutto eliminato) la convenienza fiscale delle operazioni di *dividend washing*, espressamente escludendo il credito d'imposta per i dividendi relativamente alle azioni oggetto di acquisto da fondi comuni di investimento o S., successivamente alla delibera di distribuzione degli utili stessi, è infatti circostanza idonea ad offrire indiretta conferma dell'illiceità fiscale di tali operazioni, atteso che, in caso contrario, la norma – che esclude taluni percettori di dividendi da un beneficio fiscale spettante a tutti gli altri – sarebbe palesemente illegittima per violazione del principio di eguaglianza. Il che evidentemente non è, proprio in ragione del fatto che esiste, nell'ordinamento costituzionale, un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono state create, norme fiscali (*lato sensu*) di favore, essendo d'altro canto, nel caso di specie, in *re ipsa* la elusività dell'operazione”.

<sup>24</sup> Sul punto si veda L. Meraviglia, *Abuso del diritto. Principio costituzionale*, in “La settimana fiscale” n. 26, pagg. 41-43; L. Meraviglia, *Abuso del diritto. Pronuncia della cassazione a sezioni unite*, in “La settimana fiscale” n. 12, pagg. 35-37.

<sup>25</sup> Si vedano gli interventi in merito del Convegno *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi “La Tuscia”, 28 gennaio 2011.

<sup>26</sup> Infatti, la Corte ha sostenuto che:

“Né siffatto principio può in alcun modo ritenersi contrastante con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali”.

<sup>27</sup> “La sentenza impugnata – fondata sull'implicito presupposto della inesistenza nell'ordinamento di un generale principio antielusivo – risulta dunque erronea e va cassata.

Non essendo necessari, per quanto più sopra osservato, ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, con la declaratoria di cessazione della materia del contendere per quella parte di accertamento in relazione alla quale l'Ufficio ha dichiarato di abbandonare la pretesa impositiva ed il rigetto, per il resto, del ricorso introduttivo della società contribuente”.

<sup>28</sup> Si veda anche D. Deotto, *Più difese dall'abuso del diritto*, in “Il Sole-24 Ore”, *Norme e tributi*, del 16 dicembre 2009; A. Galimberti, *Contestazione senza argini*, in “Il Sole-24 Ore”, *Norme e tributi*, del 16 dicembre 2009; M. Andriola, *Abuso del diritto. Necessità di un intervento legislativo o della Corte Costituzionale*, in “il fisco” n. 14/2009, fascicolo n. 1, pagg. 2247-2251.

In merito alla nuova impostazione della Suprema Corte riguardo alla clausola antiabuso, si veda, in senso contrario, la circ. CNDCEC n. 13/IR del 6 febbraio 2010, in banca dati “fiscoonline”.

**rette.** Infatti, per quanto riguarda le imposte indirette, nello specifico l'Iva, quale imposta armonizzata, la Suprema Corte ha continuato ad applicare la nozione di abuso del diritto formatasi in sede comunitaria, a seguito di violazione delle norme antielusive contenute negli atti normativi comunitari, analizzati sopra.

Tuttavia, con una sentenza del Supremo Collegio, anche per l'**elusione dell'imposta sul valore aggiunto**, è stata applicata la nozione di abuso del diritto non più di matrice comunitaria, bensì di origine nazionale, con l'interpretazione dell'art. 53 della Costituzione.

Si tratta della sent. n. 6124/2009<sup>29</sup> che ha affrontato la problematica di asserite **società c.d. cartiere** costituite con residenza a San Marino. Nella fase dell'accertamento, l'Erario non ha provato l'illiceità dei comportamenti della società contribuente, né la condotta abusiva secondo i principi dell'abuso del diritto di matrice italiana. Infatti, il Supremo Collegio ha osservato che tali attività assumevano una connotazione reale ed erano inserite nel processo economico degli scambi nel mercato, ovvero nel caso esaminato dalla Corte sussistevano le valide ragioni economiche che hanno escluso, così, la condotta abu-

siva in materia tributaria.

I giudici in una pronuncia successiva si sono, altresì, soffermati ancora sul concetto di valide ragioni economiche. Si tratta della sent. n. 3584/2009<sup>30</sup>. L'Amministrazione finanziaria nel caso esaminato dalla Corte ha contestato un contratto di *joint venture*<sup>31</sup>.

Nel caso di specie, due società di capitali avevano posto in essere tale figura contrattuale. La prima società, per la produzione di alcuni veicoli, aveva ceduto alla *joint venture* il *know-how* del prodotto e cedeva la stessa *joint venture* alla seconda società la sub licenza in comodato d'uso. Quest'ultima poi, cedeva alla medesima *joint venture* il prodotto finito a costi superiori. Il meccanismo messo a punto dalla due società, a detta dell'Erario, aveva prodotto esclusivamente un illecito risparmio d'imposta.

I giudici hanno richiamato, per il caso esaminato, i contenuti delle sentenze nn. 30055, 30056, 30057 del 2008 del medesimo Collegio per descrivere il **comportamento abusivo al di fuori dei casi previsti dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973**, in base all'applicazione dell'art. 53 della Costituzione.

Nel caso esaminato, la Corte ha affermato che:

“(…) Una operazione economica, oltre allo scopo di ottenere vantaggi fiscali, può perseguire diversi obiettivi, di natura commerciale, finanziaria, contabile ed integra gli estremi del comportamento abusivo qualora e nella misura in cui tale scopo si ponga come elemento predominante ed assorbente della transazione, tenuto conto sia della volontà delle parti implicate che del contesto fattuale e giuridico in cui la transazione stessa viene posta in essere, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove quelle operazioni possono spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta. È onere dell'Amministrazione finanziaria – non solo – prospettare il disegno elusivo a sostegno delle operate rettifiche ma – anche – le supposte modalità di manipolazione o di alterazione di schemi classici rinvenute come irragionevoli in una normale logica di mercato se non per pervenire a quel risultato di vantaggio fiscale così come incombe al contribuente allegare la esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di reale spessore che giustificano operazioni così strutturate (...)”.

Nel caso concreto, i giudici hanno ravvisato valide ragioni economiche riguardanti un alleggerimento degli oneri aziendali e gestori per mezzo del contratto di *joint venture*.

Il risparmio ottenuto grazie a tale forma contrattuale è, a detta della Corte, legittimo e, pertanto, non deve essere annoverato nella nozione di abuso del diritto.

L'evoluzione delle pronunce che consolidano il

<sup>29</sup> Cass. 13 marzo 2009, n. 6124, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione e in banca dati "fisconline".

<sup>30</sup> Cass. 13 febbraio 2009, n. 3584, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione.

<sup>31</sup> Il fenomeno degli accordi temporanei tra più imprese per la realizzazione di lavoro comune è ben noto all'estero con la generica definizione di *joint venture*. Specialmente quando grandi opere pubbliche, come di regola accade, sono appaltate e aggiudicate mediante gara, più imprese, che non in-

tendono porsi in concorrenza o che, singolarmente considerate, non avrebbero i mezzi tecnici e finanziari per partecipare, si accordano al fine di presentare un'offerta comune e portare a termine, congiuntamente, il lavoro in caso di aggiudicazione. Con tale accordo, di per sé limitato ad un certo affare e quindi temporalmente circoscritto, non si dà luogo alla costituzione di una nuova impresa o ad una associazione in partecipazione, ma si regolano solamente diritti ed obblighi reciproci con riguardo alla collaborazione relativa all'affare stesso.

concetto di immanenza della nozione dell'abuso del diritto, prosegue con la sent. n. 8487/2009<sup>32</sup>. Il divieto generale di elusione, in un primo momento applicato alle operazioni di *dividend washing* e *dividend stripping*, è stato esteso ad **altre operazioni potenzialmente abusive**, ai fini fiscali, e molto complesse sotto il profilo civilistico<sup>33</sup>.

Nel caso di specie, la Corte ha negato la spettanza dell'imposta sostitutiva del 10%, disposta dall'art. 29 della L. 27 dicembre 1997, n. 449, su di un trasferimento a valore normale di una partecipazione da una controllata residente alla propria capogruppo non residente in Italia, in quanto operazione priva di valide ragioni economiche, essendosi lo scambio realizzato all'interno dello stesso gruppo<sup>34</sup>. Il Supremo Collegio ha motivato tale decisione con le seguenti considerazioni.

*In primis*, la Corte ha descritto gli **elementi oggettivi della condotta elusiva**, prevista dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, e ne ha individuato la portata e la funzione primaria all'interno dell'ordinamento tributario italiano.

Più in particolare, come già la Corte di Giustizia aveva osservato, **non è necessaria** nell'ipotesi di elusione o abuso del diritto **la frodolenza**. Infatti, perché si possa configurare un comportamento abusivo, vi devono essere un uso distorto dell'atto o negozio giuridico e un aggiramento della norma tributaria. In base a tale interpretazione dell'abuso del diritto, l'Erario in fase accertativa e contenziosa non deve dimostrare l'*intentio nocendi* della condotta del contribuente, bensì solo l'uso distorto degli strumenti giuridici, con l'unico scopo di aggirare il sistema normativo al fine di ottenere un indebito vantaggio fiscale.

In secondo luogo, i giudici hanno attestato la conformità di tale **clausola antielusiva codificata** e non (e in quest'ultimo caso trattasi dell'ipotesi di abuso del diritto) all'art. 41 della Costituzione, sostenendo che le scelte imprenditoriali

non debbano contrastare l'utilità sociale<sup>35</sup>.

Con un'altra pronuncia della Cassazione, la sent. n. 18748/2009<sup>36</sup>, viene trattato il caso di una società che aveva visto incrementare i canoni di locazione passivi per più periodi d'imposta, aumentando, ai fini del reddito d'impresa, le relative deduzioni.

Il Supremo Collegio ha sostenuto che in tale caso il contratto di locazione non regolarmente registrato non potesse permettere la deduzione dei maggiori canoni di locazione imposti dalla società e, pertanto, si rinveniva il carattere elusivo del negozio giuridico<sup>37</sup>.

Inoltre, ha ribadito che l'immanenza del **divieto di abuso del diritto**, principio già formulato dalle Sezioni Unite, non viola l'art. 23 della Costituzione, né può considerarsi frutto di una interpretazione analogica dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

Al contrario, l'abuso del diritto si ricostruisce con l'applicazione del **principio costituzionale contenuto nell'art. 53 della Costituzione**<sup>38</sup>. La nozione di abuso del diritto trae spunto

<sup>35</sup> L'utilità, in ambito fiscale, è riferita agli obblighi di natura tributaria. Il disconoscimento dell'Ente impositore degli effetti di atti e negozi giuridici che realizzano una condotta abusiva, pertanto, è legittimato dall'art. 41 e dagli artt. 2, 3, 53 della Costituzione che tutelano, in ambito fiscale, rispettivamente la solidarietà di imposta, l'uguaglianza nel prelievo, la capacità contributiva e la progressività dell'imposta.

<sup>36</sup> Cass. 1° luglio 2009, n. 18748, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione.

<sup>37</sup> Si veda anche la sent. commentata della Corte n. 3584/2009.

<sup>38</sup> La Corte ha osservato che: "[...] che deve, peraltro, rilevarsi che, al termine di un complesso processo interpretativo le Sezioni unite di questa Corte sono, inoltre, pervenute al pieno riconoscimento del principio secondo cui, in materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici piegati al fine del conseguimento di un'agevolazione o un di risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili diverse dalla mera aspettativa di quei benefici che ne giustificano l'utilizzo, ed hanno, inoltre, puntualizzato che tale criterio: comporta l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria (rilevabile anche d'ufficio), di ogni profilo di vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, pur se diverso da quelli presi in considerazione da specifiche norme antielusive; trova fondamento nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione (oltre che, per i tributi armonizzati, nella normativa comunitaria); non contrasta con il principio della riserva di legge, giacché non si traduce nell'imposizione di obblighi patrimoniali non deri-

<sup>32</sup> Cass. 8 aprile 2009, n. 8487, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione e in banca dati "fisconline".

<sup>33</sup> Si veda in proposito la ris. Agenzia delle Entrate 24 agosto 2009, n. 234, in banca dati "fisconline", la quale ha individuato anche per l'imposta sulla successione un'ipotesi di abuso del diritto. Si veda anche A. Busani, *L'abuso del diritto entra anche nelle successioni*, in "Il Sole-24 Ore", *Norme e tributi*, 25 agosto 2009.

<sup>34</sup> Si veda V. Ficari, *Poche luci e tante ombre giurisprudenziali in materia di elusione ed abuso del diritto nelle imposte sui redditi*, in "Boll. Trib.", 2009, pag. 997.

in via del tutto residuale, dopo il mutamento di orientamento del 2008, a detta della Corte, anche dal principio di abuso del diritto formulato dai giudici comunitari, in merito alle imposte armonizzate: l'imposta sul valore aggiunto<sup>39</sup>.

La successiva sent. n. 4737 del 2010<sup>40</sup> ha ad oggetto una controversia riguardante un maggior reddito contestato dall'Erario in materia di imposte sui redditi e di Iva.

Secondo l'Amministrazione finanziaria, un lavoratore dipendente "x" ha percepito, per prestazioni sportive, un corrispettivo qualificato come reddito di lavoro dipendente da una società di capitali "y". La suddetta società, inoltre, con il consenso espresso del titolare del reddito di lavoro dipendente, ha stipulato un contratto per la gestione dell'immagine del lavoratore "x" con una società residente in un paese *black list*. L'Erario, con gli accertamenti fiscali, ha osservato che non vi è stata effettivamente gestione dell'immagine e che si fosse in presenza di un'interposizione fittizia, ex art. 37 del D.P.R. n. 600/1973, ritenendo tale **operazione fittizia** in quanto con una diversa qualificazione, la società italiana trasferiva una parte del reddito di lavoro dipendente alla società non residente, la quale, **in veste di interponente**, ritrasferiva, sotto altra veste, il corrispettivo al solo fine di ottenere un **vantaggio di carattere fiscale**.

Sulla scorta delle summenzionate contestazioni, il Supremo Collegio, in fase contenziosa, ha accolto le osservazioni dell'Amministrazione e ha richiamato la nozione di abuso del diritto, quale soluzione interpretativa residuale.

Allo stesso modo, la Corte, con sintetiche motivazioni di diritto, ha considerato **abusivo l'uso ripetuto della fatturazione nel reddito d'impresa**. Si tratta della sent. n. 9469 del 2010<sup>41</sup>. La Suprema Corte ha dichiarato abusiva la fatturazione ripetuta, con mancata applicazione degli interessi. In questo senso, i crediti vantati e ripetuti determinavano, a detta della Corte, un comportamento inspiegabilmente antieconomico. Second-

vanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali (cfr. Cass. 30055/08)[...].

<sup>39</sup> Si vedano le sentenze della Corte di Giustizia *Halifax, Part Service, Olimpiclub*.

<sup>40</sup> Cass. 26 febbraio 2010, n. 4737, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione e in banca dati "fisconline".

<sup>41</sup> Cass. 21 aprile 2010, n. 9469, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione e in banca dati "fisconline".

do il Supremo Collegio tale condotta ha configurato un'ipotesi di abuso del diritto<sup>42</sup>.

La Corte di Cassazione a distanza di circa due anni dalle sentenze "Gemelle", a Sezioni Unite, è ritornata sull'annosa questione di diritto in merito all'operazione finanziaria di *dividend washing*, con la sent. n. 22994/2010<sup>43</sup>.

La Corte non ha riconosciuto il credito d'imposta vantato dalla società di capitali cessionaria dei titoli azionari e la relativa detrazione dell'apparente minusvalenza ai fini Irpeg e Ilor. La Corte, infatti, ha evidenziato, nei motivi di diritto, che tale disconoscimento non possa contrastare con il principio costituzionale della libera iniziativa economica, ex art. 41 della Costituzione, giacché tale operazione è stata attuata al solo fine di eludere il sistema tributario. Le valide ragioni economiche, difatti, rappresentano la *conditio sine qua non* per l'applicazione del divieto di abuso del diritto in materia tributaria.

Una sostanziale e incisiva **rivisitazione della nozione dell'abuso del diritto** in materia tributaria si è avuta infine con la sent. della Suprema Corte di Cassazione n. 1372 del 2011<sup>44</sup>.

I giudici di legittimità sono stati aditi per un caso di *leveraged buy out* contestato dall'Amministrazione finanziaria. L'operazione menzionata è prevista dall'art. 2501-*bis* del codice civile<sup>45</sup>. Tale

<sup>42</sup> Cfr. F. Falcone-A. Iorio, *La fatturazione ripetuta può portare all'abuso del diritto*, in "Il Sole-24 Ore", *Norme e tributi*, del 23 aprile 2010.

<sup>43</sup> Cass. 12 novembre 2010, n. 22994, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione e in banca dati "fisconline".

<sup>44</sup> Cass. 21 gennaio 2011, n. 1372, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), Centro Elettronico di documentazione e in "il fisco" n. 6/2011, fascicolo n. 1, pag. 903

Cfr. G. Negri, *Frenata sull'abuso del diritto*, in "Il Sole-24 Ore", *Norme e tributi*, del 22 gennaio 2011; F. Falcone-A. Iorio, *I giudici preparano la svolta*, in "Il Sole-24 Ore", *Norme e tributi*, del 22 gennaio 2011; si veda A. Manzitti, *Sull'abuso di diritto giusto appello alla cautela*, in "Il Sole-24 Ore", *Norme e tributi*, del 25 gennaio 2011, il quale afferma che "Siamo finalmente a una svolta positiva soprattutto e l'amministrazione finanziaria sarà pronta a confermare tempestivamente la propria condotta accertativa e processuale ai precisi canoni identificati da tempo dalla dottrina, condivisi in modo espresso dalle supreme magistrature del nostro ordinamento"; si veda, altresì, R. Rizzardi, *Abuso del diritto: svolta della Corte di Cassazione e della Corte di giustizia*, in "Il Sole-24 Ore", *Norme e tributi*, del 25 gennaio 2011.

<sup>45</sup> L'art. 2501-*bis* del codice civile, rubricato "Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento", prevede che: "Nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando

operazione, di origine statunitense, può assumere diverse forme, ma nello schema più classico è così congegnata. Chi intende acquisire il controllo della società (spesso gli stessi amministratori) costituisce un'apposita società per azioni con modesto capitale sociale, che ottiene un cospicuo prestito (di regola da un istituto bancario) utilizzato nell'acquisto della società bersaglio. Conseguito il controllo di quest'ultima, viene deliberata la fusione per incorporazione della stessa nella società acquirente ed il finanziamento da questa ottenuto è rimborsato con gli utili futuri della società bersaglio incorporata e/o con la

vendita di parte delle attività della stessa<sup>46</sup>. Venendo al caso esaminato dalla Corte, l'operazione contestata dall'Erario riguardava una ristrutturazione di una società "y" poi incorporata in un'altra società "z", effettuata dalla società "x", società *holding* che controllava sia "y" sia "z". L'Amministrazione finanziaria ha contestato alla società *holding* "x" l'indebita deduzione di interessi passivi per i finanziamenti da terzi, ai fini della ristrutturazione, considerando tale operazione abusiva perché priva di valide ragioni economiche.

La Corte ha affermato che:

"(...) l'applicazione del principio deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una linea giusta di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e la libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività d'impresa. Tale esigenza è particolarmente sentita nei tempi recenti, nei quali si assiste ad un uso sempre più disinvolto dei cd. *tax shelters* e quindi ad una ricerca comune a tutte le esperienze giuridiche, di individuare adeguate forme di contrasto, anche all'infuori di una codificazione della clausola generale anti abuso (...)"

Tale prudenza è motivata dalla Corte come segue:

"(...) la cautela deve essere massima quando non si tratti di operazioni finanziarie (come avviene nei casi di *dividend washing* e *dividend stripping*), di artificioso frazionamento di contratti o di anonima interposizione di stretti congiunti, ma di ristrutturazioni societarie, soprattutto quando le stesse avvengono nell'ambito di grandi gruppi di imprese. Occorre infatti considerare che la strategia sul mercato dei gruppi di imprese non può essere valutata come quella dell'imprenditore singolo e cioè non deve essere finalizzata al conseguimento di una redditività in tempi brevi".

Nel caso specifico, pertanto, i giudici hanno osservato che:

"(t)rasferendo la regola alla problematica dell'abuso del diritto, nella quale si tratta pur sempre di verificare se l'operazione rientra in una normale logica di mercato, si deve affermare che il carattere abusivo deve essere escluso per la compresenza, non marginale di ragioni extrafiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata ma possono essere anche di natura meramente organizzativa e consistere in miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa (...)"

Il Supremo Collegio ha rimodellato la nozione

per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo.

Il progetto di fusione di cui all'articolo 2501-ter deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione.

La relazione di cui all'articolo 2501-quinquies deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere.

La relazione degli esperti di cui all'articolo 2501-sexies, attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma.

Al progetto deve essere allegata una relazione del soggetto incaricato della revisione legale dei conti della società obiettivo o della società acquirente.

di abuso del diritto. Infatti, più volte i giudici hanno utilizzato il termine **cautela**, intendendo sottolineare il delicato compito del giudice di merito nel sindacato dell'operazione societaria o finanziaria **potenzialmente abusiva ai fini fiscali**. Inoltre, la cautela è necessaria giacché devono essere presi in considerazione, nella fase della contestazione dinanzi all'Erario e nella fase contenziosa, i principi costituzionali sulla libertà economica e le scelte di mercato che s'inseriscono nella logica dell'attività d'impresa. Tale contemperamento di interessi a volte contrapposti,

Alle fusioni di cui al primo comma non si applicano le disposizioni degli articoli 2505 e 2505-bis".

<sup>46</sup> Cfr. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, Vol. II, UTET, 2006, pag. 639.

ossia libertà d'impresa e autonomia negoziale da una parte, e solidarietà e capacità contributiva dall'altra, attenuano di molto la nozione di abu-

so del diritto in materia tributaria.

La Corte, quindi, ha concluso, per la risoluzione del caso specifico, come segue:

“(o)rbene, nel caso di specie, la stessa amministrazione finanziaria non sostiene il carattere artificioso della complessa operazione, ma soltanto che lo stesso risultato poteva essere conseguito attraverso una diversa formula organizzativa, e precisamente una fusione, invece che attraverso il trasferimento del pacchetto azionario di B. contro l'assunzione di rilevanti impegni economici per il finanziamento dell'operazione e conseguente riduzione del carico fiscale. Non vengono neppure contestate dall'amministrazione finanziaria le necessità organizzative che miravano ad una gestione unitaria del settore. Infine, l'ufficio non spiega perché la forma giuridica impiegata sia inusuale o inadeguata all'operazione economica. Secondo quanto sopra spiegato, il sindacato dell'amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (e cioè una fusione) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale. In particolare, non può essere considerata abusiva la scelta di mantenere in piedi un distinto soggetto giuridico, invece di dar luogo alla creazione di un unico soggetto, in quanto, tale scelta non appare artificiosa, né come tale poteva considerarsi soltanto perché comportava un maggiore risparmio fiscale (...)”.

La pronuncia esaminata, non a Sezioni Unite, rappresenta, per la dottrina e per gli interpreti del diritto tributario, un'importante **svolta interpretativa**.

In effetti, la sent. n. 1372/2011 costituisce un **freno all'“abuso” della nozione di abuso del diritto in campo tributario** da parte del giudice di merito e del giudice di legittimità<sup>47</sup>. In un certo senso, la Suprema Corte ha voluto rimarcare la sostanziale differenza tra risparmio lecito d'imposta e abuso/elusione fiscale<sup>48</sup>.

L'interpretazione, fornita dalla Suprema Corte, con quest'ultima pronuncia, è stata ripresa dalla successiva sent. n. 3947 del 2011<sup>49</sup>.

### 3. Aspetti procedurali delle pratiche abusive in ambito fiscale

La creazione “giurisprudenziale” di un divieto generale di elusione nell'ordinamento tributario italiano ha prodotto effetti anche sugli aspetti

procedurali.

Si ricorda in proposito che, per quanto attiene agli aspetti procedurali e probatori riguardanti l'applicazione della specifica norma antielusiva di cui all'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973, i commi 4 e 5 di tale articolo dispongono quanto segue:

“4. L'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta nella quale devono essere indicati i motivi per cui si reputano applicabili i commi 1 e 2.

5. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 42, l'avviso d'accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente e le imposte o le maggiori imposte devono essere calcolate tenendo conto di quanto previsto al comma 2”.

La disciplina antielusiva specifica contenuta in tale norma attribuisce all'Amministrazione finanziaria un raggio d'azione e una discrezionalità estremamente ampi; il legislatore, tuttavia, consapevole delle storiche preoccupazioni sull'introduzione di una norma antielusiva di portata generale, ha introdotto, **a tutela del contribuente**, quello che viene definito in dottrina il **contraddittorio endo-procedimentale**<sup>50</sup>.

I commi 4 e 5 della norma in esame stabiliscono, infatti, che l'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, solo previa richiesta al

<sup>47</sup> Cfr. E. Zanetti, *Serve massima cautela prima di aggredire riorganizzazioni societarie con l'abuso del diritto*, in “il fisco” n. 5/2011, fascicolo n. 2, pag. 775.

<sup>48</sup> A. Iorio, *Liti tributarie alla prova dell'abuso del diritto*, in “Il Sole-24 Ore”, *Norme e Tributi*, del 24 gennaio 2011, il quale afferma che “Un primo segnale positivo per i contribuenti è arrivato, comunque, con la sentenza 1372/2011 della Cassazione (si veda ‘Il Sole 24 ore’ di sabato scorso), che ha riconosciuto come in un'operazione di ristrutturazione aziendale l'integrazione di più sedi non configura un abuso del diritto”.

<sup>49</sup> Cass. del 18 febbraio 2011, n. 3947, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione e in “il fisco” n. 10/2011, fascicolo n. 1, pag. 1552.

<sup>50</sup> Con tale espressione si intende un iter procedimentale complesso in cui il contribuente accertato deve essere coinvolto nel contraddittorio, prima della emissione dell'avviso di accertamento.

contribuente, il quale può aderire all'invito dell'Amministrazione rispondendo per iscritto entro sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta stessa, di chiarimenti circa le ragioni economiche poste a fondamento dell'operazione contestata, ex commi 1 e 2 della medesima norma, dall'Ufficio accertatore.

Pertanto, nella redazione dell'**avviso di accertamento**, qualora siano disattese le ragioni addotte dal contribuente, l'Ufficio, fermo restando quanto previsto dall'art. 42<sup>51</sup> del D.P.R. n. 600/1973 e dall'art. 7 della L. 27 luglio 2000, n. 212, Statuto dei diritti del contribuente<sup>52</sup>, non deve limitarsi a

<sup>51</sup> L'articolo menzionato, rubricato "Chiarezza e motivazione degli atti", stabilisce che:

"1. Gli atti dell'amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione. Se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama.

2. Gli atti dell'amministrazione finanziaria e dei concessionari della riscossione devono tassativamente indicare: a) l'ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni complete in merito all'atto notificato o comunicato e il responsabile del procedimento; b) l'organo o l'autorità amministrativa presso i quali è possibile promuovere un riesame anche nel merito dell'atto in sede di autotutela; c) le modalità, il termine, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa cui è possibile ricorrere in caso di atti impugnabili.

3. Sul titolo esecutivo va riportato il riferimento all'eventuale precedente atto di accertamento ovvero, in mancanza, la motivazione della pretesa tributaria.

4. La natura tributaria dell'atto non preclude il ricorso agli organi di giustizia amministrativa, quando ne ricorrano i presupposti".

<sup>52</sup> L'articolo citato prevede che:

"Gli accertamenti in rettifica e gli accertamenti d'ufficio sono portati a conoscenza dei contribuenti mediante la notificazione di avvisi sottoscritti dal capo dell'ufficio o da altro impiegato della carriera direttiva da lui delegato.

L'avviso di accertamento deve recare l'indicazione dell'imponibile o degli imponibili accertati, delle aliquote applicate e delle imposte liquidate, al lordo e al netto delle detrazioni, delle ritenute di acconto e dei crediti d'imposta, e deve essere motivato in relazione ai presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che lo hanno determinato e in relazione a quanto stabilito dalle disposizioni di cui ai precedenti articoli che sono state applicate, con distinto riferimento ai singoli redditi delle varie categorie e con la specifica indicazione dei fatti e delle circostanze che giustificano il ricorso a metodi induttivo o sintetici e delle ragioni del mancato riconoscimento di deduzioni e detrazioni. Se la motivazione fa riferimento ad un altro atto non conosciuto ne' ricevuto dal contribuente, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama salvo che quest'ultimo non ne riproduca il contenuto essenziale.

L'accertamento è nullo se l'avviso non reca la sottoscrizione, le indicazioni, la motivazione di cui al presente ar-

una semplice motivazione, formale e stereotipata, ma deve formulare un'**ultramotivazione**, chiara e circostanziata, che tenga conto delle **giustificazioni** e delle **spiegazioni preventivamente fornite dal contribuente**.

La *ratio* di questo **contraddittorio** è ravvisabile, fondamentalmente, nell'esigenza di prevenire un'indiscriminata proliferazione del contenzioso con riferimento a fattispecie, quali le operazioni potenzialmente elusive, dotate, come visto nei precedenti paragrafi relativi alle norme antielusive e alle pratiche abusive, in generale di un elevato grado di opinabilità<sup>53</sup>. In questo modo, viene rispettato nella fase dell'accertamento il principio costituzionale del diritto alla difesa, contenuto nell'art. 24 della Costituzione, e il diritto alla motivazione del provvedimento, previsto dalla legge che disciplina i tratti essenziali degli atti e provvedimenti amministrativi<sup>54</sup>.

In sintesi, l'Amministrazione finanziaria ha l'onere probatorio di dimostrare, in primo luogo, nella fase di accertamento e, in secondo luogo, nella fase contenziosa, l'**assenza di valide ragioni economiche** della condotta attuata dal contribuente, determinandone il carattere elusivo, rendendo anche conto dei motivi per cui non ritiene di aderire alla ricostruzione della fattispecie indagata rappresentata dal contribuente.

Qualora l'ufficio disattenda tali obblighi espressamente previsti dall'art. 37-*bis*, il contribuente può, dinanzi al giudice tributario, invocare la **nullità dell'avviso di accertamento per carenza di motivazioni**<sup>55</sup>.

ticolo e ad esso non è allegata la documentazione di cui all'ultimo periodo del secondo comma".

<sup>53</sup> Cfr. G. Chinellato, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007, pagg. 432-433.

<sup>54</sup> Si tratta della L. n. 241/1990.

<sup>55</sup> Se, infatti, l'Ufficio non spiega la sua valutazione delle circostanze acquisite, mediante la partecipazione del contribuente al procedimento, commette un'arbitraria discriminazione fra i dati acquisiti in istruttoria: ne considera alcuni – quelli funzionali alla propria ipotesi di accertamento –, ne scarta altri, quelli forniti dal contribuente sottoposto a controllo. Vengono così elusi (è proprio il caso di dirlo) sia l'obbligo di cooperazione, collaborazione e affidamento, sia il dovere di imparzialità, che impone di ponderare tutte le circostanze acquisite nel fascicolo del procedimento; ma, soprattutto, si notifica al destinatario un provvedimento palesemente squilibrato, in quanto il momento decisionale finale, valutativo delle risultanze istruttorie, appare caratterizzato da una immotivata (e pertanto arbitraria) selezione delle circostanze fattuali da considerare. L'istruttoria, insomma, impone una valutazione complessiva dei dati acquisita. Cfr. M. Basilavecchia, *Per l'effettività del contraddittorio*, in "Corriere Tributario", 2009, pagg. 2369-2372.

L'art. 37-*bis* si colloca nel D.P.R. n. 600/1973, recante disposizioni sull'accertamento fiscale in materia di imposte, e ha carattere procedurale. Diverso, invece, è il procedimento relativo a pratiche abusive al di fuori dei casi di cui all'art. 37-*bis* citato e degli altri casi di norme antielusive specifiche.

In questo caso, infatti, non vi sono norme particolari che regolano l'attività accertativa dell'Ufficio, sia nella redazione dell'avviso di accertamento, sia nella partecipazione del contribuente a tale fase, sia nella fase contenziosa. In effetti, proprio per la mancanza di una clausola o di un

principio generale antielusivi codificati nell'ordinamento tributario italiano, non sono previste a tutela del contribuente norme *ad hoc* che da un lato disciplinino l'onere probatorio, dall'altro prevedano, a pena di nullità dell'atto di accertamento, procedure di contraddittorio endo-procedimentale.

**L'onere della prova**, pertanto, in caso di abuso del diritto in materia tributaria, va ricostruito attraverso le pronunce della Suprema Corte che si sono susseguite nel corso degli anni.

Si deve, innanzitutto, ricordare la sent. n. 21221 del 2006<sup>56</sup>:

“Applicando il principio del divieto di abuso del diritto nel caso di specie, occorrerà (...) analizzare la natura e la specie delle operazioni, nelle loro reciproche connessioni e nelle finalità perseguite, allo scopo di accertare se le stesse fossero o meno dirette – secondo la loro essenza – a conseguire un risparmio d'imposta, e se cioè le affermate finalità economiche di altra natura consentissero una spiegazione alternativa dell'operazione rispetto al risparmio fiscale, o se fossero meramente marginali o addirittura inesistenti. Ove risulti accertato che le operazioni avessero essenzialmente lo scopo di ottenere un risparmio fiscale, e precisamente la indicazione di perdite e di componenti negative deducibili, ne deriverebbe l'inesistenza del diritto a deduzione (...)”.

In materia di agevolazioni fiscali e di abuso delle forme negoziali (sentenze n. 22023/2006, n. 27619/2006), il giudice di legittimità ha espresso il seguente orientamento, nel quale l'onere della prova sembra sostanzialmente, in assenza di una previsione normativa di carattere procedurale, attribuito al contribuente. Tale orientamento è

stato sviluppato dalla sent. n. 13559 del 2007<sup>57</sup>. La Corte ha sostenuto che:

<sup>56</sup> Cass. 29 settembre 2006, n. 21221, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione.

<sup>57</sup> Cass. 11 giugno 2007, n. 13559, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione.

“(i)noltre, circa l'inesistenza di tali patti esisterebbe un accertamento di fatto non più contestabile, non essendo stata tale esistenza mai affermata dalla difesa dell'amministrazione nel giudizio di merito;

e) viene criticata la statuizione della sentenza delle Sezioni Unite, secondo la quale la prova dell'esistenza dei presupposti del regime agevolativo incomberebbe al soggetto che invoca l'agevolazione, anche perché si tratterebbe di una *probatio* diabolica;

f) sull'esistenza di una gestione meramente conservativa delle partecipazioni esisterebbe un accertamento di fatto del giudice di merito, per cui, anche se si è in presenza di uno *jus superveniens*, il rinvio per accertare tale circostanza sarebbe superfluo.

Il processo che s'instaura nell'ipotesi di cui al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19, lett. h), deve considerarsi, infatti, del tutto peculiare e non riconducibile a quello tipico dell'impugnazione di atti impositivi, non potendosi giungere ad affermare, in difetto di specifiche e non equivoche manifestazioni di volontà dell'amministrazione finanziaria, che l'indicazione di determinate ragioni nell'atto di diniego – soprattutto quando, come nella specie, siano di carattere assorbente – esoneri il soggetto che invoca un'agevolazione dall'onere di allegare e provare i relativi presupposti. Anche ove non si aderisse pienamente alla configurazione del processo tributario, pur introdotto attraverso un meccanismo impugnatorio, come giudizio su un rapporto giuridico o sulla pretesa fiscale, non può riconoscersi al contribuente nei cui confronti è stato emesso un atto di diniego una posizione più favorevole di quanto accade nel caso di formazione del silenzio rifiuto, nel quale incombe all'interessato l'allegazione e la prova di tutti i presupposti della pretesa fatta valere nei confronti dell'Amministrazione. Conforta tale conclusione il considerare che l'annullamento dell'atto di diniego, ove non fosse consentito al contribuente, nella stessa sede processuale, di allegare e provare gli ulteriori presupposti dell'agevolazione non considerati nell'atto impugnato, non comporterebbe automaticamente il rico-

noscimento del diritto all'agevolazione, diritto che potrebbe essere fatto valere soltanto in occasione di un processo contro un atto impositivo (...)"

L'**onere della prova**, così distribuito, in base a una ricostruzione interpretativa, e non giustificato dal diritto positivo, **graverebbe interamente sul contribuente**, esonerando *de facto* l'Amministrazione finanziaria dal provare, nell'avviso di accertamento e nella fase contenziosa, elementi precisi e univoci che dimostrino l'as-

senza di valide ragioni economiche nell'ipotesi dell'abuso del diritto.

Un'altra importante pronuncia attribuisce al **contribuente** l'onere di provare la **non abusività della propria condotta**. È il caso della sent. n. 10257/2008<sup>58</sup>:

"Ricade sul contribuente l'onere di dimostrare l'inerenza all'attività di impresa delle singole spese affrontate; ed il giudice di merito, nel valutare se questa prova sia stata fornita, deve prendere in esame la funzione dei beni e dei servizi acquisiti, prescindendo dalla circostanza che i versamenti siano stati erogati ad un soggetto diverso dal contribuente, il quale abbia a sua volta provveduto alla acquisizione dei beni o alla organizzazione dei servizi".

L'interpretazione della Corte, con le ultime pronunce analizzate, dimostra la tendenza del medesimo giudice ad attribuire l'onere probatorio al contribuente, il quale sia in sede di adesione, nella fase di accertamento, sia nella sede contenziosa, deve fornire accurate prove ed elementi

precisi che giustifichino l'operazione potenzialmente elusiva.

Una significativa variazione dell'orientamento, sin qui analizzato, del Supremo Collegio si è però avuta con la sent. n. 3584/2009<sup>59</sup>, nella quale è stato affermato che:

"(q)uesta Corte ha già avuto modo di precisare che l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti di una pratica elusiva – avvalendosi anche dei meccanismi presuntivi di cui la legislazione tributaria fa largo uso – grava sull'Amministrazione che intenda procedere alle conseguenti rettifiche (*ex multis* Cass. 25.3.2003 n. 4317) così come è compito del giudice nazionale verificare se gli elementi che gli vengono presentati configurino una operazione elusiva (...).

Per converso incombeva alla società contribuente opporre l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico che giustificassero quel genere di operazioni (Cass. 29.9.2006 n. 21221)".

In tale sentenza, i giudici di legittimità hanno rivisitato la **ripartizione dell'onere probatorio**, invocando per le operazioni diverse dai *dividend washing* e *dividend stripping*, ai fini procedurali, maggiore cautela. Essa si traduce, a detta della Corte, nell'obbligo dell'Amministrazione finanziaria di dimostrare il carattere inusuale e anomalo della condotta attuata dal contribuente.

Per contro, quest'ultimo, invece, deve provare in sede di accertamento e in sede di contenzioso le valide ragioni economiche. In altri termini, il contribuente deve indicare **scopi diversi dall'illegitto risparmio d'imposta che non devono essere meramente marginali o teorici**.

Nel caso analizzato, l'assenza di motivazioni adeguate ha posto nel nulla l'atto dell'Ente impositore com'è chiaramente documentato nella sentenza presa in esame.

L'interpretazione fornita dalla Cassazione con l'ultima sentenza in commento è stata ripresa in

seguito da pronunce del medesimo Collegio (sent. n. 6105/2009, n. 6124/2009). La Suprema Corte è tornata sul punto con l'importante sent. n. 1372/2011<sup>60</sup>.

In effetti, nella sentenza in parola, la Corte di Cassazione ha precisato che l'onere debba ripartirsi come segue. Il contribuente, in sede contenziosa, deve dimostrare le **valide ragioni economiche dell'operazione** posta in essere o degli atti o negozi che producono effetti fiscali e l'Amministrazione finanziaria, invece, deve provare il carattere anomalo dell'atto, del negozio giuridico o dell'operazione, con l'esclusivo scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale.

<sup>58</sup> Cass. 16 gennaio 2008, n. 10257, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione.

<sup>59</sup> Cass. 13 febbraio 2009, n. 3584, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione.

<sup>60</sup> Cass. 21 gennaio 2011, n. 1372, in *www.italgiure.giustizia.it*, Centro Elettronico di documentazione.

Seguendo, quindi, tale lettura dei principi generali del diritto tributario, prendendo le mosse | dall'art. 53 della Costituzione, la Suprema Corte ha risolto, così, la controversia:

“(o)rbene, nel caso di specie, la stessa amministrazione finanziaria non sostiene il carattere artificioso della complessa operazione, ma soltanto che lo stesso risultato poteva essere conseguito attraverso una diversa formula organizzativa, e precisamente una fusione, invece che attraverso il trasferimento del pacchetto azionario di B. contro l'assunzione di rilevanti impegni economici per il finanziamento dell'operazione e conseguente riduzione del carico fiscale. Non vengono neppure contestate dall'amministrazione finanziaria le necessità organizzative che miravano ad una gestione unitaria del settore. Infine, l'ufficio non spiega perché la forma giuridica impiegata sia inusuale o inadeguata all'operazione economica. Secondo quanto sopra spiegato, il sindacato dell'amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (e cioè una fusione) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale. In particolare, non può essere considerata abusiva la scelta di mantenere in piedi un distinto soggetto giuridico, invece di dar luogo alla creazione di un unico soggetto, in quanto, tale scelta non appare artificiosa, né come tale poteva considerarsi soltanto perché comportava un maggiore risparmio fiscale (...)”.

Tale consolidato orientamento merita alcune considerazioni.

La tesi dell'abuso del diritto formulata dalla Corte di Cassazione produce, in base all'indagine svolta, conseguenze di natura strettamente procedurali. La tesi del Supremo Collegio, circa l'immanenza di un principio antielusione contenuto nell'art. 53 della Costituzione, sembra non tener conto che l'inopponibilità degli effetti fiscali all'Amministrazione, conseguente a un giudizio di elusività del comportamento posto in essere, postula un corredo procedimentale ed uno specifico potere accertativo. Si tratta dunque di un effetto che non opera secondo un modulo dichiarativo, ma richiede un intervento di carattere costitutivo dell'Amministrazione, la cui mancanza preclude in radice la disapplicazione delle regole del gioco (ancorché oggetto di abuso da parte del contribuente). La struttura della norma generale antielusiva, insomma va necessariamente inquadrata nello schema “norma-potere-

fatto”<sup>61</sup>.

Un ultimo, ma tutt'altro che irrilevante, aspetto che riguarda le procedure di riscossione, attiene alla inapplicabilità, nel caso di accertamenti fondati sul principio generale di abuso del diritto, delle norme di cautela in materia di iscrizione provvisoria a ruolo previste invece, nell'ipotesi di applicazione delle disposizioni antielusione specifiche di cui all'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973, dal comma 6 dell'articolo stesso che prevede appunto che le imposte conseguenti ad accertamenti fondati sulle norme antielusive ivi contenute siano riscosse solo dopo la sentenza della Commissione tributaria provinciale, senza alcuna preventiva riscossione provvisoria parziale.

<sup>61</sup> Cfr. R. Lupi-D. Stevanato, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, in “Corriere Tributario”, 2009, pagg. 406-407. Si veda anche A. Criscione, *Garanzie procedurali piene quando si utilizza l'abuso del diritto*, in “Il Sole-24 Ore”, *Norme e tributi*, del 5 marzo 2011.