

Matricola n. 0000657726

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

**L'esterovestizione della residenza fiscale e l'abuso del diritto:
una prospettiva penale tributaria.**

Tesi di laurea in DIRITTO PENALE

Relatore

Prof. Nicola Mazzacuva

Presentata da

Susanna Schiavone

Correlatore

Prof. Andrea Carinci

**Sessione II
Anno Accademico 2016/2017**

Le idee esistono solo se abbiamo le parole per nominarle e descriverle.
G.Carofiglio, *La manomissione delle parole.*

INDICE

<i>Introduzione</i>	10
---------------------------	----

Capito I

1. L'Esterovestizione della residenza fiscale: aspetti introduttivi.....	13
2. La residenza fiscale delle persone giuridiche e criteri di collegamento ex art. 73 del D.P.R. n. 917/1986.....	15
2.1. Il criterio della sede amministrativa.....	20
3. Insufficienza dei criteri nelle ipotesi di <i>Dual residence companies</i> e centralità del <i>Place of Effective Management</i>	22
4. Presunzione di residenza ex art. 73, comma 5-bis del D.P.R. n. 917/1986.....	28
5. Applicazione del <i>PoEM</i> nel rapporto con i criteri di individuazione nazionali di residenza fiscale e sue criticità.....	32

Capitolo II

1. Profili penali dell'esterovestizione: problemi di categorizzazione tra elusione ed evasione fiscale.....	37
2. La sanzionabilità delle condotte elusive.....	45
3. Condotte elusive: la disciplina previgente ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.....	47
3.1. Il dato letterale dell'art. 37-bis.....	48

3.2.	La reazione dell'ordinamento facoltizzata dall'art. 37-bis.....	50
4.	La vis espansiva dell'art. 37-bis nell'ermeneutica giurisprudenziale: a costituzionalizzazione del principio anti-abuso.....	52
4.1.	Il dibattito sulla rilevanza penale delle condotte abusive al cospetto dell'indeterminatezza dell'art. 37-bis.....	58
4.2.	Il caso "Dolce & Gabbana": i limiti alla rilevanza penale delle condotte elusive come sanciti dalla Suprema Corte.....	66
5.	Considerazioni conclusive.....	72

Capitolo III

1.	Introduzione dell'art 10-bis nella L. 2012/2000: la nuova disciplina in materia di abuso.....	75
2.	Evoluzione della disciplina alla luce del D.lgs. 128\2015: le criticità riscontrate in dottrina.....	85
3.	Ermeneutica giurisprudenziale a seguito della riforma.....	89

Conclusioni.....	102
-------------------------	------------

Bibliografia.....	110
--------------------------	------------

Introduzione

La presente analisi può dirsi composta da due anime: una essenzialmente tributaria avente ad oggetto il fenomeno dell'esterovestizione della residenza fiscale, di cui è espressione il primo capitolo; l'altra, invece, è incentrata sul concetto di abuso del diritto osservato attraverso la lente del diritto penale ed occupa la restante parte della trattazione, segnatamente, il secondo e il terzo capitolo.

Con riferimento al primo nucleo d'indagine, l'analisi prende le mosse dalla definizione di "società esterovestita" così come circoscritta dalla giurisprudenza dapprima e dal legislatore poi, rilevando sin da subito l'importanza del concetto di residenza fiscale cui il fenomeno in questione è intrinsecamente connesso. Successivamente, dopo aver passato in rassegna i c.d. criteri di collegamento previsti dalla normativa nazionale, funzionali all'accertamento della residenza fiscale in Italia dei soggetti passivi IRES, la ricerca non tralascia di approfondire le rilevanti integrazioni di matrice convenzionale intervenute in ambito internazionale.

In questa prospettiva, a fronte della rilevata insufficienza dei criteri di cui sopra nelle ipotesi di *dual residence companies*, lo studio volge a definire la centralità del *place of effective management*, come indice dirimente rispetto al superamento delle asimmetrie normative che interessano i diversi ordinamenti coinvolti, fino a vagliarne criticamente i limiti. Infatti, l'analisi perviene a conclusione fornendo al lettore una panoramica di ulteriori indici risolutivi che, a fianco del summenzionato *PoEM*, permetterebbero di individuare con esattezza la residenza fiscale delle persone giuridiche, scongiurando ogni rischio di doppia imposizione.

Il secondo nucleo d'indagine, invece, come dichiarato in premessa, ha ad oggetto l'istituto dell'abuso del diritto, strumento del quale, nel corso del tempo, i giuristi si sono avvalsi per apportare dei correttivi a norme

giuridiche che venivano percepite come inadeguate, nel tentativo di riallinearle allo spirito delle leggi del quale avrebbero dovuto costituire emanazione.

La trattazione, nello specifico, si pone l'ambizioso obiettivo di indagare l'utilizzo che di tale concetto si è fatto, nell'ordinamento comunitario, prima, ed in quello nazionale, poi, per provare ad arginare il fenomeno elusivo ed il frequente ricorso a condotte di tale genere da parte dei contribuenti.

Distillatane l'essenza in ambito civilistico, si volge, poi, ad esaminare le potenzialità applicative del concetto antiabusivo nella materia tributaria.

Soffermandosi, in particolare, sugli orientamenti giurisprudenziali che ne hanno determinato la trasformazione in norma giuridica di genesi pretoria, non vengono tralasciate scrupolose osservazioni sui profili di criticità che sono emersi nel corso di simile operazione, ragionando sul difficile coordinamento della clausola antiabusiva e la cogenza del principio di legalità in materia penalistica.

L'analisi delle sentenze con le quali è stata portata avanti l'idea di una possibile depenalizzazione delle condotte elusive, attraverso l'imprescindibile *iter* motivazionale del noto caso Dolce&Gabbana in materia di esterovestizione, ricostruisce l'applicazione del *novum* legislativo costituito dall'art. 10-bis della L. 212 del 2000 in una pregevole pronuncia della Corte di Cassazione del 2015 e termina, da ultimo, con una disamina di un'inedita decisione del Tribunale di Siena, intervenuta nel Settembre 2016.

Quindi, in conclusione, l'esame della novella attuata dal D. lgs. 128 del 2015 permette di valutare quale efficacia effettiva abbia avuto l'utilizzo dello strumento antiabusivo nel contrasto delle condotte elusive, con specifico riferimento all'implementazione di disposizioni legislative

maggiormente adeguate alla realtà pratica nonché conformi ai *desiderata* degli interpreti.

Capitolo I

SOMMARIO: **1.** L' Esterovestizione della residenza fiscale: aspetti introduttivi.- **2.** La residenza fiscale delle persone giuridiche e criteri di collegamento ex art. 73 del D.P.R. n. 917/1986.- 2.1. Il criterio della sede amministrativa. - **3.** Insufficienza dei criteri nelle ipotesi di *Dual residence companies* e centralità del *Place of Effective Management*- **4.** Presunzione di residenza ex art. 73, comma 5-bis del D.P.R. n. 917/1986.- **5.** Applicazione del *PoEM* nel rapporto con i criteri di individuazione nazionali di residenza fiscale e sue criticità.

I. Esterovestizione della residenza fiscale: aspetti introduttivi

Il tema della residenza fiscale delle società e il c.d. fenomeno della "esterovestizione" rivestono un carattere di estrema attualità ed interesse nel panorama domestico e internazionale, presentando profili di intrinseco collegamento.

Infatti, in via di prima approssimazione, l'esterovestizione di un soggetto può circoscriversi come un fenomeno dissociativo fra residenza formale e residenza sostanziale, finalizzato al godimento di un regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello cui si sarebbe legalmente assoggettati.¹

Più precisamente, la Suprema Corte ha definito il termine "esterovestizione" come la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una persona fisica o di una società all'estero, in particolare, in un Paese con

¹ www.diritto24.ilsole24ore.com (23 giugno 2017).

un trattamento fiscale più favorevole di quello nazionale, allo scopo sottrarsi agli adempimenti previsti dall'ordinamento tributario del Paese di effettiva appartenenza².

In altri termini, il fenomeno rappresenta un espediente molto appetibile per il contribuente, poiché gli consente di beneficiare di un trattamento fiscale meno gravoso, sfuggendo (in maniera più o meno diretta) alle fitte maglie dei criteri di collegamento con il territorio nazionale, in base ai quali verrebbe fisiologicamente assoggettato a tassazione secondo il vigente principio del *worldwide principle* (o principio della residenza).

Per chiarire, sulla scorta di questo principio, l'ordinamento italiano, come normalmente nei Paesi esportatori di capitali,³ assoggetta a tassazione i residenti con riferimento al reddito ovunque prodotto o ai beni ovunque esistenti, ferma restando per i non residenti l'imposizione dei soli redditi prodotti o beni posseduti entro i confini nazionali.⁴

Essenziale è inoltre rammentare che il soggetto che si accerti esterovestito, la cui condotta gli permetta di risultare formalmente avulso da ogni obbligazione tributaria secondo l'ordinamento italiano, viola *inter alia* il principio di rilievo costituzionale sancito dall'art. 53, pietra angolare dell'ordinamento tributario,⁵ in virtù del quale «*tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva*».

² AA.VV., *Esterovestizione e trasferimenti di sede: il coordinamento rimane difficile*, in *Il Sole 24 Ore*, 2/2017, 24 ss. Nello stesso senso si è pure espressa Cass., 7 febbraio 2013, n. 2869.

³ *A contrariis*, i Paesi importatori di capitali, che mirano ad incentivare gli investimenti esteri sul loro territorio, più frequentemente adottano il diverso principio del *Source Principle* (o principio della fonte), attraverso il quale l'ordinamento colpisce i redditi o i beni posseduti da residenti o non residenti, a condizione che siano prodotti o esistenti all'interno del territorio dello Stato.

⁴ P. VALENTE, *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, XI.

⁵ P. BORIA, *Diritto Tributario*, Torino, 2016, 29.

Il punto di partenza, nell'analisi del fenomeno in esame, è perciò il concetto stesso di residenza fiscale delle persone giuridiche, come disciplinato dal legislatore nazionale, senza però tralasciare le rilevanti integrazioni di matrice convenzionale intervenute in ambito internazionale. Invero, non mancano sforzi da parte di istituzioni sovranazionali finalizzati a garantire omogeneità di trattamento nell'applicazione dei criteri riguardanti l'individuazione della residenza.

Come si avrà modo di approfondire più avanti, mentre l'art. 4 del Modello OCSE dirime la questione enucleando il criterio del *Place of effective management*, ovvero della “sede di direzione effettiva,” sul piano dell'ordinamento italiano residua un profilo di complessità derivante dall'attuale formulazione dell'art. 73 del D.P.R. n. 917/1986 che, prevedendo un'assoluta parità tra i criteri di allocazione di residenza delle società, rivela la sua insufficienza applicativa nel caso in cui, ad esempio, si verificano fenomeni di *dual residence* tra Stati che non abbiano stipulato alcuna convenzione internazionale contro le doppie imposizioni in ossequio al Modello OCSE⁶.

2. La residenza fiscale delle persone giuridiche e criteri di collegamento ex art. 73 del D.P.R. n. 917/1986

Come anticipato in premessa, nell'ordinamento tributario italiano il concetto di “residenza” nel territorio dello Stato determina per il residente la soggezione (illimitata) di tutti i redditi ovunque prodotti alla potestà impositiva dello Stato (cd. *worldwide principle*). Per converso, la sua speculare negazione, la “non-residenza”, comporta la soggezione solo

⁶ P. VALENTE, *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, XII.

parziale, (limitata), dei redditi prodotti nello Stato alla potestà impositiva dello stesso⁷.

Rebus sic stantibus, la valenza di criterio relazionale del concetto di residenza è direttamente ricavabile dal dato normativo.

Infatti, il legislatore tributario nazionale, è intervenuto a circoscrivere i criteri per individuare la residenza sul territorio italiano dei soggetti passivi IRES⁸.

Il concetto di residenza, per quanto concerne le persone giuridiche, può appunto rinvenirsi nell'art. 73, commi 3 e 4 del D.P.R. n. 917 del 1986, meglio noto come TUIR, in cui viene stabilito che *«Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società' e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto*

⁷ Art. 153 TUIR: *“Le persone fisiche, le società e gli enti commerciali e non commerciali non residenti sono assoggettati a tassazione limitatamente ai redditi prodotti nel territorio dello Stato.”*

⁸ Soggetti individuati dai commi 1 e 2 dell'art. 73 TUIR: *«1 .a) Le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità' limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione , nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato; b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività' commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato; d) le società' e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità' giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.*

2. [...] *si comprendono le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell' imposta si verifica in modo unitario e autonomo. Tra le società' e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 sono comprese anche le società' e le associazioni indicate nell'articolo 5.»*

principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.»

Ergo, emergono chiaramente tre diversi criteri dal dettato normativo sulla base dei quali stabilire se una società possa considerarsi residente in Italia e cioè: la sede legale, la sede dell'amministrazione della società e l'oggetto principale dell'attività della società.

Per di più, la lettera della norma citata colloca i tre requisiti di collegamento territoriale sul medesimo piano, potendo questi ultimi sussistere alternativamente tra loro (sono connessi dalla disgiuntiva “o”), quando permangano (anche singolarmente) “per la maggior parte del periodo di imposta”, ovvero per un periodo di 183 giorni, oppure 184 in caso di anno bisestile.⁹ Quest'ultimo, rappresenta un indice di carattere temporale che accompagna indistintamente tutti e tre i criteri poc'anzi menzionati.

In merito al criterio dell'oggetto sociale, alcuni autori hanno rilevato come appaia poco comprensibile una precisazione formulata dalla Corte di Cassazione, la quale ha affermato che il criterio in parola avrebbe “natura residuale rispetto a quello della sede”, dovendosi applicare “soltanto se questa sede legale o amministrativa non sia in Italia per la maggior parte del periodo di imposta.”¹⁰ Per altro, tale incongruenza non stupisce se si considera, come è noto, che tra i criteri di collegamento con il territorio Italiano, le maggiori difficoltà interpretative riguardano il concetto di “oggetto principale” e soprattutto di “sede dell'amministrazione”, specie se si considera l'impatto esercitato su tali parametri dai consistenti mutamenti intervenuti nella dimensione internazionale dell'attività economico-imprenditoriale.

⁹ Con riferimento alle modalità concrete di calcolo, il Ministero delle Finanze con la Circolare 17 agosto 1996 n° 201, ha specificato le modalità concrete di calcolo del periodo di imposta.

In quanto al criterio della “sede della legale,” quest’ultimo si traduce nella presenza o meno di una sede sociale nel territorio dello Stato italiano.

Trattasi di un concetto che non attinge alla realtà economica sostanziale ma che, diversamente, si arresta ad intercettare la mera realtà giuridico-formale, cioè quella che viene formalizzata dalla società e viene mostrata all’Amministrazione Finanziaria dall’atto costitutivo o dallo statuto, fonti dalle quali è facilmente ricavabile¹¹. Difatti, per esempio, ben potrebbe darsi il caso di una società la quale, pur presentando la sede legale in Italia, svolga la sua attività economica effettiva prevalente all’estero.

Per queste ragioni il criterio della sede legale verosimilmente integra un indice di carattere formale e si differenzia così dagli altri due criteri, i quali manifestano una diversa valenza sostanziale¹².

Invero, i parametri dell’ “oggetto sociale” e della “sede dell’amministrazione,” mirano a decifrare una realtà economica sostanziale e cioè hanno l’obiettivo di individuare il luogo di effettivo esercizio della attività di impresa.

Analizzando il terzo indice, l’“oggetto principale” dell’attività sociale deve ricavarsi dall’esame dell’atto costitutivo, se redatto come atto pubblico o scrittura privata autenticata, oppure, in via subordinata, qualora venisse a mancare questo documento, dall’osservazione e dall’esame dell’attività effettivamente svolta dalla società¹³. Tuttavia, se il punto di partenza non può che essere l’atto costitutivo o lo statuto, un canone interpretativo rispettoso del principio di capacità contributiva, non può arrestarsi al dato formale, bensì deve privilegiare la seconda parte della norma che, valorizzando la sostanza rispetto alla forma, pone in rilievo

¹⁰ Cass., 23 febbraio 2012, n.7080. La “natura residuale” del criterio dell’oggetto principale dell’ attività è stata affermata anche da Cass., 17 gennaio 2014, n. 1811.

¹¹ Si veda *ex multis*, Cass., 17 gennaio 2014, n. 1811.

¹² P. VALENTE, *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013, 6.

¹³ G.TURRI, *Trasferimento di sede all’estero di una società profili civilistici e fiscali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2/2017, 415.

l'attività "essenziale" della società, scongiurando l'eventuale rischio di lasciare scoperta qualche operazione¹⁴.

In altre parole, ciò che bisogna intercettare non è tanto l'oggetto sociale dichiarato in atti, ma l'attività come effettivamente svolta dalla società¹⁵.

A questo deve aggiungersi che, al fine di definire più precisamente la portata della norma, risulta necessario tenere conto non solo in generale dell'attività per il cui esercizio la società è stata costituita, ma anche degli "elementi di effettività sostanziale"¹⁶ quali ad esempio, "atti negoziali e dei rapporti economici"¹⁷ concretamente posti in essere dalla società con soggetti terzi.

In ultima analisi, come è stato argutamente sintetizzato dalla Suprema Corte, l'oggetto principale può definirsi come "l'attività economica prevalentemente esercitata per conseguire lo scopo sociale".¹⁸

Sempre in merito al criterio in esame, un ulteriore aspetto da analizzare concerne la sussistenza o meno di un rapporto di corrispondenza fra il luogo principale di svolgimento dell'attività e l'ubicazione dei beni posseduti dalla società per l'esercizio della stessa.

Premettendo che ci si trova nell'impossibilità di fornire una risposta univoca, tanto in dottrina,¹⁹ quanto in giurisprudenza, è attribuita rilevanza al luogo di svolgimento dell'attività, piuttosto che alla collocazione dei principali beni posseduti dalla società.

¹⁴ AA. VV., *L'esterovestizione: i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario (a cura di), Milano, 2016, 80.

¹⁵ Cass., 24 gennaio 2012, n. 7080; sugli stessi principi si è espressa anche Cass., 17 gennaio 2014, n. 1811.

¹⁶ Circolare della Guardia di Finanza n. 1/2008, cap. 6, paragrafo 2, 133.

¹⁷ Cass., 9 giugno 1988, n. 3910.

¹⁸ Cass., 23 ottobre 2013, n. 24007.

¹⁹ *Ex multis* A. MANZITTI, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Rivista di Diritto Tributario*, parte IV, 181.

2.1. Il criterio della sede amministrativa.

Il secondo criterio enucleato dal legislatore tributario e cioè quello della “sede dell’amministrazione della società”, costituisce il requisito che, più degli altri, ha senza dubbio alcuno convogliato l’attenzione degli operatori, probabilmente in ragione dei punti di collegamento con la nozione di “sede di direzione effettiva” di cui al Modello OCSE²⁰.

Per circoscriverne il concetto, l’Amministrazione Finanziaria, ha tendenzialmente accostato alla nozione di sede amministrativa quella giuscommercialistica di “sede effettiva²¹” della società, intendendosi come luogo dove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell’ente²². Più nel dettaglio, l’Amministrazione si dimostra maggiormente esaustiva in una nota inviata alla Commissione Europea²³ descrivendo il parametro in parola come *“il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l’esercizio dell’impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell’impresa vengono organizzati e coordinati per l’esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali.”*

Inoltre, per completezza, è doveroso il richiamo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che attribuisce alla “sede

²⁰ Si veda par. 3, Cap. I.

²¹ In merito alla “sede delle persone giuridiche” l’art. 46 c.c. comma 2 statuisce che *“Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi [dell’atto costitutivo o dello statuto] o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest’ultima”*. Sul punto in dottrina, si veda ad esempio M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2004, 105.

²² Si è espressa sul punto *ex aliis* Cass., 7 febbraio 2013, n. 2869.

²³ La Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E dell’Agenzia delle Entrate, richiama alcuni principi in merito alla nozione di “sede effettiva” indicati in Cass., 22 gennaio 1958, n. 136; si veda anche nota 19 marzo 2010, prot n. 2010/39678, inviata alla Commissione Europea nell’ambito del progetto Eu-Pilot; si veda *ex multis* Cass., 16 giugno 1984, n. 3604, in *Il Fisco*, 2008, 7432 ss.

dell'amministrazione" il ruolo di criterio incentrato sull'effettività gestionale, traducendosi la sede dell'amministrazione nella sede effettiva della società, cioè nel luogo da cui "effettivamente provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività societaria".²⁴

Da queste determinazioni, si intuiscono le ragioni in virtù delle quali, a differenza della "sede legale", quello in esame rappresenti un indice c.d. sostanziale ai fini dell'individuazione della residenza fiscale, che richiede un più complesso accertamento.

Invero, come sostiene una risalente giurisprudenza di legittimità, quest'ultimo è ricostruibile sostanzialmente attraverso l'esame della situazione effettiva²⁵ dell'impresa sotto il profilo manageriale, la quale coincide con il luogo dove si riuniscono abitualmente gli amministratori per definire le strategie di impresa e dove vengono assunte le decisioni di carattere gestionale-operativo.

Ancorché circostanziata la nozione in questi termini, le considerazioni in merito al tema della "sede amministrativa" non si arrestano a questo punto.

Alcuni Autori, infatti, hanno sollevato una questione circa la possibilità di intendere con la perifrasi "sede amministrativa" esclusivamente l'attività di alta direzione strategica svolta dai componenti

²⁴ Cass. pen., 23 febbraio 2012, n. 7080; nello stesso senso vedasi Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809, punto 16.19: "Ai fini dell'individuazione della sede amministrativa dell'ente possono senz'altro essere utilizzati i criteri in base ai quali viene individuata la sede effettiva della persona giuridica di cui all'art. 46 c.c., comma 2, [...] da sempre indicata nel luogo nel quale la società ha il centro effettivo di direzione e svolgimento della sua attività, ove cioè risiedono gli amministratori, sia convocata e riunita l'assemblea sociale, si trovino coloro che hanno il potere di rappresentare la società, il luogo deputato o stabilmente utilizzato per l'accertamento dei rapporti interni e con i terzi in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente e nel quale hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente ed ove operano i suoi organi amministrativi o i suoi dipendenti."

²⁵ Cass., 10 dicembre 1974, n. 4172, in *Il Fisco*, 2009, 5640 ss.

dell'organo amministrativo, ovvero se l'accezione si estenda fino a ricomprendere anche l'attività quotidiana di gestione operativa²⁶.

A tal proposito, è stato osservato che, ove per sede dell'amministrazione si intenda prioritariamente il luogo di svolgimento dell'ordinaria amministrazione, rispetto a quello (eventualmente diverso) ove periodicamente sono assunte le decisioni di indirizzo generale dell'attività societaria da parte degli amministratori, tale criterio tenderebbe a sovrapporsi a quello dell'oggetto principale, tenuto distinto dalla norma²⁷. Conseguentemente, rispetto alla questione non sembra potersi formulare una risposta univoca, individuando un criterio applicabile rigidamente alla generalità delle situazioni fattuali; più ragionevole, infatti, sarebbe compiere un'indagine specifica del caso concreto secondo un approccio casistico riguardante l'esercizio di poteri di gestione del soggetto economico e che tenga in debito conto la tipologia di società considerata²⁸.

Accanto a queste considerazioni, è opportuno riportare quanto rilevato dai giudici della Corte di Cassazione in merito al criterio della sede amministrativa.

In particolare, la Suprema Corte, nell'ambito della celebre vicenda giudiziaria riguardante i due noti stilisti italiani, cui si darà più ampio spazio in seguito, pur condividendo in linea di principio la tesi secondo cui per "sede dell'amministrazione" debba intendersi il luogo in cui la società ha il centro effettivo di direzione e dove si assumono le decisioni strategiche, ne ha evidenziato alcune contraddizioni nel caso di società di diritto estero controllate o, *a fortiori*, interamente possedute da società di diritto italiano.

²⁶ Si veda a favore della prima ipotesi prospettata, M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2004, 109. Nello stesso senso anche A. BALLANCIN, *Note in tema di esteroinvestizione societaria tra i criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2008, 980. A favore della seconda ipotesi, G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, 2006, 131.

²⁷ AA.VV., *Temì di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014, 119.

²⁸ G. TURRI, *Trasferimento all'estero di una società: profili civilistici e fiscali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2/2017, 411.

Il Giudice della Legge afferma che “il criterio di direzione” può dimostrarsi insufficiente e comunque comportare storture applicative nel caso di società controllate ai sensi dell’art. 2359 c.c., comma 1, soprattutto nei casi in cui il capitale sociale della controllata sia interamente di proprietà della controllante.”²⁹ Si precisa inoltre che si arriverebbe a conclusioni aberranti se si volesse identificare *tout court* la sede amministrativa della società controllata con il luogo dove si assumono le decisioni strategiche, cioè con la sede della controllante, in evidente contrasto con le ragioni stesse della politica del gruppo e le esigenze sottese al suo controllo³⁰.

Invero, in questi casi per il legislatore fiscale, non potendo prescindere da una realtà economica preesistente, rilevanti ai fini della localizzazione della sede amministrativa si dimostrano “ulteriori e diversi criteri, o comunque integrativi, di natura oggettiva, quali l’esercizio effettivo dell’attività industriale o commerciale o la non artificiosità dell’insediamento estero volto a conseguire vantaggi fiscali indebiti³¹.

3. Insufficienza dei criteri nelle ipotesi di *Dual residence companies* e centralità del *Place of Effective Management*

Il principio della residenza, sebbene universalmente riconosciuto nella legislazione e consolidato nella prassi amministrativa degli Stati, rivela particolari aporie nella sua concreta applicazione.

In primis è opportuno rilevare, infatti, che in generale l’accertamento della sussistenza degli elementi di collegamento con un determinato

²⁹ Così si è espressa la Corte di legittimità in Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809, punto 16.28; in dottrina si veda AA.VV., *Esterovestizione e trasferimenti di sede: il coordinamento rimane difficile*, in *Il Sole 24 Ore*, 2/2017, 27.

³⁰ Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809, punto 16.29

ordinamento giuridico diviene sempre più problematico, in ragione dell'accresciuta mobilità dei contribuenti nell'ambito dell'economia globale e dell'estrema volatilità delle basi imponibili nelle reti telematiche.

Come è stato osservato in dottrina, le norme fiscali nazionali ed internazionali sono principalmente espressione di una cd. "economia di vecchio stampo" e cioè appaiono non più rispondenti ad una realtà caratterizzata da un forte livello di integrazione transfrontaliera.³²

In particolare, ad una attenta valutazione, emerge che gli elementi che rappresentano i capisaldi tradizionali dei sistemi di imposizione globale, come ad esempio quelli territoriali (quali la residenza dei soggetti, ovvero la produzione/ la percezione/ attribuzione dei redditi, ecc.) devono essere riconsiderati in una nuova prospettiva sovranazionale³³.

In questo già complesso panorama, rilevano ulteriori profili di criticità emergenti nell'ambito di ipotesi di *dual residence companies*, vale a dire nel caso in cui una società venga a trovarsi residente contemporaneamente in due differenti Stati, in forza dei criteri di collegamento con il territorio previsti dalla rispettiva normativa fiscale interna. In altri termini, in ragione della disomogeneità³⁴ dei criteri adottati dai diversi ordinamenti al fine di individuare la residenza fiscale degli enti societari³⁵, può verificarsi che più Stati affermino contestualmente la propria potestà impositiva nei confronti del medesimo soggetto.

³¹ Cass. Pen., punto 16.42.

³² P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting-L'Action plan dell'OCSE*, in *Il Fisco*, 37/2013, 5745.

³³ P. VALENTE, *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2008.

³⁴ Tale conflitto può sorgere, ad esempio, quando in uno Stato si attribuisca rilievo al luogo di registrazione della società (criterio formale), mentre, al contempo, la disciplina di altro Stato faccia riferimento al luogo di ubicazione della sede amministrativa (criterio effettivo).

³⁵ AA.VV., *L'esterovestizione: i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario (a cura di), Milano, 2016, 51: «Le cause di doppia imposizione internazionale sono sostanzialmente riconducibili alle tre seguenti macrotipologie: (i) i due Stati che adottano un diverso

In merito a queste valutazioni, i criteri strutturali di cui all'art. 73 comma 3 del T.U.I.R., ancorché compiutamente rispondenti all'essenziale esigenza dell'ordinamento di individuare i soggetti giuridici da sottoporre ad obbligazione tributaria, appaiono inadeguati a dirimere siffatte problematiche non poco frequenti.

Per far fronte a queste sconvenienti dinamiche di carattere internazionale,³⁶ gli Stati hanno fatto ricorso al sistema delle Convenzioni bilaterali,³⁷ così da poter da un lato legittimamente esercitare le rispettive potestà tributarie e dall'altro combattere il fenomeno evasivo ed elusivo.

In particolare, con riguardo all'Italia, la maggior parte delle convenzioni vigenti, è stata negoziata prendendo come parametro di riferimento il modello OCSE³⁸.

criterio di collegamento; ad esempio lo Stato A utilizza il principio della residenza, mentre lo Stato B utilizza il principio della fonte; (ii) due Stati che adottano un diverso criterio di collegamento oggettivo, ad esempio per la diversa definizione di luogo ove viene prodotto il reddito, e che, in base alla propria legislazione interna, considerano entrambi il reddito come prodotto del loro territorio; (iii) due Stati che adottano un diverso criterio di collegamento personale, ad esempio per la definizione di residenza, e che, in base alla propria legislazione interna, considerano entrambi lo stesso soggetto come residente nel proprio territorio.» A tale ultima tipologia appartiene il fenomeno dell'esterovestizione, oggetto di analisi nel presente studio.

³⁶ M. J. McINTYRE, *Determining the Residence of Members of a Corporate Group*, in *Canadian Tax Journal*, 51/2004, 4: Problematica è l'individuazione della residenza delle persone giuridiche con riguardo al luogo in cui la persona giuridica svolge attività di *business* dal momento che può svolgerla solo metaforicamente; infatti è svolta in nome e per conto della società dagli individui che ivi prestano attività lavorativa. Si è così sostenuto che una società svolga attività di business «*in much the same way that the owner of a baseball team plays baseball*».

³⁷ P. VALENTE, *Il Modello OCSE contro le doppie imposizioni*, in *Il Fisco*, n. 3/2010, 774. Tali convenzioni hanno da un lato lo scopo di delimitare il potere impositivo degli Stati contraenti, al verificarsi di determinate condizioni sancite dalle convenzioni stesse, dall'altro mirano a combattere l'evasione fiscale.

³⁸ P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2016, 285: il modello OCSE è oggi riconosciuto ed utilizzato come base delle negoziazioni della maggior parte degli Stati aderenti all'Organizzazione.

AA. VV., *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, Milano, 2015, 160.

Ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale delle società il Modello OCSE contro le doppie imposizioni, prevede al paragrafo 3 dell'art. 4, con riferimento alle persone diverse da quelle fisiche, il criterio del "*place of effective management*", traducibile con la formula di "sede di direzione effettiva", come indice dirimente (c.d. *tie breaker rule*) rispetto al superamento di conflitti normativi generati dalle legislazioni interne dei due Stati che comportino il verificarsi di casi di *dual residence*.

Infatti, la norma in esame statuisce che «*where [...] a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated*».

La sede del "*place of effective management*", elaborata nei suddetti termini, va decifrata alla luce della lettera del Commentario al Modello OCSE, anche perché, trattandosi di una nozione volta a dirimere un conflitto, essa dovrebbe essere interpretata autonomamente e non in base al diritto di ciascuno Stato contraente.

Sul punto, negli anni si sono avvicinate una serie di modifiche del Commentario, fino ad approdare alla definizione fornita dal paragrafo 24 dell'art. 4 del Commentario.

Secondo quest'ermeneutica, la "sede di direzione effettiva" è «*il luogo dove sono sostanzialmente adottate le decisioni chiave sul piano gestorio e commerciale necessarie per l'esercizio dell'attività dell'ente. La sede di direzione effettiva sarà ordinariamente il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato prende ufficialmente le sue decisioni, il luogo dove devono essere assunte le decisioni nel loro insieme*».

³⁶ P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2016, 284. Sul punto si è espressa anche, Cass. Pen., 22 luglio, n. 1811/2014, definendo il criterio in parola come: "il luogo dove sono compiute le decisioni chiave in riferimento."

Tuttavia, non è possibile stabilire una regola precisa e, al fine di determinare la sede di direzione effettiva, devono essere presi in considerazione tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Un ente può avere più di una sede di direzione, ma può avere solo una sede di direzione effettiva per volta».

In sintesi, quindi, il criterio in parola è traducibile come il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano la funzione di rango più elevato, (diverso a seconda del modello di *governance* della società), adottano ufficialmente le decisioni principali relative alla gestione della società nonché quelle necessarie per l'esercizio della sua attività di impresa³⁹, in cui si delibera in merito alla società nel suo complesso⁴⁰.

Si può aggiungere, inoltre, che, di fronte a tale interpretazione, l'Italia ha formulato un'osservazione formale al Commentario, nella quale si afferma di ritenere rilevante, per individuare il *place of effective management*, anche il luogo di esercizio dell'attività principale (*alias*, l'oggetto principale dell'art. 73 comma 3 del TUIR).

³⁹ AA. VV., *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, Milano, 2015, 160.

⁴⁰ P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2016, 284. Sul punto si è espressa anche, Cass. Pen., 22 luglio, n. 1811/2014, definendo il criterio in parola come: "il luogo dove sono compiute le decisioni chiave in riferimento alla conduzione dell'attività societaria, sia sotto il profilo manageriale che sotto il profilo commerciale."

4. Presunzione di residenza ex art. 73, comma 5-bis del D.P.R. n. 917/1986.

Accanto ai criteri illustrati, con il D.L. 4 luglio 2006, n. 223,⁴¹ convertito nella Legge 248/2006 (cd. Riforma Visco-Bersani), il legislatore ha modificato l'art. 73 del TUIR,⁴² introducendo due nuovi commi, il 5-bis e il 5-ter che circoscrivono la disciplina della presunzione di residenza in Italia di società ed enti costituiti all'estero al verificarsi di determinate condizioni.⁴³

La novella in parola si inserisce in un più ampio disegno legislativo che dedica il suo Titolo III alle “Misure in materia di contrasto all'evasione ed elusione fiscale e di recupero della base imponibile,” il cui obiettivo consiste nel contrastare in maniera diffusa e più efficace i fenomeni di residenza fittizia all'estero.

In particolare il dettato dell'art. 73, comma 5-bis, stabilisce che *«Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, primo comma del codice civile,⁴⁴ se, in alternativa:*

⁴¹ Recante: *“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale.”*

⁴² Inoltre, con l'art. 82, comma 22, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2008, n. 133 e, successivamente modificato dall'art. 12, comma 1, lett a), del D.lgs. 4 marzo 2014, n. 44, è stato introdotto un ulteriore comma 5-quater. In virtù di quest'ultima disposizione, si considerano residenti fiscalmente in Italia le società od enti quando posseggano un patrimonio che, in misura prevalente, sia investito in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari e siano controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti in Italia.

⁴³ AA.VV., *Riquilificazione in Italia di soggetti esteri: possibili strategie difensive*, in *Il Fisco* 8/2016, 753.

⁴⁴ In virtù del quale: *“Sono considerate società controllate:1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza*

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
b) sono amministrati da un Consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato». ⁴⁵

Ergo, dal dettato della norma in commento, si comprende come quest'ultima trovi applicazione, con riguardo a società o enti esteri che, sotto un primo profilo, controllano, direttamente, attraverso un vincolo partecipativo, società o enti non residenti caratterizzati dal requisito della commercialità o che, sotto un secondo profilo, sono controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti o sono amministrati, in prevalenza, da persone residenti. ⁴⁶

E' proprio in tali circostanze che il legislatore ha ritenuto che la "sede dell'amministrazione" che, come rilevato, rappresenta il criterio predominante ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale, sia da ritenersi presuntivamente radicato sul territorio dello Stato ⁴⁷.

In altri termini, il legislatore del 2006 ha inteso positivizzare una presunzione relativa con riguardo all'ubicazione nel territorio dello Stato della "sede dell'amministrazione"- con la conseguente attribuzione della residenza fiscale italiana- in presenza di una situazione di controllo esercitato da parte di una società di diritto estero su di una o più società italiane, al ricorrere di due condizioni alternative: la prima *sub a)*, è

dominante nell'assemblea ordinaria;3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi."

⁴⁵ La norma *de qua* viene interamente richiamata in Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809, punto 16.49 ss., con riferimento al noto "Caso Dolce & Gabbana."

⁴⁶ Per una più dettagliata disamina del rapporto di controllo di cui all' art. 2359 c.c., si veda, Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809, punto 16.33.

⁴⁷ AA. VV., *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, Milano, 2015, 10.

costituita dal controllo esercitato da parte di un soggetto italiano nei confronti di suddetta società estera; la seconda *sub b*), è rappresentata dalla residenza in Italia della maggior parte degli amministratori della società estera⁴⁸.

A fronte di questo mutato quadro di riferimento per quanto concerne i soggetti passivi IRES, non risulta delineata una nuova o ulteriore definizione di residenza fiscale rispetto a quanto già precedentemente disposto dall'art. 73 comma 3 del T.U.I.R.⁴⁹ Di fatti, le presunzioni introdotte dal legislatore fiscale perseguono in definitiva la mera finalità di spostare in capo alla società o enti esteri la dimostrazione che questi non sia residente in Italia.⁵⁰

Al fine di vincere la presunzione in commento, alla società estera spetta dimostrare la propria autonomia decisionale, sebbene sussistano particolari elementi di collegamento con il territorio nazionale, in modo tale da rendere irragionevole localizzare in Italia la propria sede amministrativa.⁵¹ A tal proposito, è essenziale aggiungere che la presunzione non potrebbe essere altrimenti vinta fornendo la prova dell'insussistenza di altri elementi, diversi dalla "sede

⁴⁸ AA. VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, Milano, 2014, 139. Sul punto si è anche espressa l'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 28/E del 4 agosto 2006, specificando che il controllo attivo esercitato sul soggetto residente in Italia deve avere natura diretta.

⁴⁹ D. STEVANATO, *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corriere Tributario*, 2006, 2952 ss.

⁵⁰ Viene tra l'altro esclusa la possibilità per il contribuente di ricorrere al c.d. interpello interpretativo od ordinario con riferimento ad una eventuale valutazione dell'Agenzia dell'Entrate in merito ad una preventiva verifica dell'effettiva sede dell'amministrazione di una società o della localizzazione dell'oggetto principale dell'attività. Infatti, la risoluzione n. 312/E, specifica che tali considerazioni investono complessi profili di fatto del reale rapporto di una società con un determinato territorio, non valutabili mediante succitato strumento la cui procedura si attiva in un contesto caratterizzato da "*obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione*" di una norma.

⁵¹ AA.VV., *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, Milano, 2015, 16.

dell'amministrazione," benché comunque previsti ai sensi dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., per determinare il requisito della residenza nello Stato. Questa considerazione trova la sua giustificazione nel fatto che i criteri normativi richiamati poc'anzi, sono, come anticipato, tra loro alternativi ed è di fatto lasciato all'Amministrazione finanziaria la scelta del requisito su cui confrontarsi nell'eventuale contenzioso.⁵²

A fronte di queste valutazioni, resta da esaminare quelli che sono i confini della relazione intercorrente fra la presunzione relativa ex art. 73, comma 5-bis del T.U.I.R. e la nozione di residenza così come elaborata dall'art. 4 dell'OCSE.

Con riguardo al tema della compatibilità della presunzione di residenza in commento con le Convenzioni già stipulate dall'Italia in ossequio al Modello OCSE, deve rilevarsi che l'Amministrazione Finanziaria non ha ravvisato contrasto alcuno;⁵³ invero, queste ultime si limiterebbero ad indicare quali elementi e circostanze debbano essere prioritariamente valutati in ipotesi di doppia residenza, costituendo, in definitiva, l'effettiva sede dell'amministrazione uno di questi elementi.

Inoltre, la disposizione di cui al comma 5-bis, non si porrebbe mai in contrasto con l'art. 4, in quanto tale norma presuntiva non opera mai isolatamente, ma costituisce, al contrario, solo il punto di partenza di una verifica più ampia (da effettuarsi in contraddittorio con il contribuente) sull'intensità del legame della società con lo Stato estero e con l'Italia.⁵⁴

⁵² AA.VV., *Esterovestizione*, 19.

⁵³ Circolare n. 28/E, 4 agosto 2006.

⁵⁴ AA.VV., *L'esterovestizione: i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario (a cura di), Milano, 2016, 66.

5. Applicazione del *PoEM* nel rapporto con i criteri di individuazione nazionali di residenza fiscale e sue criticità.

Chiarite le nozioni di residenza nel diritto interno ed in quello convenzionale, è opportuno esaminare il rapporto intercorrente tra il *PoEM* e la sede dell'amministrazione, criterio dirimente nell'ambito dell'ordinamento tributario nazionale.

Tenendo presente le definizioni sopra richiamate, non si può non osservare che le due sono sovrapponibili: è questa la posizione della dottrina maggioritaria, spintasi fino a sostenere che *“il place of effective management è del tutto equiparabile alla nozione di sede dell'amministrazione contenuta nel nostro ordinamento interno.”*⁵⁵

I giudici della Suprema Corte hanno mostrato di condividere questa impostazione, precisando che *“i due concetti sono sostanzialmente equivalenti in quanto la disciplina convenzionale rinvia, come criterio generale, alla legislazione interna ed assume, poi, come criterio sussidiario nel caso di accertata doppia residenza, quello della sede effettiva della società, che non è altro che il criterio decisivo anche per la norma interna, secondo la consolidata interpretazione dottrinale e giurisprudenziale di quest'ultima.”*⁵⁶

Fatte queste premesse, è tuttavia importante considerare che il *Place of effective management*, per quanto apparentemente risolutivo, non ha tardato a rivelare aspetti profondamente critici soprattutto sotto il profilo definitorio.

⁵⁵ *Ex multis*, M. THIONE, *L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi*, in *Il Fisco*, 4/2010, 542 ss.

⁵⁶ Così si è espressa la Suprema Corte nella già menzionata sent. n. 2869, 7 febbraio 2013.

Proprio con l'intento di colmare tali rilevanti aporie, nel 2003, l'OCSE aveva divulgato un documento⁵⁷ cui è seguita una modifica al Modello OCSE nel 2008,⁵⁸ la quale ha previsto l'eliminazione del summenzionato paragrafo 24 oltre alla contestuale introduzione di alcuni fattori di riferimento per la determinazione della sede effettiva delle persone giuridiche.

In pratica con quest'ultima modifica, è parso che, in ambito OCSE, fosse riservata maggiore attenzione ad altri fattori, tra cui quelli attinenti alla gestione quotidiana dell'impresa,⁵⁹ rilevando in particolare:

- il luogo ove si svolgono le riunioni del *Board of directors*;
- il luogo ove il *Chief executive officer* usualmente svolge le sue funzioni;
- il luogo nel quale si trova l'headquarter della persona giuridica;
- il luogo in cui è tenuta la contabilità⁶⁰.

Sulla medesima direttrice della formulazione introdotta nel 2008, rimasta invariata, si colloca la proposta di modifica del paragrafo 3, avanzata nell'ambito del progetto BEPS⁶¹.

L'*Action 6* del progetto suggerisce, infatti, che la *tie breaker rule* si limiti a prevedere che, qualora si incorra in ipotesi di *dual residence*, gli Stati contraenti debbano determinare lo Stato di residenza attraverso la

⁵⁷ OECD, *Discussion Draft, Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention*, Maggio 2003.

⁵⁸ *The 2008 update to the OECD Model Tax Convention*, in www.oecd.org (28 giugno 2017).

⁵⁹ F. FACCHINI-A. PORRO, *Considerazioni sulla residenza fiscale delle holding di partecipazioni e sull'applicazione della normativa CFC alle controllate estere stabilite in paesi "white list"*, in AA.VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014, 107.

⁶⁰ AA. VV., *Reati tributari e sistema normativo europeo. La riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, Milano, 2017, 196.

⁶¹ Acronimo per *Base Erosion and Profit Shifting*, progetto a vocazione internazionale implementato dall'OCSE per combattere quelle pratiche fiscali che sfruttano le asimmetrie tra i sistemi fiscali e le lacune della disciplina convenzionale. Nel 2015 sono stati pubblicati i rapporti finali del progetto (cd. *Action*), che mirano a ridurre l'incidenza delle pratiche fiscali aggressive, attraverso l'introduzione di principi cui i diversi ordinamenti nazionali dovrebbero uniformarsi.

Procedura Amichevole⁶² il cui esito dovrà essere orientato prendendo in considerazione, indifferentemente, il luogo di incorporazione, il *place of effective management* o “*any other relevant factors*.”⁶³

Per altro verso, in un contesto economico caratterizzato da estrema mutevolezza, la tematica dell’esterovestizione, è sempre più delicata se si prende a parametro la continua evoluzione dei modelli di *business* che caratterizzano le società multinazionali.

Come è stato rilevato in dottrina, l’assetto strutturale di questi enti è completamente cambiato nel corso del tempo, tanto da aver messo in atto un’operazione di superamento dell’organizzazione per aree geografiche (in cui ogni *entity* conduceva in parallelo le medesime attività tipiche, solamente in differenti realtà territoriali) per approdare a modelli organizzativi basati su “funzioni,” cosa che rende il concetto di *PoEM* piuttosto labile⁶⁴.

Si pensi ad esempio, ad un gruppo multinazionale italiano con partecipate estere le cui decisioni ufficiali essenziali per la gestione della società debbano essere dapprima condivise tra gli Stati per poi essere, infine, adottate dal responsabile, ubicato in qualche Stato diverso da quello della controllata. Questo però non dovrebbe implicare l’attribuzione della residenza fiscale della *subsidiary* in tale Stato, confondendo il concetto di “funzioni aziendali”, con quello di “amministrazione della società,” la

⁶² L’art. 25 del Modello OCSE consente il ricorso alla c.d. “Procedura Amichevole”, nella circostanza in cui il contribuente si trovi coinvolto in casi di *dual residence* non risolvibili attraverso l’applicazione della *tie breaker rule* convenzionale. Sul punto si veda in dottrina P. VALENTE, *L’art. 25 del Modello di Convenzione OCSE: la procedura di composizione delle controversie internazionali*, in *Il fisco*, 9/2014, 863: “Secondo quanto previsto dai paragrafi 1 e 2: le autorità competenti devono impegnarsi a risolvere, tramite procedure di mutuo accordo, le situazioni nelle quali i contribuenti risultano sottoposti a tassazione non conforme a quanto stabilito dalla rispettiva convenzione.”

⁶³ AA.VV., *L’esterovestizione: i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario (a cura di), Milano, 2016, 62 ss.

⁶⁴ AA.VV., *Esterovestizione e trasferimenti di sede: il coordinamento rimane difficile*, in *Il Sole 24 Ore*, 2/2017, 25 ss.

quale rimane autonoma seppur, naturalmente, influenzata dalle direttive del responsabile dell'area che non necessariamente è residente nel Paese della partecipata⁶⁵.

Con riguardo a simili ipotesi, il criterio della direzione effettiva non può costituire il criterio esclusivo di determinazione della residenza fiscale, bensì occorrerà verificare se la società controllata estera costituisca un'entità reale o una costruzione di puro artificio, cioè una c.d. "casella postale".⁶⁶

Invero, come hanno precisato gli Ermellini, a tal fine, potrà prendersi a parametro i criteri indicati dall'art. 162, D.P.R. n. 917/1986 per definire la stabile organizzazione, o a quelli elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per identificare le c.d. società "schermo" ovvero costruzioni puramente artificiose⁶⁷.

Solo realizzandosi queste circostanze, si potrà definire un caso di esterovestizione, perché la società, pur avendo formalmente una sede legale all'estero, trattandosi di una costruzione puramente artificiosa, risulta avere la residenza fiscale in Italia ed il conseguente obbligo di presentazione delle dichiarazioni tributarie⁶⁸.

In definitiva, quindi, con i nuovi modelli di *business* si assiste ad un progressivo disallineamento tra i concetti di "organizzazione giuridica" e di "organizzazione economica" del gruppo di imprese, il che degrada il concetto del *PoEM* quale criterio dirimente per la verifica della residenza fiscale, rendendolo in parte superato.

⁶⁵ AA.VV., *Esterovestizione e trasferimento di sede*, 26: « *L'integrazione verticale, la specializzazione e la segregazione delle funzioni sono fenomeni comunissimi operanti fra gruppi di imprese, che, se non correttamente interpretati, possono condurre a distorsioni nel giudizio sulla residenza fiscale di una società, concetto oggi ancora inscindibilmente legato a quello della "sede dell'amministrazione," di stampo prettamente giuridico.* »

⁶⁶ AA.VV., *Reati tributari e sistema normativo europeo. La riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, Milano, 2017, 196 ss..

⁶⁷ Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809, punto 16.55 ss.; sul punto si veda anche in dottrina M. CERRATO, *Sui confini tra esterovestizione e stabile organizzazione*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 5/2013, 55.

⁶⁸ AA. VV., *Reati tributari.*, 197.

Capitolo II

SOMMARIO: **1.** Profili penali dell'esterovestizione: problemi di categorizzazione tra elusione ed evasione fiscale.- **2.** La sanzionabilità delle condotte elusive.- **3.** Condotte elusive: la disciplina previgente ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973- **3.1.** Il dato letterale dell'art. 37-bis.- **3.2.** La reazione dell'ordinamento facoltizzata dall'art. 37-bis,- **4.** La *vis* espansiva dell'art. 37-bis nell'ermeneutica giurisprudenziale: la costituzionalizzazione del principio anti-abuso.- **4.1.** Il dibattito sulla rilevanza penale delle condotte abusive al cospetto dell'indeterminatezza dell'art. 37-bis.- **4.2.** Il caso "Dolce & Gabbana": i limiti alla rilevanza penale delle condotte elusive come sanciti dalla Suprema Corte.- **5.** Considerazioni conclusive.

1. Profili penali dell'Esterovestizione: problemi di categorizzazione tra elusione ed evasione fiscale.

La tematica dell'esterovestizione è sempre stata di difficile inquadramento, sia a livello normativo sia dal punto di vista interpretativo.

E' anzitutto necessario premettere che il fenomeno *de quo* va tenuto distinto dai criteri ex art. 73 T.U.I.R. i quali, mantenendo un carattere strutturale, non hanno tanto la finalità di combattere il fenomeno della residenza fittizia, quanto piuttosto, come anticipato, quella di *definire ex ante* se la persona giuridica in questione sia o meno fiscalmente residente nel territorio dello Stato.

Considerato questo aspetto, è essenziale dare conto del risalente dibattito che ha interessato l'esterovestizione societaria in particolare in

merito agli effetti che potenzialmente possono derivarne sul piano penale, vale a dire in che termini gli indebiti vantaggi fiscali che ne conseguono, al netto delle conseguenze rilevanti sotto il profilo strettamente fiscale, possano integrare le fattispecie di reati di cui al D.lgs. 74/2000,⁶⁹ anche alla luce della nuova nozione di abuso del diritto introdotta nel nostro ordinamento ad opera del D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128.⁷⁰

A tal fine, fondamentale, in quanto ne costituisce il presupposto, è comprendere se il fenomeno dell'esterovestizione sia idoneo essere correttamente ricollegato ad una condotta evasiva ovvero elusiva, dal momento che l'ordinamento giuridico, allo stato dell'arte, ne fa conseguire effetti differenti.

Per l'appunto, come hanno affermato alcuni Autori,⁷¹ evidente almeno sul piano sanzionatorio è la differenza fra l'elusione fiscale e la ben più grave condotta di evasione, alla quale il legislatore replica con il ricorso alle sanzioni penali; al contrario, sul piano concreto ed operativo, i tratti distintivi caratterizzanti le due fattispecie spesso sfumano irrimediabilmente, lasciando all'interprete l'unica certezza di riferimento del dato concettuale.

Invero, i due fenomeni in esame evocano due situazioni profondamente distinte, benché riconducibili ambedue a circostanze patologiche con riferimento alla fattispecie tributaria.

Da un lato, il mancato assolvimento dell'obbligazione tributaria genera l'effetto dell'evasione del tributo,⁷² mentre dall'altro, l'elusione

⁶⁹ Si fa riferimento al D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74: "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'art. 9 della L. 25 giugno 1999, n. 205."

⁷⁰ Recante: "Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente," pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 190 del 18 agosto 2015.

⁷¹ AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria. I reati-Il processo*, Vicenza, 2016.

⁷² P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto un auspicio ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015, 793: «La condotta evasiva, infatti, consiste in un comportamento

fiscale ricorre quando «il contribuente pone in essere atti a contenuto negoziale al fine di ridurre l'ordinario carico tributario secondo uno schema giuridico diverso rispetto a quello assunto a paradigma dalla disciplina normativa».⁷³

Come corollario può evincersi che, nel primo caso, la pretesa impositiva si riferisce a fatti realmente posti in essere, ma occultati al Fisco, diversamente, nel caso di elusione, la pretesa impositiva riguarda fatti che il contribuente non ha posto in essere (e quindi non ha dichiarato), ma che secondo l'Amministrazione avrebbe dovuto compiere, seguendo un "percorso giuridico lineare," fisiologico, al fine di ottenere i medesimi effetti. In un'ottica sistematica, l'elusione occupa una posizione interstiziale fra l'evasione e il legittimo risparmio d'imposta, che si realizza ove il contribuente ponga in essere uno schema negoziale supportato da ragioni economiche extrafiscali che comporta un risparmio d'imposta.⁷⁴

A queste valutazioni si affianca un'ulteriore differenziazione riguardante la natura delle condotte sottese ai due fenomeni: illecita perché antisistemica nel caso di evasione, lecita ma non per questo legittima nel caso di elusione, in quanto preordinata ad un vantaggio non spettante giacché contrario alla *ratio* della norma elusa e, perciò stesso, comunque disapprovata dall'ordinamento.⁷⁵

cosciente e volontario, quindi doloso, posto in essere in contrasto con le disposizioni legislative tributarie a fronte di una pretesa patrimoniale già sorta» .

⁷³ P. BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2016, 254. Si veda anche, *ex multis*, G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, 2003, Padova, 217; P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto.*,: «La dottrina tradizionale ha sempre circoscritto il fenomeno elusivo come una serie di atti o di negozi giuridici, di per sé "leciti," anche tra di loro collegati, volti ad impedire la realizzazione di una fattispecie tributaria impositiva o comunque un risparmio di imposta non vietato dall'ordinamento; e ciò segnatamente attraverso strumenti consentiti sebbene adoperati in contrasto con le proprie finalità» .

⁷⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, X, Milano, 2009, 239.

⁷⁵ F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna Tributaria*, 4/2016, 849.

In questo contesto definitorio, la seppur astratta distinzione, è entrata in forte crisi con l'affermarsi della categoria del c.d. "abuso del diritto," dapprima nel diritto civile⁷⁶ e poi nel diritto tributario, vero e proprio "terreno di elezione"⁷⁷ di questa figura. Elusione ed abuso del diritto sono invero, nozioni correlate: il contribuente non applica il regime fiscale "appropriato," bensì (abusivamente) applica quello più favorevole.⁷⁸

La Cassazione civile è stata la prima a fornirne una definizione compiuta affermando che tale situazione ricorre «quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede [...] al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti».⁷⁹

Fornite tali compiute definizioni, si condivide il dubbio sollevato in dottrina in merito al fatto che, nella volontà di voler circoscrivere definitivamente i limiti della punibilità delle condotte elusive, i Giudici di legittimità abbiano disegnato un perimetro spesso troppo ampio, molto più

⁷⁶ La più antica elaborazione di abuso del diritto è infatti civilistica e non giurisprudenziale o comunitaria. Il divieto di abuso del diritto ha infatti matrice dottrinale, elaborato all'interno del sistema francese a cavallo fra il XIX e il XX secolo, era dotato di una funzione correttiva rispetto ai dogmi napoleonici, al formalismo legale e all'assolutezza dei diritti, sebbene degli antecedenti si possano rintracciare già nel diritto romano e successivamente in quello medievale. Si veda per una più ampia disamina del tema, M. VIETTI- G. TASCA, *Abuso del diritto e di potere*, Roma, 2012; nonché, A. GIOVANNINI, *Il divieto di abuso del diritto in ambito tributario come principio generale dell'ordinamento*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2010, 978.

⁷⁷ AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria. I reati-Il processo*, Vicenza, 2016, 12.

⁷⁸ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, X, Milano, 2009, 240.

⁷⁹ AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria. I reati-Il processo*, Vicenza, 2016, 10. Si veda anche, F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale.*, 839: Il concetto *de quo*, invero, è stato espressamente applicato in materia tributaria grazie al contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in materia di IVA, individuandolo, in linea con quanto asserito in altri settori giuridici, nell'uso distorto delle norme giuridiche, segnatamente finalizzato ad ottenere vantaggi fiscali «la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni». Si rammenta che oggi sostanzialmente non è più ravvisabile una così netta distinzione tra elusione ed abuso del diritto, secondo l'attuale formulazione dell'art. 10-bis della L. 212 del 2000.

esteso rispetto a quello cui lo aveva confinato la dottrina, fino al punto di ricompredervi il fenomeno dell'esterovestizione, oggi pacificamente riconosciuto come una strutturata ipotesi di evasione fiscale.

Difatti, in passato si è incorso in quello che oggi, alla luce del dettato legislativo nonché delle più recenti sentenze in materia,⁸⁰ può qualificarsi come un "errore definitorio" della Corte.⁸¹

Nell'ambito della sentenza n. 7739 del 2012, appunto riguardante un caso di esterovestizione di una società lussemburghese,⁸² gli Ermellini mostrano come il cuore della decisione, e cioè se attribuire o meno rilevanza penale al fenomeno, debba essere vagliato non alla luce del reato di truffa (strada percorsa dalla Pubblica Accusa), bensì alla luce di un diverso reato tributario.⁸³

Sulla scorta del suddetto percorso argomentativo, la Cassazione ha tuttavia ritenuto di dover prima affrontare la tematica della rilevanza penale delle condotte elusive e dell'abuso del diritto (cui si darà più ampio spazio in seguito), come se la questione dell'esterovestizione costituisse una *species* di questo più ampio *genus*, impostazione ulteriormente corroborata dal fatto che i Giudici di legittimità abbiano citato, tra la giurisprudenza a sostegno della rilevanza penale dell'elusione fiscale, propri precedenti riguardanti il diverso tema dell'esterovestizione.⁸⁴

⁸⁰ Cass. Pen., sez. III., 24 ottobre 2014, n. 43809

⁸¹ A. MEREU, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni al margine del caso "Dolce & Gabbana,"* in *Diritto e Pratica Tributaria*, 5/2012, 1035 ss.

⁸² Cass. Pen., 22 novembre 2011, n. 7739: rispondente al ricorso avverso la pronuncia di non luogo a procedere per insussistenza del fatto di reato emessa dal Tribunale di Milano. La Corte di Cassazione ha annullato con rinvio ad altro giudice il proscioglimento nel merito del giudice meneghino.

Per una più attenta disamina del caso, si veda par. 2.2, Cap. II.

⁸³ Cass. Pen., 22 novembre 2011, n. 7739 (punto 6).

⁸⁴ Con riferimento al punto 4.4. della sentenza *de qua*, la Corte menziona le massime (favorevoli alla configurabilità di un illecito penale) relative a: Cass. Pen., sez. III, 18 marzo 2011, n. 26723, c.d. Caso Ledda (pure richiamata al par. 1.3. del Cap. II); Cass. Pen., sez. III, 26 maggio 2010, n. 29724, Catagnara, relativo ad un caso di esterovestizione. La

In altri termini, i Giudici di fronte all'interrogativo in virtù del quale negare rilevanza penale all'elusione fiscale e, nella loro prospettiva, anche ai fenomeni di esterovestizione, tra questi ricompresi, ovvero, all'opposto, affermarla, così da poter punire tali condotte, anche sotto il profilo penale, hanno optato in favore di questa seconda ipotesi.

Pertanto, hanno ritenuto di individuare quali reati riferibili a condotte elusive quello di dichiarazione infedele, ai sensi dell'art. 4,⁸⁵ e quello di omessa dichiarazione, ex art. 5 del D.lgs. 74/2000, di cui era chiamato a rispondere «colui che rivestiva all'interno della società esterovestita le qualifiche funzionali che, in sede tributaria, lo obbligavano alla presentazione della dichiarazione stessa o della dichiarazione non mendace».⁸⁶

Ciò premesso, dunque, sebbene si apprezzi l'intento perseguito in termini di politica criminale, il percorso argomentativo seguito dalla Corte risulta tuttavia erroneo nella parte in cui qualifica l'esterovestizione come fenomeno elusivo, attribuendo così all'elusione fiscale un'ampiezza di

fattispecie concerneva la contestazione del reato di cui all'art. 5 del D.lgs. n. 74/2000 (omessa dichiarazione IVA) con riferimento ad una società avente residenza fiscale all'estero, ma che non possedeva un legame con il territorio di quello Stato, essendo priva di un'organizzazione di uomini e mezzi idonea ad operare in loco in piena autonomia gestionale. La Corte aveva enunciato in proposito il seguente principio di diritto, RV. 248109: «L'obbligo di presentazione della dichiarazione annuale IVA da parte della società avente residenza fiscale all'estero sussiste se questa ha stabile organizzazione in Italia, che ricorre anche quando la società straniera abbia affidato, anche di fatto, la cura dei propri affari in territorio italiano ad altra struttura munita o meno di personalità giuridica, prescindendosi dalla fittizietà o meno dell'attività svolta all'estero dalla società medesima».

⁸⁵ A. MEREU, *Abuso del diritto ed elusione fiscale.*, 1026: descrive come parte della dottrina, a sostegno di una tesi rigorista che favoriva la rilevanza penale delle condotte elusive, affermasse come «gli incerti confini della fattispecie di [dichiarazione infedele] non sono tali da escludere la punibilità del contribuente che, ricorrendo ad operazioni elusive, calcoli e indichi in dichiarazione una base imponibile inferiore a quella che avrebbe invece determinato qualora non avesse fatto ricorso all'elusione; l'opposta dottrina sottolinea che la differenza intercorrente tra elusione ed evasione (penalmente rilevante) è da riscontrare nella fraudolenza e decettività delle condotte» .

⁸⁶ Cass. Pen., 22 novembre 2011, n. 7739, (punto 4.5).

contenuti che non le è propria, stanti i pur astratti limiti concettuali di cui sopra.

L'errore di sorta è ancor più lampante se si prende in considerazione il punto 4.5 della decisione in esame, nell'ambito del quale i Giudici, richiamando la nozione di "imposta evasa"⁸⁷ di cui all'art. 1, lett f), D.lgs. 74/2000, ne estendono i limiti fino ad inglobare anche l'"imposta elusa,"⁸⁸ la quale, come da premessa, fa capo ad un diverso fenomeno: quello dell'elusione fiscale, appunto.

Rispetto alla necessità di intendersi sulla nozione ampia di "imposta evasa," un autore⁸⁹ precisa quanto immediato sia il collegamento intercorrente tra tale concetto e l'essenziale distinzione afferente al diverso bene giuridico tutelato dalle fattispecie di elusione ed evasione;⁹⁰ infatti, in quest'ultima ipotesi, il bene giuridico tutelato è proprio la correttezza e il controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria rispetto a condotte di danno e rispetto ad un credito già dovuto e non invece la semplice corresponsione dell'imposta che potrebbe, appunto inglobare anche l'elusione.⁹¹

⁸⁷ Cass. Pen., 22 novembre 2011, n. 7739, (punto 4.5): i giudici sostengono che la nozione fornita dal legislatore sia oltremodo ampia: «la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine» .

⁸⁸ Secondo i Supremi Giudici, per "imposta elusa" si intende: «il risultato della differenza tra un'imposta effettivamente dovuta, cioè quella della operazione che è stata elusa, e l'imposta dichiarata, cioè quella autoliquidata sull'operazione elusiva».

⁸⁹ G. SALCUNI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: tra offensività e determinatezza*, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2014, 133.

⁹⁰ Per un approfondimento in merito al tema del bene giuridico tutelato dalle fattispecie ascrivibili al nuovo sistema penale tributario, si veda: P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale.*, 794 ss.

⁹¹ P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015, 791 ss.

L'esterovestizione societaria si configura, da ultimo, come un fenomeno di evasione fiscale internazionale, non già di elusione- abuso del diritto, consistente, come diffusamente trattato nel Capitolo I, in un fenomeno dissociativo tra residenza formale e residenza sostanziale.

In quest'ottica, il fenomeno è idoneo ad integrare un illecito penale, sotto il profilo del reato di infedele dichiarazione, ai sensi dell'art. 4,⁹² e di omessa dichiarazione,⁹³ previsto dall'art. 5⁹⁴ del D.lgs. 74/2000,⁹⁵ connotati dal dolo specifico di evasione, in virtù della recente intervenuta riforma.⁹⁶

⁹² Art. 4. (Dichiarazione infedele): «1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3, è punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti, quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro centocinquantamila; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi inesistenti, è superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, è superiore a euro tre milioni.1-bis. Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali. 1-ter. Fuori dei casi di cui al comma 1-bis, non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lettere a) e b)».

⁹³ AA. VV., *Reati tributari e sistema normativo europeo. La riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, Milano, 2017, 83: prima che il legislatore enucleasse un chiaro concetto di condotta elusiva-abusiva, giungendo a delinearne definitivamente i contorni fino ad allora sfumati, alla condotta dell'esterovestito, pur inquadrata come elusione, poteva conseguire pacificamente anche il reato di infedele dichiarazione ai sensi dell'art. 4 del D.lgs. 74/2000, come difatti avviene nella sent. n. 7739/2012 (prima sentenza D&G).

⁹⁴ Art. 5. (Omessa dichiarazione) «1. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila. 1-bis. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque non presenta, essendovi obbligato, la dichiarazione di sostituto d'imposta, quando l'ammontare delle ritenute non versate è superiore ad euro cinquantamila. 2. Ai fini della disposizione prevista dai commi 1 e 1-bis non si considera omessa la dichiarazione

2. La sanzionabilità delle condotte elusive

Le difficoltà che dottrina e giurisprudenza hanno fronteggiato con riguardo alla categorizzazione dell'esterovestizione, risultano, però, massimamente avvertite nel momento in cui entrambe si trovano a dover fare i conti con il problema dell'elusione fiscale nella prospettiva di un intervento conciliativo dei principi chiave dell'ordinamento con le esigenze più pratiche, di carattere finanziario.

Si è posto, pertanto, il problema di valutare se e quali conseguenze sanzionatorie debbano essere ricollegate ad una sua eventuale verifica.

Imprescindibile punto di partenza, per procedere in una simile analisi, appare la considerazione di come le questioni inerenti al fenomeno elusivo abbiano lungamente diviso gli interpreti: tra di essi, difatti, è invalso un notevole disaccordo, non solo sulla corretta definizione concettuale dello stesso, ma anche sulla sua esatta collocazione dogmatica (non sussisteva

presentata entro novanta giorni dalla scadenza del termine o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto».

⁹⁵ A. DI AMATO, *La rilevanza penalistica dell'elusione fiscale*, in *I reati tributari*, Padova, 2002, 567; nello stesso senso, F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale.*, 840: prima del 1990, sono state considerate dalla dottrina e dalla giurisprudenza illecite fiscalmente solo quelle operazioni elusive previste come tali e perciò vietate da una singola norma; fuori da questi casi, l'elusione è stata ritenuta generalmente non illecita, ergo fiscalmente efficace ed opponibile al Fisco.

⁹⁶ Sulla funzione tipizzante del dolo specifico in materia penaltributaria, nel senso di comunicare alla struttura del fatto una proiezione teleologica, necessaria per integrarne la tipicità, si veda, G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, A. GIOVANNINI, A. DI MARTINO, E. MARZADORI (a cura di), Milano, 2016, 1019 ss.: «Tuttavia, finanche nel contesto della riforma penale tributaria, l'adozione di un modello di repressione penale non vincolato all'accertamento dell'evasione in concreto realizzata, ha determinato il consequenziale spostamento della soglia di rilevanza penale sul versante del pericolo astratto, sì da concentrare- almeno parzialmente- la funzione selettiva della fattispecie incriminatrice non già sulla "tipicità offensiva" della condotta, bensì sul dolo specifico di evasione [...]. Si è così ritenuto di "salvare" la tenuta del principio di offensività attraverso una caratterizzazione teleologica della fattispecie oggettiva, incentrata su una "condotta oggettivamente idonea" ad attingere la lesione dell'interesse dello Stato alla percezione del tributo» .

infatti, uniformità di vedute circa la sua qualificazione come illecito fiscale o meno) e, conseguentemente, sulla tipologia di reazione da approntare per prevenirlo.

Non appare, del resto, un caso se, fino all'emanazione del già menzionato D.lgs. 128/2015, il legislatore non abbia mai esplicitamente provveduto a ricollegare una conseguenza sanzionatoria al verificarsi di un simile fenomeno, limitandosi, invece, a prevedere come, al ricorrere di determinati presupposti, fosse possibile, per l'amministrazione fiscale, disconoscere i vantaggi tributari indebiti, conseguiti dal contribuente.

A differenza del caso dell'evasione fiscale, dunque, nel caso delle condotte elusive, gli interpreti si sono trovati, per lungo tempo, ad essere completamente privi di validi appigli dai quali poter desumere, con ragionevole margine di certezza, l'illiceità o meno delle condotte in questione. E se, da ultimo, l'entrata in vigore del già menzionato d.lgs. 128/2015 parrebbe avere definitivamente risolto simili questioni interpretative, rimane comunque vero che, nel periodo di inerzia legislativa, siano effettivamente emerse discutibili soluzioni pratiche, che devono, a questo punto, fungere da monito duraturo per il legislatore e per tutti coloro i quali ritengono che siano oramai maturati i tempi per addivenirsi ad un ripensamento definitivo della rigida tripartizione tra i Poteri dello Stato.

Ciò in quanto, nelle more dell'intervento legislativo, è accaduto che una parte della giurisprudenza, preoccupata dall'esigenza di fare fronte al disavanzo delle finanze statali e sollecitata dai mutamenti nel frattempo intervenuti all'interno del contesto comunitario, valutasse la percorribilità di soluzioni alternative a quella legislativa, mutuando, da altri settori dell'ordinamento, esperienze e strumenti idonei al contrasto delle pratiche elusive più dannose.

Un simile modo di agire, tuttavia, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, oltre ad aver prodotto l'emersione di uno strumento antielusivo di creazione giurisprudenziale (la

clausola antiabusiva fondata sull'art. 53 della Costituzione), ha dato seguito a situazioni paradossali, connotate da caratteristiche assai poco compatibili con i principi che dovrebbero invece regolare l'utilizzo degli strumenti sanzionatori.

Risulta di conseguenza utile, in questa sede, dare conto degli elementi caratterizzanti il procedimento che ha condotto ad un simile risultato.

3. Condotte elusive: la disciplina previgente ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973.

Prima che la nozione di abuso del diritto cominciasse a profilarsi, oltre che nel panorama dell'illecito tributario, anche in quello penale, in dottrina si distingueva tra elusione fiscale lecita ed illecita: la prima si prospettava in assenza di una norma generale idonea a vietarla, la seconda, invece, ricorreva quando tale condotta fosse entrata in contrasto con una specifica norma antielusiva.

Invero, nell'ambito dell'ordinamento tributario, è solo dal 1990 che il legislatore ha tentato di creare una generale norma anti-elusione che rispondesse alla finalità di coprire gli interstizi del sistema i quali non permettevano una specifica protezione normativa in questo senso.

Tuttavia, tale operazione, seppur lodevole nelle intenzioni, ha sin da subito mostrato cotanta ambiguità ed incompletezza nella sua formulazione, da rendere quanto mai insoddisfacente lo specifico intervento normativo, cui è seguita, ben sette anni dopo, l'introduzione dell'art 37-bis nel D.P.R. 600/1973.

3.1. Il dato letterale dell'art. 37-bis.

La norma in parola si presentava come una sorta di sintesi tra il precedente art. 10 (dal quale traeva il principio delle valide ragioni economiche e l'elencazione analitica delle operazioni sospette) ed i numerosi progetti di legge che si erano succeduti nel tempo (dai quali ereditava, invece, l'aspirazione alla creazione di una clausola generale, trasfusa nei primi due commi).

Per di più, pur definendo espressamente i caratteri che avrebbe dovuto assumere il comportamento elusivo, adducendo quindi una più completa definizione di elusione fiscale illegittima,⁹⁷ la disposizione in parola, ha a sua volta limitato il potere di accertamento dell'Amministrazione finanziaria: da una parte, in quanto era stata collocata in un corpo normativo relativo all'accertamento delle imposte sui redditi e, dall'altra, essendo stato il campo di applicazione della norma circoscritto alle sole operazioni espressamente indicate⁹⁸ nel suo terzo comma,⁹⁹ con

⁹⁷ Definizione contenuta nei primi due commi della norma in esame con la quale il legislatore statuisce per l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria degli «atti, fatti e 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;» prevedendo di conseguenza che «L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione».

⁹⁸ Della tassatività della norma in commento, riferisce la Suprema Corte al punto 4.2 della già richiamata sent. 7739/12: l'art. 37-bis «elimina il riferimento ad operazioni poste in essere "fraudolentemente," ma continua ad elencare tassativamente le operazioni alle quali è collegato il disconoscimento dei vantaggi fiscali, elenco che il legislatore nel tempo ha ampliato, ogni volta che dalla prassi emergevano nuovi e non previsti meccanismi elusivi».

⁹⁹ Per ragioni di pertinenza, ci si limita a citare solo i primi tre degli otto commi della norma in esame: «1. Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria 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

l'esito di imbrigliare definitivamente l'interprete nelle maglie del dettato normativo. Tale aspetto rappresentava il più evidente segno di continuità con il modello normativo precedente, facendo in modo che anche l'art. 37-bis rimanesse null'altro che una "clausola antielusiva ad effetto speciale".¹⁰⁰ L'icastico potenziale determinativo della norma, infatti, si trovava ad essere, ancora una volta, disinnescato dalla presenza di un'elencazione tassativa, che la rendeva applicabile soltanto ai casi indicati e manteneva la nuova disposizione sospesa tra il desiderio (inappagato) di generalità e l'innegabile specialità impostagli dal limitato ambito applicativo.

rimborsi, altrimenti indebiti. 2. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione. 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società; f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c -quinqies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917; f-bis) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi. f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea; f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell' articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale» .

¹⁰⁰ G. MARONGIU - A. MARCHESELLI, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013, 30.

Infatti, come segnalato dalla dottrina più accorta,¹⁰¹ a partire dalla sua entrata in vigore, il comma 3 ha generato un grande *vulnus* che tuttavia sarebbe stato più agevolmente aggirato se si fosse riconosciuto il carattere meramente esemplificativo dei casi previsti dalla disposizione, cui sarebbe conseguito l'applicabilità del principio anti-elusivo al di là dei negozi menzionati e le fattispecie espressamente previste dalla legge.¹⁰²

3.2. La reazione dell'ordinamento facoltizzata dall'art. 37-bis

All'individuazione di un comportamento elusivo, l'art. 37-bis ricollegava una reazione articolata in due diversi momenti: in primo luogo, veniva in rilievo l'inopponibilità dei comportamenti elusivi, cui faceva seguito, in un secondo momento, il disconoscimento degli indebiti vantaggi acquisiti dal contribuente, mediante “il pagamento delle imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione”.

L'Amministrazione finanziaria, dunque, aveva il potere di paralizzare gli effetti determinati dall'utilizzo di uno strumento negoziale ritenuto elusivo: un simile potere, tuttavia, non passava per il completo smantellamento della validità dell'atto giuridico, ma si concretizzava nella mera paralizzazione di alcuni degli effetti prodotti dall'atto in questione. A

¹⁰¹ G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2016, 710.

¹⁰² Peraltro, con tale approdo, si sarebbe altresì ottenuto il risultato di applicare in ogni ipotesi di elusione e in ogni settore dell'ordinamento tributario le garanzie di contraddittorio, motivatorie, riscossive, etc., previste dall'art 37-bis (apparentemente) per le sole fattispecie del comma 3.

differenza delle patologie negoziali della nullità e dell'annullabilità, infatti, il rimedio dell'inopponibilità non andava a colpire l'attitudine del negozio giuridico a produrre effetti validi da un punto di vista civilistico, ma risultava esclusivamente diretto a caducare le conseguenze fiscali che, fino a quel punto, il negozio era stato in grado di determinare.¹⁰³

Il motivo per cui il legislatore aveva deciso di optare per una simile scelta risultava ben evidente. Il sistema fiscale, infatti, viveva (e vive tuttora) principalmente dell'attività negoziale dei suoi consociati, la cui tassazione rappresenta una fonte primaria di gettito: preservare la validità degli atti giuridici in cui tale attività negoziale si sostanzia, pertanto, rappresentava, a ben vedere, una scelta realmente necessitata.¹⁰⁴

L'inopponibilità del negozio elusivo, però, non esauriva il novero delle conseguenze che l'art. 37-bis ricollegava all'avvenuto accertamento di una condotta elusiva.

Invero, in considerazione del fatto che il mero disconoscimento dei vantaggi tributari indebitamente conseguiti dal contribuente, non sarebbe apparso, da solo, realmente adatto a disincentivare il soggetto passivo dalla realizzazione di condotte elusive, l'art. 37-bis delineava una speciale conformazione del potere impositivo dell'Amministrazione finanziaria, attribuendo agli uffici del Fisco la facoltà di procedere alla tassazione di un atto mai realizzato ed applicando alla situazione sostanziale venutasi a determinare una norma la cui fattispecie legale non si era invece mai perfezionata dal punto di vista formale, sostituendo in questo modo all'essere giuridico, storicamente verificatosi, un "dover essere" che non aveva, invece, mai avuto luogo.¹⁰⁵

Sulla base di questi rilievi, emerge dirompente la rigidità dello strumento antielusivo, peraltro, maggiormente accentuata dalla fisiologica

¹⁰³ P. BORIA, *Diritto Tributario*, Torino, 2016, 256 ss

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ E. DE MITA, *Fisco e costituzione*, Milano, 2009, 258.

incapacità della norma di prevedere tutte le possibili evoluzioni della realtà fenomenica che si trovava chiamata a disciplinare, limite che, se da una parte accomuna l'intero intento di positivizzazione legislativa, dall'altra, si fa ancor più evidente in un contesto quale il diritto tributario, caratterizzato da incessanti mutamenti fattuali e, di conseguenza, normativi.

4. La vis espansiva dell'art. 37-bis nell'ermeneutica giurisprudenziale: la costituzionalizzazione del principio anti-abuso.

La considerazione della scarsa duttilità applicativa dell'art. 37-bis, tuttavia, non si è rivelata da sola capace, per lunghissimo tempo, di convincere il legislatore della necessità di affiancare alla disposizione legislativa speciale anche una clausola antielusiva di carattere generale. Una simile soluzione, al contrario, è stata, nel corso degli anni, più volte osteggiata ed, in generale, ignorata dal legislatore fiscale, lasciando che l'Amministrazione finanziaria e la giurisprudenza si trovassero, nella realtà operativa, sprovviste di uno strumento che avrebbe consentito loro di fare fronte alle sempre maggiori richieste di gettito, provenienti dall'apparato statale.

A fronte dell'incertezza di questa situazione, si è rivelata ardita la reazione dei Giudici di legittimità i quali, dinanzi alla lettera dell'art. 37-bis hanno propeso per una sua lettura in chiave estensiva e teleologica, negando il carattere della legittimità *de plano* a quelle operazioni non annoverate dal comma 3, per le quali non esisteva una specifica disciplina antielusione.

In altri termini, la giurisprudenza ha conferito alla norma una portata applicativa maggiore,¹⁰⁶ mossa dalla volontà di salvaguardare gli interessi

¹⁰⁶ P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015, 797.

erariali, spingendosi fino a ricomprendere quelle operazioni assoggettabili ad imposte armonizzate, alle quali si debbono applicare in prima battuta i principi di matrice comunitaria ed, in particolare, il principio generale antiabuso, sancito dalla Corte di Giustizia, nell'ambito della celeberrima sentenza *Halifax*,¹⁰⁷ già proclamato dall'art. 54 della Carta di Nizza.

La CGE, pronunciandosi sul tema¹⁰⁸, ha individuato gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto in ambito fiscale (successivamente mutuati dal legislatore nazionale),¹⁰⁹ riassumibili nei seguenti termini: a) il contrasto

¹⁰⁷ Corte Giust., causa C-255/02, 21 febbraio 2006; nello stesso senso, Corte Giust., causa C-36/96, 12 maggio 1998. In dottrina si veda, ex multis, P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto e fiscalità nella giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Rivista di diritto finanziario*, 6/2009, 369 ss.

La sentenza *Halifax* rappresenta una fondamentale pronuncia in materia di IVA nella quale si afferma che l'abuso viene a configurarsi quando «lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale» e che (punto 64) «i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle norme comunitarie», cui viene quindi riconosciuta la portata di principio generale di diritto comunitario.

¹⁰⁸ Si rileva che, da molto prima di concludere nei termini della pronuncia *Halifax*, la CGE aveva esaminato la nozione di abuso del diritto in relazione a due tipi di contesto: il primo, inerente ai casi in cui si invocano abusivamente le disposizioni del diritto europeo per evadere la normativa nazionale; il secondo, quando si invocano, sempre abusivamente, le disposizioni di diritto europeo per conseguire benefici che contrastino con gli scopi e le finalità delle suddette disposizioni. Più restrittiva, rispetto all'assunto cui è pervenuta nel caso *Halifax*, è stata la nozione di abuso del diritto fornita dalla CGE nell'ambito del caso *Cadbury Schweppes*, causa C-196-04, nella quale vengono considerati abusivi i soli comportamenti caratterizzati dalla realizzazione di situazioni create artificialmente con l'unico scopo di ottenere un vantaggio fiscale.

¹⁰⁹ In assenza di una clausola anti-elusiva generica nel nostro ordinamento, le Sezioni Unite della Cassazione, con le sentenze nn. 30055, 30056, 30057 del 2008 ne hanno sancito l'esistenza, individuando «la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, [...] 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 Cost., comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., comma 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi», *cit.* 407; in queste pronunce l'abuso è definito con le seguenti testuali parole: «consiste in un principio generale valevole per l'intero sistema tributario, avente lo scopo di precludere al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuto mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni

tra le condotte poste in essere e il diritto comunitario; b) il vantaggio fiscale non altrimenti conseguibile; c) il fine primario del beneficiario impositivo privo di altre valide ragioni economiche.

È con riguardo agli indici *testé* richiamati che nel contesto europeo la giurisprudenza ha sancito il principio in virtù del quale non si riconosce alcuna necessità di intervento con una sanzione penale ma, diversamente, a fronte di un certo disvalore della condotta, si prescrive il disconoscimento dei vantaggi fiscali ottenuti: «a fronte di un vantaggio fiscale ottenuto in contrapposizione con l'obiettivo perseguito dalle norme in materia, l'ordinamento nazionale dovrebbe rispondere imponendone la perdita, senza che tuttavia venga irrogata alcuna sanzione penale».¹¹⁰

In conclusione, una volta recepito il principio anti-abuso, ancorato all'art. 53 Cost.,¹¹¹ la Corte di legittimità ha nei fatti abbattuto il vincolo di tassatività di cui era espressione l'art. 37-bis, che in questo modo è stato trasformato in una clausola generale anti-abuso.¹¹²

economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici». RV. 605850.

¹¹⁰ P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015, 798.

¹¹¹ I giudici di legittimità, in altre parole, avevano riconfermato l'esistenza di una clausola generale da adoperare in funzione antielusiva, ma ne avevano radicato il fondamento direttamente nell'ordinamento nazionale, espungendo così ogni richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Era stato cioè operato quello che alcuni autori hanno prontamente identificato come lo "svezzamento della clausola generale antielusiva dalle fonti comunitarie", così: A. LOVISOLO, *L'art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva e il ruolo delle valide ragioni economiche tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2009, 230 cit.

¹¹² Parte della dottrina ha profondamente criticato questa soluzione giurisprudenziale, descrivendola come "una distorsione delle norme", una mera "petizione di principio", non adeguatamente dimostrata; come scrive, G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto*, 712: «questa dottrina, rigogliosamente fiorita e coltivata in specie intorno agli anni 40 del secolo scorso, [Cfr. B. Griziotti, A. Hensel, E. Vanoni, D. Jarach, M.S. Giannini, etc.] ha segnalato che l'interpretazione antielusiva delle norme tributarie sostanziali e di esenzione riposa unicamente sul rispetto rigoroso del principio costituzionale di uguaglianza oggi codificato all'art. 3 Cost.» .

In particolare, con le due sentenze richiamate in nota, e con numerose successive pronunce dello stesso tenore, la Cassazione è giunta ad applicare alle operazioni assoggettabili ad imposte non armonizzate il principio generale anti-abuso, ricavandolo dall'art. 53 Cost., sul presupposto che l'art. 37-bis non rappresentasse l'unica fonte normativa del divieto dell'abuso del diritto, ma appunto, integrasse una mera parziale espressione dell'immanente principio di capacità contributiva avente generale ed indiscriminata applicazione.¹¹³

Da questa consolidata posizione della Suprema Corte, fondata, come anticipato, sulla non autonomia precettiva dell'art. 37-bis, ha preso le distanze una pronuncia della stessa Cassazione con riferimento alla costruzione giuridica del presupposto che ha consentito la costituzionalizzazione dell'art. 37-bis.

In particolare, con la sentenza n. 27087 del 19 dicembre 2014,¹¹⁴ i Giudici di legittimità, ponendosi in aperta contraddizione rispetto all'orientamento dominante, sono tornati ad attribuire ai primi due commi dell'art. 37-bis un'autonoma portata precettiva e, al contempo, al compimento delle operazioni annoverate al comma 3, la funzione di condizione di applicabilità dei primi due.¹¹⁵

Inoltre, sottoposto al vaglio critico della dottrina, l'orientamento in questione ha suscitato severo disappunto anche con riguardo all'effetto integrante l'estensione applicativa della clausola generale.

A tal proposito, un orientamento dottrinale,¹¹⁶ criticando aspramente la *vis* espansiva di quest'ermeneutica, arriva a qualificarla come pura

¹¹³ F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna Tributaria*, 4/2016, 845.

¹¹⁴ Nello stesso senso si esprimono altre due successive pronunce di analogo tenore della Cass., nn. 405 e 24024 del 2015.

¹¹⁵ F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna Tributaria*, 4/2016, 845.

¹¹⁶ G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2016, 710.

“inventiva acrobatica,” a fronte della chiarezza e dell'intelligibilità caratterizzanti l'art 37-bis.

Altri,¹¹⁷ condividendo sostanzialmente la suesposta linea di pensiero, hanno rilevato che l'orientamento della Corte giungeva addirittura a contrastare con gli intendimenti del legislatore il quale avrebbe voluto circoscrivere l'ambito di operatività dell'art. 37-bis, norma generale ancorché a spettro applicativo limitato, ad un determinato settore impositivo e ad un certo numero di operazioni imponibili nell'ambito di un contemperamento tra opposti interessi.

Pertanto, l'orientamento della Corte ne avrebbe sostanzialmente trasfigurato la portata, rendendo la disposizione in esame una sorta di “norma speciale” a fronte di un principio generale di derivazione costituzionale¹¹⁸.

A queste fondate valutazioni se ne affiancano di diverse, imputabili ad altra parte della dottrina la quale ha evidenziato come il portato di codesta operazione giurisprudenziale abbia sortito in ambito nazionale l'effetto di allargare le maglie repressive in chiave analogica e in *malam partem*, convertendo l'elusione ex art. 37-bis in una delle modalità di esercizio abusivo di un diritto astrattamente configurabile in un comportamento evasivo penalmente rilevante¹¹⁹.

Di fatti, è stato osservato che il più grave errore derivante dall'abuso del diritto di matrice pretoria «è consistito nella commistione tra l'abuso come interpretazione anti-elusiva e l'abuso come condotta evasiva interamente costruita con strumenti simulatori e finzionistici», cui è conseguito che in molteplici pronunce fossero inglobati nel fenomeno dell'

¹¹⁷ P. RUSSO, *Profili storici e sistema in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2016, 4 ss.

¹¹⁸ P. RUSSO, *Profili storici e sistema.*, 5.

¹¹⁹ E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2012, 170 ss.

abuso condotte di pura o aggravata evasione, generandosi una simbiosi tra condotte ingannatorie e comportamenti di carattere elusivo¹²⁰.

Fermo restando quanto considerato poc'anzi, si ritiene opportuno riferire di certa dottrina che, non senza lumeggiare su alcune incongruenze riscontratesi nell'ambito dell'autorevole soluzione sposata dagli Ermellini, in definitiva, la riscatta magistralmente, offrendone una valutazione, tutto sommato, positiva.

In particolare, prendendo le mosse dall'assunto per cui il compito della giurisprudenza consista talvolta anche nel forzare il dato normativo, attraverso un'attività propulsiva che rimedi all'anacronismo¹²¹ legislativo, dà conto di come nel caso di specie l'orientamento giurisprudenziale *de quo*, abbia tempestivamente intercettato il clima socio-politico di quegli anni,¹²² in modo da spostare il punto di equilibrio tra interesse privato ed interesse pubblico a favore del secondo, da un lato, e contestualmente dall'altro, costituire «una spinta meritoria e decisiva nei confronti del legislatore inerte,»¹²³ affinché giungesse a disciplinare espressamente l'abuso del diritto, come di fatti è avvenuto in occasione della recente riforma tributaria.

¹²⁰ G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto.*, 712.

¹²¹ Ossia il compito di adeguare l'ordinamento giuridico al mutato contesto socio-politico ad esso sotteso, senza i ritardi che spesso ne accompagnano l'evoluzione.

¹²² Nel periodo successivo al 1997 (epoca in cui è stato introdotto l'art. 37-bis) è maturato nella nostra società un profondo cambiamento ideologico che ha avuto l'esito di sensibilizzare maggiormente la consapevolezza della società civile in ordine alla percezione dell'importanza rivestita dal corretto adempimento delle obbligazioni tributarie. Si tratta, infatti, di doveri inderogabili riconducibili ad imperativi di solidarietà politica, economica e sociale contemplati dall'art. 2 Cost., il cui adempimento permette allo Stato e agli altri enti pubblici impositori di conseguire il più efficientemente possibile il loro obiettivo: perseguire l'uguaglianza sotto il profilo sostanziale, conclamata dall'art. 3.2 Cost.

¹²³ P. RUSSO, *Profili storici e sistema.*, 5.

4.1. Il dibattito sulla rilevanza penale delle condotte elusive al cospetto dell'indeterminatezza dell'art 37-bis.

Descritto nei suddetti termini il dato letterale dell'art. 37-bis ed illustratane la portata applicativa, resta da affrontare la questione relativa alla sanzionabilità penale delle condotte elusive, che è stata al centro di un acceso dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.

La dottrina, in particolare quella penalistica, si è confrontata lungamente in merito ad opposte posizioni invalse tra i maggiori studiosi del tema, sulla base delle quali sono germinati i due seguenti, contrastanti orientamenti.

La tesi rigorista, da un lato, sostenuta da una dottrina autorevole, benché minoritaria,¹²⁴ dalla Guardia di Finanza¹²⁵ e, sporadicamente,¹²⁶ anche dalla giurisprudenza, ha affermato che il risultato di una condotta elusiva poteva senza dubbio «coincidere con l'indicazione di elementi attivi inferiori a quelli effettivi o all'indicazione di costi che altrimenti non sarebbero emersi e che, proprio per questo, devono essere considerati fittizi».¹²⁷

Tale visione si fondava sul riconoscimento dell'art 37-bis quale disposizione avente “natura sostanziale”, espressione di un divieto già censurato in ambito tributario, con il quale poi combinare i concetti

¹²⁴ F. GALLO, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rassegna tributaria*, 4/2001, 321.

¹²⁵ Circ. della Guardia di Finanza n. 1 del 2008, in *www.Ilfisco.it* (24 luglio 2017).

¹²⁶ A titolo esemplificativo, Cass., sez. II pen., 14 marzo 2012, n. 7739; Cass., 18 marzo 2011, n. 6723; Cass 26 maggio 2010, n. 29724, riguardante un caso di esterovestizione.

¹²⁷ A. MEREU, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni al margine del caso “Dolce & Gabbana,”* in *Diritto e Pratica Tributaria*, 5/2012, 1017.

penalistici presenti nel sistema del D.lgs. n. 74 del 2000, quali “imposta evasa”¹²⁸ o “indicazione di elementi passivi fittizi.”¹²⁹

Da ciò, tuttavia, discendeva la tanto immediata, quanto rischiosa, conseguenza di ricondurre nell’alveo dell’evasione fiscale svariate condotte elusive contro l’espressa volontà del legislatore, il quale aveva sancito, per le operazioni annoverate nella clausola anti-elusiva, la sanzione della mera inopponibilità.¹³⁰

Per quanto abbia suscitato curiosità ed interesse, la prospettiva *testé* riportata si è rivelata carente nel considerare diversi profili con riferimento all’ art. 37-bis: segnatamente, innanzi tutto, ha mostrato di eludere l’ immanente forza del principio di tassatività, come sotto-canone del principio di legalità.¹³¹

Invero, la positivizzazione dell’elusione fiscale in una norma non certo dettagliata, quale quella *de qua*, ha evidenziato un dato fondamentale legato all’ insanabile contraddizione tra l’ “atipicità” dell’ istituto in esame ed, invece, la necessaria “tipicità” dell’ illecito penale.

¹²⁸ Si veda in merito, A. CARINCI, *Elusione tributaria, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015, 785; G. M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale, quale rilevanza penale?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 4/2011, 186: fa leva sulla valutazione per la quale le condotte elusive possano, in base alle concrete modalità di realizzazione, rientrare nella sfera applicativa degli art. 4 (reato di “Dichiarazione infedele”) e 5 (reato di “Omessa dichiarazione”) del D.lgs. 74/2000, poiché il risparmio d’imposta così ottenuto avrebbe configurato un’ “imposta evasa,” concetto presente all’interno dell’art. 1 (oggi art. 1, let. f) del predetto decreto, interpretato secondo una logica estensiva. Rispetto alla nozione ampia di “imposta evasa,” è possibile affermare che la norma si riferisca esclusivamente all’imposta “dovuta,” dal momento che l’imposta elusa non è dovuta bensì, semmai, soltanto pretesa dall’Amministrazione finanziaria.

¹²⁹ F. GALLO, *Rilevanza penale dell’elusione.*, 326.

¹³⁰ Già la CGE, nell’ambito della sentenza *Halifax*, aveva affermato, ribadendo la *ratio* dell’ art. 37-bis, che l’inopponibilità all’Amministrazione rappresentava adeguata risposta rispetto alle condotte elusive/abusive.

¹³¹ A. CARINCI, *Elusione tributaria.*, 785.

In generale, infatti, come osserva un'accreditata dottrina,¹³² «il principio di legalità sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza, se la legge che eleva a reato un dato fatto lo configurasse in termini così generici da non lasciar individuare con sufficiente precisione il comportamento pienamente sanzionato».

Dunque, sulla scorta di queste premesse, spetta al legislatore il dovere di procedere secondo una precisa determinazione delle fattispecie legali, affinché risulti tassativamente previsto dalla legge ciò che è penalmente rilevante e ciò che invece è lecito, anche al fine di garantire maggiore certezza giuridica.

Svolte queste considerazioni, sono condivisibili le ragioni che hanno condotto eccellente dottrina¹³³ a dubitare circa il rispetto del principio di legalità sotto il profilo della tassatività con riguardo alla formulazione, dai contorni sfumati, della clausola anti-elusiva. In seguito al riconoscimento della diretta applicabilità del principio antiabusivo all'interno dell'ordinamento nazionale, del resto, pareva essere divenuta proprio la difesa dei principi di tassatività e determinatezza una delle maggiori preoccupazioni della dottrina penalistica, allarmata, evidentemente, dai possibili risvolti che, il portato delle statuizioni civili,¹³⁴ avrebbe potuto determinare anche nell'ambito della materia penale.

¹³² In merito, *ex multis*, si veda, G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 76 ss.: «appartiene alla stessa ragione ispiratrice del principio di legalità l'esigenza della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale». F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2008, 50: «il perno su cui ruota la concezione formale di reato è la fattispecie legale o tipica, che costituisce l'approdo del principio illuministico-liberale del *nullum crimen sine lege* ed è lo strumento tecnico attraverso cui vengono soddisfatte le esigenze garantiste di certezza giuridica e di difesa contro l'arbitrio giudiziario proprio di tale principio».

¹³³ F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, 421.

¹³⁴ Si fa riferimento alle seguenti pronunce: Cass., sez. trib., 26 ottobre 2005, n. 20816, in *Rivista di diritto tributario*, 2006, 690 ss.; Cass., sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932, in *Giurisprudenza tributaria*, 2006: la Corte di Cassazione aveva in un primo momento dichiarato la nullità dei contratti (per carenza di causa) in cui s'erano sostanziate

In particolare, la descrizione della condotta elusiva enucleata nell'art. 37-bis, con riferimento ad uno o più atti o negozi¹³⁵ «collegati tra loro» posti in essere «in assenza di valide ragioni economiche»¹³⁶ secondo uno schema di «aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario», al fine di ottenere attenuazioni d'imposta o rimborsi in realtà indebiti, infatti, non risulta evidentemente ossequioso dei parametri della

le condotte elusive. Successivamente, i Giudici di legittimità erano passati ad affermare la diretta applicabilità, nell'ordinamento tributario interno, del principio di abuso del diritto riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria: Cass., sez. trib., 29 aprile 2006, n. 21221, in *Diritto e pratica tributaria*, 2007, 723 ss.; Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, 448 ss; Cass., sez. trib., 21 aprile 2008, n. 10257, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, 448 ss.

¹³⁵ P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale.*, 806: l'individuazione della responsabilità penale con riferimenti a dati puramente oggettivi, comporterebbe un appiattimento del principio di colpevolezza, dedotto automaticamente dal semplice utilizzo di atti o di negozi in chiave elusiva. Secondo l'autore, si tratterebbe non solo di un ritorno alla responsabilità oggettiva (prima dell'interpretazione fornita dalla Corte Cost. nella sentenza 364 del 1988), ma di una «totale negazione del principio di offensività e tipicità, dacché il comportamento verrebbe rinvenuto *in re ipsa* nell'utilizzo di schemi negoziali privi di "valide ragioni economiche"».

¹³⁶ Sul punto si veda, F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto*, 438. R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna tributaria*, 1997, 1100: ritiene che l'art. 37- bis si sarebbe riferito a risparmi d'imposta patologici, intendendo colpire solo gli "stratagemmi" ed è solo in simili circostanze che sarebbero state necessarie le valide ragioni economiche «grazie alle quali anche scappatoie e stratagemmi possono diventare inaccettabili al fisco». Nello stesso senso e per approfondire circa gli effetti anche sul piano processuale, P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale.*, 805 ss.: «L'indeterminatezza del concetto di "valide ragioni economiche" trascende il contesto del diritto per inserirsi nel sistema economico, di difficile interpretazione in sede giurisdizionale. Questo concetto non è per nulla in grado di definire *ex ante*- e quindi in conformità col principio di legalità e di tassatività- quali possano essere i criteri, le modalità o persino le singole operazioni economiche idonee ad assumere un'identità lecita e prescindere da una norma penale che disponga espressamente i confini tra valida ed invalida ragione economica». Inoltre, ciò significherebbe impedire la realizzazione del diritto di libertà d'impresa e di iniziativa economica, compressi a favore della ragion fiscale, attraverso lo strumento della sanzione penale. L'esercizio dei predetti diritti trova un limite, a riguardo, unicamente quando sia strumentale esclusivamente alla creazione di un danno patrimoniale per il fisco, cagionato mediante frode o condotte illecite già tipizzate dal legislatore. Il risultato di una diversa interpretazione condurrebbe a convertire il diritto penale di matrice liberale in un sistema giuridico asservito alle ragioni del fisco e, per questo, non più governato dal principio di tipicità.

sufficiente determinatezza e della tassatività caratterizzanti la fattispecie penale.

Sulla base di queste valutazioni, si è osservato¹³⁷ come l'art. 37-bis sottendesse un'interpretazione di natura analogica con riferimento alle condotte elusive "atipiche" per le quali imponeva il disconoscimento dei vantaggi tributari conseguiti tramite la condotta elusiva, applicando però il più oneroso regime fiscale, proprio dell'operazione elusiva "tipica."

In aggiunta, il *deficit* di tassatività esercitava un'influenza anche sulla colpevolezza dell'agente, in quanto, infliggere a questi una pena per condotte elusive, sostanziosamente l'elusione nell'«approfittamento da parte del contribuente delle maglie lasciate aperte dalla lettera della legge, legge che [in questo modo] è disallineata rispetto al suo spirito», equivarrebbe ad imporgli l'onere di individuare lo spirito della legge e, di più, di salvaguardarlo, nelle veci di un legislatore, poco solerte, o che abbia deliberatamente deciso di non legiferare sul punto.

Stante le innumerevoli critiche (di cui si è solo in parte dato contezza) che hanno interessato la tesi rigorista, non stupisce che se ne sia sviluppata una opposta, la quale, invece, ha attirato innumerevoli consensi.

La tesi dell'irrilevanza penale delle condotte elusive è stata infatti asseverata dalla dottrina maggioritaria, cui hanno dato adito numerose pronunce della Corte di legittimità,¹³⁸ la quale, ancorché per un certo

¹³⁷ AA.VV., *La nuova giustizia penale tributaria. I reati-Il processo*, Vicenza, 2016, 290.

¹³⁸ A titolo esemplificativo, Cass., sez. V pen., 6 settembre 2013, n. 36859, riguardante le vicende del c. d. "Gruppo Mythos," nella quale si afferma l'irrilevanza penale delle condotte elusive, ponendosi in sonora distonia con la già annotata pronuncia relativa al c.d. "Caso D&G", Cass., n. 7739/2012: la quale aveva appunto statuito a favore della responsabilità penale per "elusione" in materia tributaria. Nello stesso senso, Cass., sez III pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809.

periodo si sia dimostrata ondivaga sul punto,¹³⁹ oggi folce quest'ultimo orientamento in materia.

A proposito, per completezza, si ritiene conveniente riferire di alcune pronunce di notevole portata in materia, alle quali si deve, per una consistente parte, il significativo sviluppo del dibattito in parola .

Agli inizi del 2010 la giurisprudenza penale, aveva concluso il suo *iter* decisorio in merito al noto “Caso Ledda”¹⁴⁰ argomentando circa la possibile rilevanza penale dell'elusione: la condotta elusiva, infatti, veniva ritenuta idonea ad integrare alcuni tra i reati fiscali disciplinati dal D.lgs.74/2000 e, segnatamente, quello di dichiarazione infedele e omessa dichiarazione. Si ritiene opportuno evidenziare come questa pronuncia non

¹³⁹ P. RUSSO, *Profili storici e sistema.*, 13: prima di approdare a questa definitiva posizione la Suprema Corte ha, da parte sua, in un primo tempo assunto una posizione negativa circa la sanzionabilità delle condotte elusive e, solo successivamente, mutato orientamento: «ha per un verso, ritenuto senz'altro applicabili le sanzioni amministrative e, per l'altro e quanto alle sanzioni penali, distinto tra le fattispecie perseguibili [sotto il profilo elusivo] con l'art. 37-bis e quelle riconducibili invece sotto l'egida del principio generale [di abuso del diritto], per giungere a ritenere irrogabili le sanzioni medesime nella prima ipotesi ma non nella seconda» . L'autore mostra di non condividere la distinzione in parola in quanto ritiene che, sostanzandosi i principi in norme senza disposizione, tra quello di abuso del diritto e la norma anti-elusiva integrata dall'art. 37-bis, non vi sia fondamentalmente differenza alcuna, soprattutto se la distanza tra uno e l'altro si misura con la cifra degli effetti: «le conseguenze si risolvono pur sempre in una prestazione patrimoniale soggetta alla riserva di legge dell'art. 23 Cost. » .

¹⁴⁰ Cass., pen., Sez. III, 18 marzo 2011, n. 26723, (in tema di sequestro preventivo per equivalente), Ledda, RV. 250958: «Il reato di cui all'art 4 del D.lgs. 74/2000 è configurabile anche in presenza di una condotta elusiva rientrante tra quelle previste dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, quando tale condotta, risolvendosi in atti e negozi non opponibili all'Amministrazione finanziaria, comporti una dichiarazione infedele per la mancata esposizione degli elementi attivi nel loro effettivo ammontare».

Nello stesso senso si è espressa Cass., sez V, 9 settembre 2013, n. 36894: in modo lineare, il Giudice di legittimità ha confermato la sussistenza del *fumus* di reato, sostenendo che «nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindere da specifiche norme, così come, invece, ritenuto dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte (Sez. Un., n. 30055 del 23 dicembre 2008), mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte elusive che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva» .

In senso analogo anche, Cass., sez V 23 maggio 2013, n. 8797, in *Diritto & Giustizia*, (27 luglio 2017).

abbia affermato esplicitamente la rilevanza penale dell'elusione, in quanto non attinente al merito della condotta, bensì si sia arrestata nel ravvisare l'esistenza, seppur "fumosa", di una possibile integrazione di reato fiscale.¹⁴¹

Successivamente, con la sentenza del 16 gennaio 2013, n. 36859,¹⁴² gli Ermellini hanno segnato un'inversione di rotta rispetto al precedentemente consolidato indirizzo, restituendo così dignità al principio di legalità sotto il profilo della tassatività¹⁴³ e mostrando, al contempo, di cogliere l'intento innovatore della Legge delega n. 23 del 2014.¹⁴⁴

In particolare, con questo intento affermano che «per aversi sanzioni penali, occorrono previsioni esplicite, indicative della volontà del legislatore

¹⁴¹ La Suprema Corte, trattandosi di un giudizio di fase cautelare, non giudica in merito all'integrazione effettiva del reato ex art.4 del D.lgs 74/2000, limitandosi altresì ad accertare la presenza di un *fumus* di reato. Il giudice, infatti, stabilisce che il *fumus* sia ravvisabile, in quanto il reato contestato non richiede la fraudolenza ma una mera infedeltà, attraverso, ad esempio, l'imputazione di elementi attivi inferiori a quelli effettivi.

¹⁴² Si tratta della, già richiamata in nota, pronuncia relativa al "Gruppo Mythos" definito già nell'ambito di primo grado, come «realità imprenditoriale [...] avente quale oggetto principale l'attività finanziaria di compravendita di partecipazioni e predisposizione di prodotti fiscali per l'impresa». Il Gruppo Mythos avrebbe costituito una struttura volta alla commissione di una pluralità di reati fiscali. Le operazioni al Gruppo ascrivibili vengono ricondotte dai giudici di primo grado allo schema del c.d. *dividend washing* e del c.d. *management fees*, ovvero a una serie collegata di negozi giuridici volti esclusivamente a consentire l'abbattimento del carico fiscale a favore dei clienti del gruppo.

¹⁴³ A *contrariis*, il principio di tassatività e determinatezza era stato ritenuto formalmente e sostanzialmente rispettato dai Giudici Supremi nelle pronunce che avevano propeso per la rilevanza penale delle condotte elusive: così, Cass., pen., Sez. II, 28 febbraio 2012, n. 7739; Cass., pen., Sez. III, 6 marzo 2013, n. 19100, in *Dejure*, (c.d. Caso Raoul Bova, si veda punto 5 delle motivazioni): la sentenza è stata commentata da A. PERINI, *La "società non necessaria" come nuova frontiera dell'elusione fiscale penalmente rilevante?*, in *Rivista di diritto tributario*, 4/2013, III, 68 ss.; L.TROYER- A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 2081 ss.

¹⁴⁴ Ci si riferisce alla L. 11 marzo 2014, n. 23, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 12 marzo 2014, la quale ha delegato il Governo ad emanare disposizioni «per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita»: per una più approfondita disamina in merito alle finalità della summenzionata legge delega, si segnala, G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, A. GIOVANNINI- A. DI MARTINO- E. MARZADORI (a cura di), Milano, 2016, 1060 ss.

di apprestare, dinanzi all'ipotizzata violazione di qualsivoglia norma, tributaria o meno, la tutela di maggior rigore».

Nelle motivazioni della summenzionata decisione, i Giudici della Terza Sezione, prendendo le mosse dalle ragioni di politica criminale sottese al D.lgs. 74/2000, finalizzate a punire non tanto il mancato versamento, quanto invece il potenziale effetto lesivo insito nella presentazione di dichiarazioni mendaci, considerato che il bene giuridico¹⁴⁵ tutelato dalle ipotesi di reato contenute nel decreto è rinvenibile nell'interesse dello Stato a non vedersi spogliato fraudolentemente di un proprio attributo patrimoniale, ritengono che ad assumere rilievo penale sia «ogni condotta decettiva,¹⁴⁶ cioè fondata sulla falsa rappresentazione di una realtà».¹⁴⁷

Per chiarire, a parere dei Giudici di legittimità, le operazioni di “retrocessione dei dividendi” (c.d. *dividend washing*), evocate e sostenute nella costruzione accusatoria a carico del Gruppo Mythos, appaiono prive di un substrato economico reale ed è questo l'elemento decisivo in cui ravvisare rilevanza penale.

Essenzialmente, ciò che rileva per i Supremi Giudici al fine di negare la rilevanza penale ad una determinata condotta elusiva è «la realtà e

¹⁴⁵ G. DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale. “Funzioni e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in E. DOLCINI- C. E. PAGLIARO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 944 ss., evidenzia come l'attribuzione della rilevanza penale alle pratiche elusive rappresenti una concreta manifestazione della costruzione del bene giuridico, realizzata attraverso la sua declinazione in formule vacue o strumentali.

¹⁴⁶ G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, in Trattato di diritto sanzionatorio tributario, A. GIOVANNINI- A. DI MARTINO- E. MARZADORI (a cura di), Milano, 2016, 1029: il più intenso disvalore attribuito alla connotazione decettiva dell'elemento oggettivo del reato, conduce alla conseguenza di «escludere la sanzionabilità penale, ex art. 3, D.lgs. N. 74/2000, di fattispecie concrete fondate sulla creazione di una realtà negoziale fittizia, preordinata all'aggiramento della fattispecie imponibile tributaria».

¹⁴⁷ Per un approfondimento in merito alla sent. n. 36859/2013 relativa al Gruppo Mythos, si segnala la nota a sentenza, L. TROYER- S- CAVALLINI, *Elusione, progressione criminosa e specialità: due passi avanti e uno” a lato” su tre topi in materia penaltributaria*, in www.penalecontemporaneo.it, (26 luglio 2017).

non la mera fittizietà dell'operazione economica: in altri termini, il negozio giuridico deve includere un sostrato economico effettivo del tutto reale».

«In questo senso, dunque, uno schema negoziale elusivo, caratterizzato dalla trasparenza e dalla veridicità dei dati, non dovrebbe essere sottoposto in alcun modo ad una sanzione penale, peraltro non prevista dal nostro ordinamento, dato che l'operazione economica prodotta sarebbe comunque esistente, pienamente reale e riscontrabile». ¹⁴⁸

In definitiva, è possibile qualificare la pronuncia *de qua* come una vera e propria “frattura” nell'allora granitico orientamento giurisprudenziale che si esprimeva in senso favorevole con riguardo all'estensione della fattispecie di dichiarazione infedele alle condotte di elusione fiscale previste da specifiche norme antielusive: indubbiamente, in questo senso ha fornito una spinta propulsiva per una prospettiva legislativa *de jure condendo*.

4.2. Il caso “Dolce & Gabbana”: i limiti alla rilevanza penale delle condotte elusive come sanciti dalla Suprema Corte.

Dopo aver offerto al lettore il panorama essenziale delle statuizioni giurisprudenziali più significative che hanno contrassegnato gli opposti indirizzi con riguardo al tema della rilevanza penale delle condotte elusive, in questa sezione dell'elaborato si intende completare il quadro, già complesso, attraverso una riflessione sulla sentenza della Corte di legittimità n. 43809 del 2014 che sugella quel caso noto ai più come “Caso Dolce & Gabbana”, dal nome dei due stilisti italiani coinvolti, proprietari dell'omonima *maison* di moda.

¹⁴⁸ P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale.*, 790 ss.

A ben vedere, le osservazioni dei Giudici in merito all'elusione fiscale presentano una rilevanza solo indiretta per la decisione del caso, ma sono utili per far conoscere la posizione della Suprema Corte con riguardo ad una tra le più complesse e discusse tematiche del diritto penaltributario, in un'ottica di uniformità interpretativa *pro futuro*.¹⁴⁹

In particolare con la sentenza in parola, la Corte di Cassazione ha provveduto a risolvere definitivamente il controverso caso che le aveva dato modo, qualche anno prima¹⁵⁰, di riconoscere la possibile rilevanza penale delle condotte elusive. Chiamati a pronunciarsi sulla medesima vicenda dalla quale erano già scaturite le condanne del Tribunale¹⁵¹ e della Corte d'Appello di Milano¹⁵² per il reato di omessa dichiarazione ex art. 5 d.lgs. 74/2000, con riferimento alla presunta realizzazione di un'operazione di esterovestizione societaria, i giudici di legittimità hanno, in altre parole, colto l'occasione per sancire il loro mutato sentimento interpretativo. Si osserva, incidentalmete, che il deposito delle motivazioni della sentenza è avvenuto successivamente all'entrata in vigore dei nuovi decreti attuativi della delega fiscale¹⁵³ (ed a ciò è probabilmente dovuto il lungo intervallo di tempo trascorso dalla data di udienza, del 24 ottobre 2014, a quella di deposito, avvenuto il 30 ottobre 2015).

Entrando nel merito delle considerazioni in diritto, gli aspetti che, concorrono a rendere la sentenza in oggetto realmente meritevole di una particolare attenzione riguardano l'enunciazione di principi generali che, anteposti dai giudici alle questioni di natura sostanziale, dimostrano in maniera inconfutabile la loro intenzione di dare effettivamente corso all'inversione di rotta interpretativa cui si faceva riferimento poc'anzi.

¹⁴⁹ Cass., sez. III pen., 24 ottobre 2014, n. 43809, (punto 14.8).

¹⁵⁰ Cass., sez. II pen, 28 febbraio 2012, n. 7739.

¹⁵¹ Tribunale di Milano, 19 giugno 2013, n. 7777.

¹⁵² Corte d'Appello di Milano, 30 aprile 2014, n. 3534.

¹⁵⁵ Si veda Cap II, par. 3.

Dunque, il punto di partenza dal quale germinano, tutte le successive enunciazioni deve essere conseguentemente individuato nella basilare, quanto rivoluzionaria affermazione di come «il diritto penale tributario si caratterizza per la sua specialità, che gli deriva dalla particolare materia che ne costituisce l'oggetto, ma resta pur sempre diritto penale, diritto cioè dei comportamenti ritenuti lesivi di beni giuridici o di valori ad essa preesistenti, non diritto degli atti o degli interessi regolati dalle norme tributarie e certamente non dell'obbligazione tributaria.»¹⁵⁴

Dalla constatazione, cioè, di come il diritto penale continui a rivestire pur sempre natura autonoma rispetto a tutte le altre branche del diritto, i giudici lasciano poi dipanare una durissima critica nei confronti degli orientamenti giurisprudenziali pregressi: essi si trovano, in altre parole, a rilevare come «il diritto penale tributario non fornisce l'armamentario necessario a reprimere la violazione degli obblighi tributari altrove disciplinati. Non v'è dubbio che il comune oggetto di tutela sia il dovere di concorrere alle spese pubbliche, previsto dall'art. 53 Cost., quale specifica articolazione del più generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., ma tale tutela non viene penalmente perseguita in modo indiretto, sanzionando puramente e semplicemente gli obblighi tributari altrove disciplinati nell' *an*, nel *quomodo* e nel *quando*. Al legislatore penale tributario non sta a cuore il recupero del gettito fiscale evaso, nè il corretto adempimento dell'obbligazione tributaria, ma esclusivamente la rieducazione dell'autore della lesione del bene giuridico protetto, che costituisce lo scopo essenziale della sanzione penale (art. 27 Cost.)».¹⁵⁵

La peculiarità della materia penale implica quindi, secondo la nuova prospettazione della Suprema Corte, una necessaria «lettura «autonoma» delle norme penali tributarie, secondo i canoni interpretativi che

¹⁵⁴ Cass., pen., sez III, 24 ottobre 2024, n. 42809, (punto 14.1 ss.) .

¹⁵⁵ *Ibidem*, (punto 14.4)

l'inviolabilità del bene potenzialmente a rischio impongono (i soli casi e modi previsti dalla legge - *scilicet* penale - entrata in vigore prima del fatto commesso). Il disvalore espresso dalla condotta penalmente sanzionata deve essere individuato esclusivamente all'interno della norma che la descrive che deve essere a sua volta applicata in conformità ai principi di stretta legalità, tassatività e determinatezza che governano l'interpretazione della legge penale, rifuggendo pertanto dalle sempre possibili suggestioni che il comune oggetto della materia trattata può comportare e che possono determinare il rischio sia di non ammesse interpretazioni analogiche che di scorciatoie probatorie volte ad attrarre nella fattispecie penale la pura e semplice constatazione dell'inadempimento dell'obbligo tributario che la norma stessa non ritiene sufficiente ai fini della punibilità dell'autore»¹⁵⁶.

Dimostrando di accogliere le osservazioni di una citata dottrina, ribadito, pertanto, come il diritto penale non possa che continuare a gravitare attorno ai principi di legalità ed ai suoi corollari di tassatività e determinatezza, che ne vanno a disegnare l'asse primario di rotazione, i Giudici di legittimità procedono poi a specificare quali siano stati, in concreto, gli errori interpretativi che hanno reso inaccettabili le conclusioni raggiunte dal precedente orientamento giurisprudenziale.

Viene cioè espressamente specificato come «la presenza nella fattispecie penale di elementi normativi altrove disciplinati non può rappresentare la falla attraverso la quale il travaso di istituti giuridici di altri rami del diritto possa geneticamente mutare la norma penale. Gli elementi normativi della fattispecie sono parte integrante di una norma che ha ad oggetto, come detto, i comportamenti e dunque la persona prima di tutto e persegue interessi diversi da quelli disciplinati dalla fonte di appartenenza».¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Ibidem*, (punti 14.5 ss.)

¹⁵⁷ *Ibidem* (punto 14.7).

Applicando così i necessari correttivi alla valutazione delle condotte elusive ex art. 37-bis del D.P.R. 600/73, i giudici arrivano conseguentemente a concludere che queste «non solo non esauriscono il disvalore dell'illecito tributario penalmente sanzionato, ma non estendono ad esse nemmeno la tipicità delle singole fattispecie incriminatrici che devono invece rimanere saldamente ancorate alle condotte tassativamente e specificamente previste per ciascuno reato. La condotta elusiva, in buona sostanza, non è di per sé penalmente sanzionata e non legittima interpretazioni estensive della fattispecie penale, né l'adozione di criteri di accertamento del reato che attingano a piene mani alle presunzioni (semplici) tributarie»¹⁵⁸.

In sostanza, l'esito della prima parte della motivazione, ricalcando quello che sarebbe stato il dettato del D.lgs. 128/2015, enuclea il concetto dell'irrelevanza penale delle condotte abusive e compie un ulteriore e conclusivo passaggio che definisce i contorni delle fattispecie antielusive.

I giudici, infatti, rilevano come «le disposizioni antielusive hanno rilevanza in sede penale esclusivamente quali norme che concorrono a definire, sul piano oggettivo, alcuni degli elementi normativi della fattispecie: l' "imposta effettivamente dovuta" e/o gli "elementi attivi o passivi". La volontaria elusione dell'imposta effettivamente dovuta, pertanto, si traduce, sul piano penale, nella consapevolezza di alcuni degli elementi costitutivi del reato e non è pertanto sufficiente a integrare il fine di evasione, che quella consapevolezza presuppone. Altrimenti ragionando si corre il rischio di identificare il dolo specifico di evasione con la pura e semplice constatazione della assenza di una valida ragione economica dell'operazione elusiva e del risultato ottenuto (l'indebita riduzione o rimborso di imposta). Un'operazione dogmaticamente errata che trasformerebbe il dolo specifico di evasione nella generica volontà di

¹⁵⁸ *Ibidem*, (punto 14.8)

dichiarare al Fisco un'imposta inferiore a quella dovuta (o di non dichiararla affatto) nella consapevolezza della natura elusiva dell'operazione utilizzata per indicare elementi passivi inferiori a quelli effettivi o elementi passivi fittizi»¹⁵⁹.

Tale constatazione spinge la Suprema Corte a specificare ulteriormente che, se il fine esclusivo di conseguire un vantaggio fiscale può valere a qualificare l'operazione come elusiva (e dunque a definire l' *an* e il *quantum* dell'imposta effettivamente dovuta e non dichiarata), non è di per sé sufficiente a dimostrare il dolo di evasione, soprattutto quando l'operazione economica sia reale ed effettiva»¹⁶⁰.

Rilevato, così, come in materia fiscale sia proprio il dolo d'evasione ad esprimere l'autentico disvalore della condotta rimproverata al contribuente e che, a differenza che per gli omologhi illeciti amministrativi, sia proprio un simile scopo a colorare di ragionevolezza la reazione punitiva dello Stato, i giudici concludono la propria motivazione statuendo che «in nessun caso le condotte elusive possono avere di per sé rilevanza penale, estendendo il fatto tipico oltre i confini tassativamente determinati»¹⁶¹.

In conclusione, la perentorietà di una simile affermazione, finisce così per porre una pietra tombale su di una questione che nel corso dell'ultimo decennio aveva a più riprese infiammato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dando vita, talvolta, a posizioni interpretative che parevano situarsi le une agli antipodi delle altre.

L'intervento del legislatore, sebbene tardivo, richiesto a gran voce dalla dottrina, prima, e poi anche dalla giurisprudenza, è riuscito a sanare il conflitto tra le due categorie, obbligando entrambe a confrontarsi con una disciplina legislativa chiara ed univoca.

¹⁵⁹ *Ibidem*, (punto 17.6 ss.)

¹⁶⁰ *Ibidem*, (punto 17.19)

¹⁶¹ *Ibidem*, (punto 17.21).

5. Considerazioni conclusive.

A suggellare quanto detto fin qui, si ritiene conveniente enfatizzare un dato: le questioni che sono state oggetto di trattazione, ad onor del vero, pur caratterizzando per lungo tempo un acceso dibattito, non sono dipese unicamente dalle scelte interpretative da parte della giurisprudenza, ma sono venute soprattutto a prodursi in conseguenza della prolungata inerzia del legislatore(cui si è accennato poc'anzi).

Questi, non provvedendo a dotare i giudici di uno strumento ritenuto essenziale, li aveva infatti determinati a subentrare nella propria funzione, dando vita alla clausola antiabusiva.

Non può, invero, essere taciuto come, una volta maturata la definitiva coscienza della rilevanza dell'istituto antiabusivo, il legislatore fiscale avrebbe ben potuto disciplinarlo, prevedendo un sistema di garanzie che si rivelassero idonee non solo ad assicurare la tutela del contribuente, ma che fossero anche soddisfattive delle esigenze statali di gettito. La sua colpevole assenza, invece, ha contribuito a fare in modo che emergesse una norma pretoria, non scritta, che finisse poi per prendere il posto anche della specifica disposizione di legge,¹⁶² generando notevoli problemi ricollegati all'evidente carenza di una disciplina certa.

La formulazione di una norma antielusiva efficace, del resto, è una questione con la quale il legislatore si è dovuto confrontare per lungo tempo, senza peraltro essere mai riuscito a fornirne una soluzione compiuta, realmente adeguata. Tanto la norma di cui all'art. 10 l. n. 408/1990,¹⁶³

¹⁶² F. TUNDO, *Illegittimo il diritto al contraddittorio nell'accertamento antielusivo per disparità con l'abuso del diritto?*, in *Corriere tributario*, 2014, 29 ss.

¹⁶³ Si veda Cap. II, par. 2.2.

quanto la successiva disposizione di cui all'art. 37-bis D.P.R. 600/73¹⁶⁴, infatti, si sono rivelate scarsamente idonee ad arginare le numerose tipologie di operazioni elusive poste in essere dai contribuenti, soprattutto in ragione del fatto che l'elencazione esaustiva cui entrambe rimanevano vincolate non gli ha consentito di tenere il passo con l'inventiva degli operatori economici.

Anche per questo motivo, ancor prima dell'emersione della clausola antiabusiva di matrice giurisprudenziale, in Parlamento sono state avanzate tre differenti proposte di legge, volte a riscrivere la norma di cui all'art. 37-bis, nella prospettiva di un maggiore adeguamento al contrasto delle condotte abusive, e di permettere, al contempo, ai contribuenti di soddisfare le proprie esigenze di tutela rispetto alla necessità di poter pianificare le proprie operazioni economiche con certezza.¹⁶⁵

In definitiva, secondo uno spirito di più razionale condivisione, la *querelle* di cui si è avuto modo di riferire,¹⁶⁶ si è sopita in termini di un minor rigore ed in favore di una tanto auspicata, maggiore certezza del diritto, trovando una compiuta soluzione nel dettato del D.lgs. n. 128 del 2015 cui si darà di seguito più ampio spazio.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Il riferimento va: alla proposta di legge di iniziativa del deputato LEO, presentata il 18 giugno 2009 alla Camera dei Deputati, con atto n.2521 ed avente ad oggetto una "Modifica dell'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, concernente il contrasto dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto in materia tributaria"; alla proposta di legge di iniziativa dei deputati STRIZZOLO, CICCUIZZO e FOGLIARDI, presentata il 2 luglio 2009 alla Camera dei Deputati, con atto n. 2578 ed avente a oggetto "Modifiche all'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, concernente il contrasto dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto in materia tributaria"; e Proposta di legge d'iniziativa del deputato JANNONE presentata il 23 settembre 2009 alla Camera dei Deputati, con atto n. 2709 ed avente ad oggetto "Modifiche all'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, in materia di contrasto dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto in materia tributaria". E' stata inibita l'approvazione definitiva delle suddette proposte di legge in ragione della caduta del governo allora presieduto dal Pres. Monti.

¹⁶⁶ Si veda Cap II, par. 3.

Nell'ambito della XVII legislatura, infatti, con la legge 11 marzo 2014, n. 23, il Parlamento ha conferito al Governo una delega per la realizzazione di un sistema fiscale più equo, trasparente ed orientato alla crescita.¹⁶⁷

Nella stessa, il legislatore ha statuito per “l'irrelevanza penale dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale” e, contestualmente, per una, oggi attuata, revisione del sistema sanzionatorio penale «secondo i criteri di predeterminazione e proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti», nell'ambito del quale l'applicazione del reato tributario deve esclusivamente rivolgersi ai comportamenti «fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e utilizzo di documentazione fiscale falsa» .

¹⁶⁷ G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima*

Capitolo III

SOMMARIO: 1. Introduzione dell'art 10-bis nella L. 212/2000: la nuova disciplina in materia di abuso- 2. Evoluzione della disciplina alla luce del D.lgs. 128\2015: le criticità riscontrate in dottrina.- 3.. Ermeneutica giurisprudenziale a seguito della riforma: i limiti all'efficacia dell'art. 10-bis.

1. Introduzione dell'art 10-bis nella L. 212/2000: la nuova disciplina in materia di abuso.

Con specifico riferimento al contrasto delle condotte abusive, l'art. 5 della legge delega 11 marzo 2014, n. 23 ha fissato, in maniera puntuale, i criteri¹⁶⁸

codificazione, in Rivista di diritto tributario, 6/2016, 712.

¹⁶⁸ L'art. 5 prevedeva, nello specifico, che il Governo dovesse: a) definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione; b) garantire la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale e, a tal fine: 1) considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa rilevante dell'operazione abusiva; 2) escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali; stabilire che costituiscono ragioni extrafiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione, ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente; c) prevedere l'inopponibilità degli strumenti giuridici di cui alla lettera a) all'amministrazione finanziaria e il conseguente potere della stessa di disconoscere il relativo risparmio di imposta; d) disciplinare il regime della prova ponendo a carico dell'amministrazione finanziaria l'onere di dimostrare il disegno abusivo e le eventuali modalità di manipolazione e di alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, nonché la loro mancata conformità a una normale logica di mercato, prevedendo, invece, che gravi sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali alternative o concorrenti che giustificano il ricorso a tali strumenti; e) prevedere una formale e puntuale individuazione della condotta abusiva nella motivazione dell'accertamento fiscale, a pena di nullità dell'accertamento stesso; f) prevedere specifiche

in base ai quali il legislatore delegato avrebbe poi dovuto procedere alla revisione delle disposizioni antielusive, unificandole alla clausola antiabusiva di matrice giurisprudenziale e tenendo specificamente conto della raccomandazione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012¹⁶⁹.

regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'amministrazione finanziaria e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento tributario.

¹⁶⁹ L'intera definizione di cui all'art. 10-bis l. n. 212/2000 realizza le indicazioni contenute nella Raccomandazione. Con riferimento alla norma generale antiabuso, la Raccomandazione prevedeva che «4.1. Per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme nazionali specifiche intese a combattere l'elusione fiscale, gli Stati membri dovrebbero adottare una norma generale antiabuso adattata alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all'Unione e alle situazioni che coinvolgono paesi terzi. 4.2. Per dare effetto al punto 4.1 gli Stati membri sono incoraggiati ad inserire la seguente clausola nella legislazione nazionale: "Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro "sostanza economica". 4.3. Ai fini del punto 4.2 per "costruzione" si intende una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno o un evento. Una costruzione può comprendere più di una misura o di una parte. 4.4. Ai fini del punto 4.2 una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale. Per determinare se la costruzione o la serie di costruzioni è artificiosa, le autorità nazionali sono invitate a valutare se presenta una o più delle seguenti situazioni: (a) la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme; (b) la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale; (c) la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente; (d) le operazioni concluse sono di natura circolare; (e) la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa; (f) le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali. 4.5. Ai fini del punto 4.2, la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili. 4.6. Ai fini del punto 4.2, una data finalità deve essere considerata fondamentale se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembra per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso. 4.7. Nel determinare se una costruzione

A conclusione di un lungo periodo di gestazione, il Governo ha dunque approvato il decreto legislativo n. 128,¹⁷⁰ recante «Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente»,¹⁷¹ pubblicandolo successivamente sulla Gazzetta Ufficiale n. 190 del 18 agosto 2015 (con effetti decorrenti, pertanto, dal 2 settembre 2015).

Con il provvedimento in questione, il legislatore delegato ha fatto confluire l'intera materia oggetto di riforma all'interno del nuovo art. 10-bis della l. n. 212/2000 (lo Statuto del Contribuente), provvedendo alla contestuale abrogazione del precedente art. 37-bis del D.P.R. 600/73¹⁷².

Tale scelta, lungi dall'apparire casuale, è stata invece volta a conferire al nuovo istituto una valenza generalizzata. Come descritto nella stessa Relazione illustrativa, infatti, «l'inserimento di questa disciplina nell'ambito dello Statuto del Contribuente conferisce a essa la forza di principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi, com'è stato più volte riconosciuto dalla Corte di Cassazione relativamente alle altre disposizioni contenute nello Statuto¹⁷³».

o una serie di costruzioni artificiose ha comportato un vantaggio fiscale di cui al punto 4.2, le autorità nazionali sono invitate a confrontare l'importo dell'imposta dovuta dal contribuente, tenendo conto della o delle costruzioni, con l'importo che lo stesso contribuente dovrebbe versare nelle stesse circostanze in assenza della o delle costruzioni. In tale contesto è utile esaminare se si verifica una o più delle seguenti situazioni: (a) un importo non è compreso nella base imponibile; (b) il contribuente beneficia di una detrazione; (c) vi è una perdita a fini fiscali; (d) non è dovuta alcuna ritenuta alla fonte; (e) l'imposta estera è compensata».

¹⁷⁰ Con la legge delega 23/2014, il Governo ha varato una complessiva riforma del sistema penal-tributario attraverso i D. lgs 128 e 158 del 2015: nella loro complementarità i due interventi legislativi promettono significativi riflessi sulla materia dell'abuso del diritto.

¹⁷¹ Come precisato nella stessa Relazione illustrativa allo schema di decreto del successivo d.lgs. 128/2015, l'obiettivo perseguito dal Legislatore è stato quello «di dare maggiore certezza al quadro normativo in tema di elusione-abuso del diritto, di evitare che gli uffici esercitino i loro poteri di accertamento senza precise linee guida limitandosi a invocare il principio generale antiabuso e, soprattutto, di sganciare la dimostrazione della sussistenza della sostanza economica delle operazioni dalla sfera dei motivi della condotta, oggettivizzandola nel senso dell'effettività».

¹⁷² AA.VV., *La nuova giustizia penale tributaria. I reati-Il processo*, Vicenza, 2016, 35.

¹⁷³ Relazione illustrativa allo schema di decreto.

Rispondendo, dunque, alle indicazioni ricevute dalla legge delega, il Legislatore ha introdotto un istituto che, dando unificazione ai concetti di elusione e di abuso del diritto (ora¹⁷⁴ equipollenti e fungibili, come messo in evidenza dalla stessa rubrica dell'art. 10-bis), risulta applicabile a tutte le tipologie di tributi e, dunque, sia a quelle armonizzate - per le quali l'abuso trova fondamento nei principi dell'ordinamento dell'Unione europea - sia a quelle non armonizzate - per le quali, invece, il fondamento è stato individuato dalla Corte di Cassazione nel principio costituzionale della capacità contributiva. La nuova disciplina dell'abuso del diritto, in definitiva, si applica adesso tanto alle imposte sui redditi, quanto alle imposte indirette, con la sola eccezione della disciplina speciale prevista per i tributi doganali¹⁷⁵.

Oltre a tale profilo, il legislatore, nel novellare la disciplina di contrasto alle operazioni elusive/abusive, è intervenuto su tre differenti aspetti:¹⁷⁶ quello definitorio, dando vita ad una clausola generale che si pone come una sorta di sintesi tra la norma legislativa previgente e quella di matrice giurisprudenziale; quello procedimentale, risolvendo i problemi che si erano creati in conseguenza della divergente procedura di contestazione delle operazioni elusive ed abusive; e quello degli effetti giuridici, specificando quali sono le conseguenze che si devono ricollegare all'accertamento di una pratica elusiva/abusiva.

Tuttavia si avverte che in questa sede ci si limiterà alla trattazione unicamente al primo e al terzo aspetto, lasciando da parte quello relativo all'aspetto procedimentale, per quanto, appaia comunque doveroso insignire di merito il legislatore il quale, con buona pace della dottrina, da questo

¹⁷⁴ Sulla base delle definizioni offerte al lettore nel Cap I, si comprende come prima dell'equiparazione dei due concetti, abuso del diritto ed elusione fiscale stavano reciprocamente in un rapporto di *genus a species*.

¹⁷⁵ AA.VV., *La nuova giustizia penale tributaria*, 37.

¹⁷⁶ M. BEGHIN, *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in *Il Fisco*, 2015, 2207 ss.

punto di vista, è intervenuto positivamente approntando un sistema di regole che si prefigge lo scopo di garantire al contribuente un pieno esercizio del proprio diritto di difesa.

Per quanto riguarda il piano dei contenuti, il legislatore ha generato una nozione di abuso che appare ben meno ampia rispetto a quelle che erano state precedentemente approntate sia dall'art. 37-bis del D.P.R. 600/73, sia dalla progressiva elaborazione teorica della giurisprudenza di legittimità. L'attuale definizione di condotta abusiva, infatti, risulta ora strutturata come una specie di clessidra cioè dalla forma molto ampia nella parte superiore, poiché riferibile, in maniera inequivoca, a tutte le tipologie d'imposta diverse dai tributi doganali, altrettanto ampia in quella inferiore, in conseguenza della cancellazione dell'elencazione di operazioni sindacabili di cui all'abrogato art. 37-bis del D.P.R. 600/73, ma molto ristretta al centro, per via di elementi costitutivi specificamente tipizzati, che dovrebbero bilanciare, nelle intenzioni del legislatore, il carattere di generalità assunto dalla nuova clausola antiabusiva/ antielusiva¹⁷⁷.

Nello specifico, il primo comma dell'art. 10-bis individua come condotte abusive le «operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti».

Gli elementi costitutivi che si desumono da tale definizione risultano, pertanto, sostanzialmente tre: a) la mancanza di sostanza economica dell'operazione effettuata; b) l'ottenimento di un vantaggio fiscale indebito; e c) l'essenzialità del vantaggio fiscale nell'equilibrio generale dell'operazione realizzata.

Per meglio chiarire il significato dei primi due elementi, il secondo comma dell'art. 10-bis precisa che «si considerano: a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati,

¹⁷⁷ *Ibidem*, 2208.

inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato¹⁷⁸; b) vantaggi fiscali indebiti¹⁷⁹, i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario».

Pertanto, mentre il carattere indebito dei vantaggi fiscali viene ad essere parametrato sulle precipue finalità delle norme tributarie venute in rilievo o sui principi generali dell'ordinamento tributario, la sostanza economica dell'operazione, risulta, dunque, caratterizzata in termini di coerenza tra le forme concretamente impiegate dal contribuente e gli obiettivi che egli intendeva raggiungere mediante l'utilizzo delle stesse,

¹⁷⁸ G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2016, 722: specifica che «In questa parte, l'assenza di sostanza economica sembra coincidere con il concetto di antieconomicità delineato dalla giurisprudenza in contesti diversi da quelli dell'abuso di diritto. [...] La formula dell'antieconomicità non serve a provare l'esistenza dell'evasione né quella dell'abuso del diritto. Usata come criterio autosufficiente ed automatico, è solo un *escamotage* per creare gettito nei controlli fiscali, ossia una materia imponibile che non c'è. Impiegata con accortezza ed equilibrio, può costituire un indizio segnaletico nei singoli casi. [...] Ciò, in definitiva, è da intendere nel senso che è un grave errore considerare abusivi gli atti che, in conflitto con normali logiche di mercato (vale a dire economiche ed imprenditoriali), sottraggono materia imponibile all'imposizione. Questi fenomeni appartengono a ben vedere al comparto dell'evasione, non a quello dell'abuso del diritto». L'autore conclude affermando che «catalogare nel fenomeno dell'abuso operazioni contrarie a normali logiche di mercato, vale a dire antieconomiche, costituisce un errore ingiustificato. In tal caso, infatti, non si versa nel campo dell'abuso ma in quello della sottrazione di materia imponibile a mezzo di strumenti più o meno finzionistici di evasione *tout court*».

¹⁷⁹ P. RUSSO, *Profili storici e sistema in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2016, 7: in merito alla formula dei "vantaggi fiscali indebiti", l'autore oppone una critica radicale: «L'indebito rimborso o l'indebita riduzione d'imposta costituenti il contenuto del vantaggio fiscale conseguito dal contribuente deriverebbero dalla violazione di un divieto posto dall'ordinamento, così traducendosi in un comportamento *contra ius*; sicchè, il fenomeno abusivo verrebbe ad identificarsi con un fenomeno evasivo e l'art. 10-bis, disciplinante l'abuso appunto, finirebbe per scadere al rango di una disposizione del tutto inutile».

tuttavia, illustre dottrina¹⁸⁰ nel rilevare che un'operazione priva di sostanza economica «altro non può essere se non una scatola vuota, priva di natura e finalità imprenditoriali, costituente una costruzione di puro artificio utilizzata esclusivamente per conseguire vantaggi fiscali, ossia per realizzare obiettivi di evasione», disegnando un interessante parallelismo tra la definizione in esame e quella estraibile dal punto 4.4 della raccomandazione precedentemente richiamata, conclude sostenendo che il legislatore abbia «recupera(to) e codifica(to) [...] tutti quei fenomeni di tipo finzionistico che la raccomandazione elenca»¹⁸¹.

In aggiunta alla definizione base, il comma 3 dell'art. 10-bis prevede, poi, una specifica esimente per le operazioni che presentano «valide ragioni extrafiscali non marginali»: la norma dispone, infatti, che «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». Sul punto, la relazione illustrativa precisa che la «non marginalità» delle valide ragioni extrafiscali deve essere valutata rispetto alla loro attitudine a rappresentare la condicio sine qua non dell'operazione, nel senso che, in loro assenza, quest'ultima non avrebbe trovato effettiva realizzazione. La relazione stessa, inoltre, specifica che la norma ha inteso espressamente chiarire un aspetto potenzialmente ambiguo della legge delega, estendendo

¹⁸⁰ G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto*, 720.

¹⁸¹ *Ibidem*, 721: l'autore con tono di forte critica nei confronti del legislatore, si domanda «che senso abbia attribuire natura di abuso del diritto a costruzioni che sono di mera apparenza, ingannevoli strutture del tutto inidonee a produrre effetti di natura economica ed imprenditoriale». Lo accusa, inoltre, di aver fallito il suo obiettivo definitivo, almeno con riguardo a queste prime disposizioni. Si chiede, infatti, fornendo poi una risposta positiva sul punto: «se la concatenazione abusiva è idonea a produrre solo vantaggi fiscali perché quelli extrafiscali sono insignificanti, nel caso di specie siamo in presenza di un atto di abuso o non, piuttosto, di una costruzione di una costruzione di puro artificio destinata alla totale sterilità sul piano economico ed imprenditoriale e alla notevole vitalità sul piano del risparmio fiscale indebito (evasione)?».

in maniera esplicita l'applicabilità dell'esimente del miglioramento organizzativo/funzionale anche all'esercizio dell'attività professionale, così da evitare che la stessa rimanesse confinata alla mera attività imprenditoriale.

Recependo l'indicazione del criterio direttivo di cui all'art. 5, comma 1, lett. b) della legge delega, inoltre, l'art. 10-bis, comma 4, ha provveduto a formalizzare il concetto di legittimo risparmio d'imposta, riconoscendo «la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale».

Il legislatore, dunque, ha ora espressamente specificato che il contribuente può legittimamente perseguire un risparmio d'imposta nell'esercizio della propria libertà di iniziativa economica, scegliendo, tra gli atti, i fatti ed i negozi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento, quelli per lui meno onerosi.

Una parte della dottrina¹⁸², tuttavia, ha rilevato come una simile disposizione non abbia del tutto chiarito le differenze tra i concetti di abuso del diritto e di lecito risparmio d'imposta, dal momento che, nel riformulare in maniera pleonastica quanto era già stato espresso all'interno del primo comma, essa non avrebbe precisato che al contribuente risultasse possibile scegliere tra le diverse operazioni ed i regimi fiscali messi a disposizione, purché gli stessi risultino collocabili su un piano di medesima dignità, dal punto di vista dell'ordinamento. Dall'ambito applicativo della disposizione antiabusiva, dunque, risulterebbe comunque esclusa un'area concettuale all'interno della quale troverebbe collocazione il lecito risparmio d'imposta.

¹⁸² M. LEO, Abuso del diritto: elementi costitutivi e confini applicativi, in *Il Fisco*, 2015, 918 ss.

Con riguardo al comparto degli effetti giuridici derivanti dal nuovo art 10-bis, una dottrina¹⁸³ osserva come, ancora una volta, il legislatore si sia dimostrato piuttosto generico nel far riferimento al comma 12 alle «specifiche disposizioni tributarie», la cui contestazione, in sede di accertamento, esclude la configurabilità di un'operazione abusiva.

Per di più, non può non essere rilevato come meriti effettivamente un plauso la scelta di avere specificato, al comma 12, che l'abuso si presenta come fattispecie residuale e distinta rispetto a quella dell'evasione¹⁸⁴ (e che può essere invocato, pertanto, soltanto laddove l'operazione non risulti riconducibile a fenomeni di occultamento del reddito mediante manipolazione della realtà)¹⁸⁵, acclarando così i rapporti tra i fenomeni finzionistici e le creazioni di puro artificio da una parte e l'abuso del diritto dall'altra. «Se in un caso di specie ricorre un fenomeno di tipo evasivo simulatorio o fraudolento rientrante in una specifica fattispecie di illecito penale tributario o illecito penale puro e semplice, ha la prevalenza il trattamento sanzionatorio penalistico e non è lecito invocare l'abuso del diritto»¹⁸⁶.

La portata del comma in esame, è stata ulteriormente delimitata da una pronuncia¹⁸⁷ *post* riforma, che si esaminerà nel dettaglio in prosieguo. I

¹⁸³ G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, A. GIOVANNINI, A. DI MARTINO, E. MARZADORI (a cura di), Milano, 2016, 1077.

¹⁸⁴ Cass. pen., sez III, 1 ottobre 2016, n. 35575: la Corte sottolinea come la citata disposizione non possa che confermare la natura meramente residuale della disciplina dell'abuso del diritto rispetto alle norme concernenti « la simulazione, o i reati tributari, in particolare, l'evasione o la frode», con la conseguenza che tali fattispecie vanno perseguite con gli strumenti che l'ordinamento già mette a disposizione.

¹⁸⁵ AA.VV., *La nuova giustizia penale tributaria.*, 37.

¹⁸⁶ G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto*, 728.

¹⁸⁷ Cass. pen., sez III, 1 ottobre 2015, n. 40272, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015, con commento di F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa i limiti e i ambiti applicativi*; per ulteriori commenti, si segnalano: C. SANTORIELLO- A. PERINI, *La riforma dei reati tributari (d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158)*, 101 ss.

Giudici di legittimità postulando l'assenza nella condotta del contribuente «di tratti riconducibili ai paradigmi, penalmente rilevanti, della simulazione, della falsità o, più in generale della fraudolenza», specificano che l'art. 10-bis lascia «impregiudicata la possibilità di ravvisare illeciti penali, sempre che naturalmente ne sussistano i requisiti, nelle operazioni contrastanti con disposizioni specifiche che perseguano finalità antielusive [...]».¹⁸⁸

Dal punto di vista operativo, il legislatore sostanzialmente ricalca la soluzione adottata con il previgente art. 37-bis, sancendo al comma 1 dell'art. 10-bis, infatti, che «le operazioni abusive 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».

Infine, il legislatore ha sposato una soluzione salomonica nello specificare al comma 13 che «le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie», non mancando, tuttavia, di aggiungere una disposizione aspramente criticata da parte della dottrina: «resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie».

La *ratio* sottesa a questa disposizione appare piuttosto evidente e si può rintracciare nell'essenza stessa delle condotte abusive: «le operazioni abusive, se effettivamente di tal natura, presentano connotazioni ontologiche che possono rendere accettabile e conveniente la tesi del carattere ontologicamente non penalistico delle condotte. Queste si presentano come vere e reali e hanno il solo scopo di tendere al conseguimento di un risparmio tributario»¹⁸⁹, ancorché attraverso un procedimento applicativo di aggiramento. In altri termini, di fronte alla condotta del contribuente-elusore che si risolve a creare delle fattispecie legali di tipo surrogatorio che producono gli stessi effetti della fattispecie legale elusa, il legislatore

¹⁸⁷ *Ibidem*, 727.

¹⁸⁹ *Ibidem*, 727.

risponde riducendo l'ambito sanzionatorio al solo ambito delle sanzioni amministrative.

2. Evoluzione della disciplina alla luce del D.lgs. 218/2015: le criticità riscontrate in dottrina.

Al netto dell'intervenuta riforma, il tema riguardante la rilevanza penale delle condotte elusive sembra essersi definitivamente risolto, avendo il legislatore propeso in favore della depenalizzazione; tuttavia, chiusasi una stagione di discussione in merito, si apre una nuova riflessione sulla portata e sulla tenuta della preclusione alla sanzionabilità penale di operazioni abusive.

Come è stato rilevato in dottrina¹⁹⁰, la clausola al comma 13 dell'art. 10-bis, presenta tratti criptici nonché una formulazione eufemisticamente infelice dal punto di vista sintattico; ma andiamo con ordine.

Anzitutto, la prima parte della suddetta clausola, sancendo che «le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili *ai sensi delle leggi penali tributarie*», non circoscrive alle norme incriminatrici contenute nel D. lgs. N. 74/2000 l'ambito di quelle disposizioni attraverso le quali vagliare la punibilità delle operazioni abusive di cui al comma 1. Si ritiene, al contrario, che possano includersi anche quelle disposizioni penali esterne al decreto menzionato, come ad esempio, quelle contenute nel D.P.R. 23 gennaio 1973, n 43 (T.U. doganale).

Preso atto della (pur se imprecisa) azione depenalizzatrice del legislatore, occorre guardare alla seconda parte della disposizione dalla quale si evince come la sanzionabilità amministrativa delle condotte

¹⁹⁰ G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, 1068.

elusive/abusive sia stata ritenuta la soluzione conclusiva più opportuna dal legislatore sebbene non appaia del tutto chiaro a quale situazione normativa questi abbia inteso fare riferimento nel momento in cui ha disposto che «resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie».

Né, tantomeno, a dare un senso più compiuto alla disposizione si è rivelata in qualche maniera utile l'entrata in vigore del d.lgs. 128/2015 che è intervenuto sì a modificare il sistema sanzionatorio per le violazioni tributarie in campo penale ed amministrativo, producendo tuttavia modificazioni soprattutto con riguardo alla disciplina delle prime, ove solo marginali si sono rivelate le novità relative alle sanzioni amministrative che si configurano come un “completamento” ideale di quelle penali¹⁹¹.

In ragione di ciò, dev'essere, quindi, senz'altro censurata la scelta del legislatore di non aver predisposto sanzioni dedicate ed apposite per le fattispecie abusive/elusive, così come appare deplorabile il non aver proceduto a fornire appigli maggiormente idonei a ricostruire con certezza la natura giuridica della norma antiabusiva¹⁹².

In assenza di simili adempimenti, infatti, l'affermazione della sanzionabilità amministrativa delle condotte abusive rischia di non risultare comunque idonea ad assicurare l'effettiva certezza del diritto nei rapporti tra Fisco e contribuente, compito di cui era stato investito il legislatore delegato, in quanto caratterizzata da carenza di un adeguato substrato dogmatico.

Non è, del resto, un caso se i primi commentatori¹⁹³ della nuova norma, nel sostenere che l'elusione e l'abuso comportino, come unico effetto, il potere dell'Amministrazione di rendere a sé inopponibili gli assetti

¹⁹¹ A. CARINCI, *Prime considerazioni sulla riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Il Fisco*, 2015, 3929 ss.

¹⁹² *Ibidem*, 3930.

¹⁹³ A. CARINCI – D. DEOTTO, *Abuso del diritto ed effettività utilità della novella: much ado about nothing?*, in *Il Fisco*, 2015, 3107 ss.; M. BEGHIN, *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, 2207 ss.

giuridici ritenuti abusivi, abbiano ritenuto che siffatto potere sia riservato soltanto all'Amministrazione medesima e non al contribuente (il quale non può procedere a disapplicare, a sua volta, la forma giuridica precedentemente posta in essere), schierandosi, in tale maniera, a favore della sua qualificazione come norma procedimentale.

Questo aspetto dunque non può che condurre a lumeggiare sul *vulnus* che l'art. 10-bis arreca al principio di determinatezza, dal momento che, nel delineare una condotta che risulta impossibile da identificare in maniera univoca e certa, esso non consente al contribuente di avere la preventiva conoscenza di quali comportamenti risultino effettivamente vietati e quali, invece, no. Infatti, la locuzione (“resta ferma”), tutt'altro che perspicua, fa riferimento ad una normativa pregressa che non appare, invece, esistente, ed omettendo qualsiasi riferimento ad una specifica norma sanzionatoria, la stessa lascia, infatti, via libera alla prassi perché proceda all'individuazione sia della tipologia che dell'entità di sanzione da ricollegare all'accertamento di una condotta abusiva.

Ergo, sebbene invocato a gran voce, l'art. 10-bis, per come formulato, non pare affatto giovare alla certezza del diritto, risultando invece foriere di molteplici criticità¹⁹⁴.

Questa affermazione risulta ulteriormente corroborata, se si esamina un altro aspetto di contraddittorietà del comma 13 che parrebbe potersi desumere¹⁹⁵ dai più recenti orientamenti espressi dalla Corte EDU sul carattere delle sanzioni amministrative in materia tributaria, considerate come aventi natura afflittiva punitiva.

¹⁹⁴ Si segnalano in dottrina quali autori che ne hanno rilevate: S. PUTINATI, *Sub. Art. 3. Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in C. NOCERINO- S.PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n.158/2015*, Torino, 2015, 54 ss.; L. IMPERATO, *Commento all'art. 3 D.lgs. 74/2000 mod. d.lgs. n. 158/2015*, in, I. CARACCIOLI (a cura di), *I nuovi reati tributari. Commento al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158*, Milano, 2016, 96 ss.

¹⁹⁵ P. RUSSO, *Profili storici e sistema in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2016, 10 ss.

Sulla scorta dei principi sanciti in merito in ambito convenzionale, «non si può escludere [...] l'applicazione delle sanzioni (espressamente qualificate) come penali e, allo stesso tempo, stabilire che si rendono viceversa applicabili quelle (formalmente qualificate) amministrative (ma sostanzialmente penali) senza incorrere in una palese contraddizione e, soprattutto, senza dettare una norma costituzionalmente illegittima»¹⁹⁶.

In altri termini, il Giudice di Strasburgo¹⁹⁷ parrebbe suggerire un approccio sostanzialistico al fine di valutare il contenuto afflittivo della sanzione che viene in rilievo caso per caso, procedendo a svuotare di significato la c.d. “etichetta” con la quale l'ordinamento l'aveva qualificata.

Pertanto, le mire della Corte parrebbero dirette a riservare alle sanzioni amministrative un trattamento più affine, se non del tutto analogo, a quello che disciplina le sanzioni penali, qualora al vaglio del giudice vengano ritenute “afflittive”.¹⁹⁸

Sulla base di questa impostazione, il legislatore dimostra di ignorare la CEDU e l'orientamento ormai consolidato della Corte, discutibile condotta che tuttavia si allinea perfettamente con l'indeterminatezza della clausola di cui al comma 13 dell'art. 10-bis.

¹⁹⁶ *Ibidem*, 13 ss.

¹⁹⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, (*Grande Stevens e altri c. Italia*); Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 20 maggio 2014, (“*Nykanen c. Finlandia*”), in *Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2014, con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali; per ulteriori riferimenti dottrinali*, E. BOFELLI, *Principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: considerazioni sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Diritto e pratica tributaria.*, 2014, 1097 ss.

¹⁹⁸ Si ritiene essenziale rammentare che nell'ambito della Corte EDU, con la nota sentenza dell'8 giugno 1976 (*Engel e altri c. Pesi Bassi*), ribaditi da ultimo dalla sent. della Corte EDU, (Grande Camera), 15 novembre 2016, (*A. e B. c. Norvegia*), i Giudici di Strasburgo hanno enucleato tre criteri, alternativi tra loro (fatti propri anche dalla Corte di Giustizia UE), per dare luogo alla valutazione circa la “natura penale” delle sanzioni: i c.d. criteri *Engel* e cioè: a) la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; la natura dell'illecito; e, infine, la natura e il grado di severità della sanzione. Per un approfondimento, anche in tema di *ne bis in idem*, si segnala: AA.VV., *La riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, Milano, 2017, 645 ss.

In definitiva, benché si apprezzi l'intento del legislatore di recepire le istanze ormai pressanti che incombevano per parte degli addetti ai lavori e, da un lato, la previsione di una sanzionabilità amministrativa espressa non lasci più alcun tipo di dubbio circa le reali intenzioni del legislatore, dall'altro, proprio tali intenzioni si trovano concretamente a poggiare su di un piano inclinato, che finisce per far scivolare il progetto legislativo di conferire alla materia una maggiore chiarezza ed intelligibilità verso la medesima incertezza di fondo che aveva contraddistinto la situazione normativa previgente.

Le denotate incongruenze relative alla clausola che finalmente si appresta a depenalizzare le condotte abusive/elusive rivelano uno slancio parossistico della penna del legislatore, dal momento che sembra sostanzialmente riproporsi il medesimo *leit-motif* che per lunghi anni ha contraddistinto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia di conseguenze sanzionatorie dei suddetti comportamenti ovvero quello della violazione del principio di legalità in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.), *a fortiori*, se guardato «alla luce di un'interpretazione, sospinta dalla giurisprudenza della CEDU, che ne esalta la matrice garantistica individuale in termini di prevedibilità ed accessibilità della norma incriminatrice»¹⁹⁹.

3. Ermeneutica giurisprudenziale a seguito della riforma: i limiti all'efficacia dell'art. 10-bis.

Quanto fin qui esposto, rappresenta (in parte) l'esito di una riforma legislativa tanto attesa la quale non ha tardato a chiamare al banco di prova il giudice, dovutosi confrontare con l'esatta portata dell'art. 10-bis, norma

¹⁹⁹ G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, 1070.

che, come si è avuto modo di evidenziare, non si presenta all'occhio dell'esperto scevra da incertezze interpretative.

Certamente meritevole di attenzione è una pronuncia della Cassazione del 2015²⁰⁰ nell'ambito della quale i Giudici di legittimità forniscono quella che, dai primi commentatori²⁰¹ della decisione è stata descritta come «una pregevole lettura» del *novum* legislativo; al fine di estrapolarne i punti salienti, rilevanti rispetto alla presente trattazione, senza tuttavia alcuna pretenziosa intenzione di illustrare con dovizia di particolari la vicenda sottesa alla pronuncia in esame, si ritiene doveroso quantomeno fornire una sommaria ricostruzione fattuale di riferimento.

Oggetto del vaglio di legittimità della Suprema Corte, è una sentenza di condanna pronunciata in sede d'appello, che sancisce la responsabilità penale dell'imputato-contribuente a titolo di "Dichiarazione infedele" ex art. 4: la dichiarazione mendace IRES avrebbe recato l'indicazione di elementi passivi fittizi,²⁰² derivanti da una complessa operazione contrattuale di prestito titoli e di correlata scommessa sui dividendi (*c.d. stock lending*).

Nel ripercorrere l'*iter* storico configuratosi con l'operazione finanziaria, la Corte afferma che, non essendo stata tipizzata quest'ultima nel novero di cui al comma 3 del previgente art. 37-bis TUIR, andando quindi esente da responsabilità penale, la questione è idonea ad essere rivalutata attraverso la lente del nuovo art. 10-bis, in vigore dal 1 ottobre 2015, ossia proprio il giorno della discussione in pubblica udienza del

²⁰⁰ Cass. Pen., sez III, 1 ottobre 2015, n. 40272.

²⁰¹ F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa i limiti e ambiti applicativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015.

²⁰² *Ibidem*, 1: l'autore evidenzia come i giudici di merito, pur ammettendo in astratto la liceità dell'operazione negoziale, in quanto non fraudolenta, ma al più elusiva, avevano permesso l'esposizione nella dichiarazione dei redditi di elementi passivi fittizi. Tuttavia siffatta conclusione, adombrando una nozione di fittizietà legata più all'inesistenza di carattere giuridico e non materiale, viene ritenuta dai Giudici di legittimità da sottoporre a radicale rivisitazione.

ricorso oggetto di giudizio²⁰³. Infatti, a nulla sarebbe valsa una disamina della questione in merito alla natura “elusiva” ovvero “evasiva” dell’operazione negoziale, risultando pacifica la mancanza di “sostanza economica” della stessa e dunque l’aderenza alla definizione di abuso del diritto *de jure condita*²⁰⁴: l’intera operazione si ritiene, infatti, sia stata posta in essere in funzione dell’esclusivo fine di conseguire un vantaggio fiscale *indebito*.

Nell’affrontare i punti nodali della decisione, appare essenziale rilevare quello relativo al regime intertemporale dell’art. 10-bis, comma 13. La Corte rammenta che l’art. 5 della l. 23/2014 che precede il D. lgs 128 reca due disposizioni transitorie: stabilisce, da una parte, in conformità all’art. 11 delle Preleggi al Codice civile, che quanto disposto dalla clausola antiabuso, non può spiegare i suoi effetti che per il futuro, a decorrere dalla data di entrata in vigore del summenzionato decreto; dall’altra, la norma prevede un regime transitorio di “retroattività” della nuova disciplina dell’abuso del diritto, ritenendo applicabili le disposizioni ex art. 10-bis anche alle «operazioni poste in essere in data anteriore alla loro efficacia, [ovvero prima del 1 ottobre 2015] per le quali non sia stato notificato il relativo atto impositivo»²⁰⁵.

Il legislatore chiaramente avrebbe voluto estendere l’applicabilità della nuova disciplina la quale sarebbe stata altrimenti limitata in virtù del principio del *tempus regit actum*.

Alla luce di questi rilievi «la disposizione dell’art. 10-bis, comma 3, è destinata ad esplicare i suoi effetti oltre che per le nuove ipotesi di abuso del diritto, poste in essere successivamente alla data del 1 ottobre 2015, anche per quelle realizzate prima di tale data, a prescindere dall’instaurazione o meno del procedimento amministrativo di

²⁰³ Cass. Pen., sez III, 1 ottobre 2015, n. 40272 (punto 8).

²⁰⁴ *Ibidem*, (punto 9).

²⁰⁵ *Ibidem*, (punto 18).

accertamento, in ragione del principio di retroattività della legge penale più favorevole di cui all'art. 2 c.p.»²⁰⁶

Va rilevato come parte della dottrina²⁰⁷ si sia interrogata circa la qualificazione giuridica del fenomeno ovvero se ci si trovi dinanzi ad un' ipotesi di successione temporale riconducibile al paradigma dell'*abolitio criminis* (art. 2, comma 2 c.p.), oppure, di una mera successione modificativa (ai sensi dell'art. 2, comma 4 c.p.). Chiaramente le conseguenze che ne deriverebbero, sarebbero profondamente diverse: nel primo caso l'applicazione retroattiva della norma comporterebbe, infatti, la cessazione degli effetti del giudicato penale della sentenza irrevocabile di condanna precedentemente intervenuta, mentre, nel secondo, il regime della retroattività si scontrerebbe con l'intangibilità del giudicato penale.

La soluzione giudiziale in sintesi sembra infine propendere per una «*abolitio criminis* parziale»²⁰⁸ dal momento che ad essere espunta dall'ordinamento non è una figura di reato nella sua interezza, ma soltanto un tratto della fattispecie astratta per cui l'avvenuta notifica dell'atto impositivo pone sì un limite all'applicazione retroattiva dell'art. 10-bis nel procedimento amministrativo, senza tuttavia spiegare alcun effetto sul piano penale²⁰⁹: la valenza retroattiva della disposizione in esame comporta dunque l'effetto di travolgere il giudicato con conseguenze pratiche di non poco conto.

Il percorso argomentativo a sostegno di questa impostazione si fonda *in primis* sui lavori preparatori al D.lgs. n. 128, in base ai quali la suddetta limitazione temporale risulta circoscritta alle sole disposizioni afferenti alla

²⁰⁶ G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, 1074.

²⁰⁷ *Ibidem*, 1075.

²⁰⁸ F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari*, 3.

²⁰⁹ *Ibidem*, 2; nello stesso senso si veda, F. URBANI, *Elusione fiscale alla luce del nuovo art. 10-bis: qualche margine residuo di rilevanza penale?*, in www.iusexplorer.it, (26 luglio 2017).

disciplina tributaria dell'abuso del diritto, e non già alla norma penale di cui al comma 13.

Parallelamente, la Corte fa perno su alcune disposizioni di carattere sovranazionale, poste a presidio degli effetti nel tempo delle norme penali.

Difatti, per un verso, in virtù del vincolo costituzionale dell'art. 117, comma 1, limitare il canone della retroattività della legge penale contravverrebbe al dettato dell'art. 15, comma 1 del "Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici," adottato a New York nel 1966 e successivamente ratificato dall'Italia, che stabilisce il principio di retroattività delle leggi più favorevoli al reo, ribadito negli stessi termini dall'art. 7 CEDU; per altro verso, i Giudici denotano come il menzionato Patto internazionale non ammetta alcuna deroga, rimarcandosi per questo il carattere perentorio del principio *testé* citato²¹⁰.

Il corollario derivante da queste considerazioni, si evince dal contenuto del dispositivo della sentenza *de qua*: interpretando correttamente il disposto della recente clausola antiabuso, i Giudici di legittimità concludono statuendo per l'annullamento della pronuncia di merito «perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato».

Nella prospettiva di completare il quadro delle interpretazioni giurisprudenziali avvicendatesi a seguito della riforma legislativa, appare quanto mai necessario osservare come il monito, cristallizzato dalla Cassazione nel dispositivo afferente alla pronuncia *testé* analizzata, abbia costituito un precedente di eccezionale portata per la corretta applicazione dell'art. 10-bis.

²¹⁰ G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, 1074 ss.

La conferma di tali osservazioni, giunge dal Tribunale di Siena dove il 16 dicembre 2016 sono state depositate le motivazioni relative alla sentenza n. 850.

Si tratta di una pronuncia di merito avente ad oggetto la contestazione del reato di “dichiarazione infedele” di cui all’art. 4, comma 1 del D.lgs n. 74/2000, a carico di diversi contribuenti-imputati, tutti legati professionalmente alla Banca Monte dei Paschi di Siena²¹¹, accusati di aver posto in essere operazioni artatamente strutturate di contratti pronti contro termine²¹² e di *dividend washing*, nell’arco di tempo compreso tra il 2005 e il 2008.

Nella ricostruzione in fatto si legge che le operazioni aventi ad oggetto i contratti di P/T erano strumentali all’ottenimento di un vantaggio fiscale, che ha costituito il «motivo essenziale dell’operazione che altrimenti non avrebbe avuto alcuna altra apprezzabile causa o ragione economica»²¹³ e che, inoltre, sarebbero state preordinate ad «aggirare lo spirito» dell’art. 165 TUIR²¹⁴, relativo ai crediti di imposta per i redditi prodotti all’estero. In altre parole, «il vantaggio fiscale era ingenerato dalle asimmetrie delle legislazioni fiscali dei diversi ordinamenti e dallo sfruttamento indebito dei rimedi contro le doppie imposizioni di cui all’art. 165 TUIR».

²¹¹ Di seguito BMPS: l’istituto di credito è stato al centro di numerosi procedimenti celebrati in diversi tribunali italiani

²¹²Di seguito P/T. È l’operazione (detta anche vendita con patto di riacquisto) che consiste nell’acquisto (o, viceversa nella vendita) a pronti (per contanti) contro la vendita (o, viceversa l’acquisto) a termine di titoli dello stesso tipo. Il prezzo della vendita “a pronti” è calcolato in base al valore di mercato dei titoli, mentre quello della vendita “a termine” tiene conto del prezzo “a pronti” aumentato di un saggio di interesse convenuto dalle parti. Si realizza in un arco di tempo normalmente breve e concilia le esigenze di chi vuole far fruttare le proprie liquidità per un periodo prestabilito e chi, in modo speculare, vuole rendere liquidi i suoi titoli nello stesso periodo.

²¹³ Tribunale di Siena, 19 settembre 2016, n. 850, 8.

²¹⁴ Come si legge in sent., i presupposti per la concessione del credito d’imposta pagata all’estero di cui all’art 165 TUIR sono: « 1. Il reddito prodotto all’estero concorre alla formazione del reddito complessivo del soggetto residente; 2. Il reddito prodotto all’estero

Infatti, secondo l’Agenzia delle Entrate, protagonista del giudizio come parte lesa, sarebbe stato possibile riscontrare alcuni indici fattuali dai quali evincere il carattere *abusivo* delle operazioni in oggetto, quali, ad esempio, il coinvolgimento di soggetti esteri creati *ad hoc* per le varie operazioni; la tempistica estremamente ravvicinata con la quale le operazioni sono state concluse; nonché la scelta di servirsi di tipi contrattuali modificativi dei tipici effetti economici derivanti dall’emissione del titolo obbligazionario.

In ordine alle operazioni di *dividend washing*²¹⁵, invece, benché la ricostruzione fattuale appaia diversa, tale condotta viene comunque ricollegata alla figura dell’abuso del diritto, con riguardo all’art 109, comma 3-bis TUIR²¹⁶, norma concernente i principi sulla contabilizzazione del reddito d’impresa.

è stato assoggettato ad imposizione nello Stato della Fonte; 3. L’imposta estera è stata assolta in via definitiva.»

²¹⁵ Tali operazioni vengono ascritte ad uno solo dei coimputati. Si veda, Tribunale di Siena, 19 settembre 2016, n. 850, 9.

²¹⁶ Art 109, TUIR: « 1. I ricavi, le spese e gli altri componenti positivi e negativi, per i quali le precedenti norme della presente Sezione non dispongono diversamente, concorrono a formare il reddito nell’esercizio di competenza; tuttavia i ricavi, le spese e gli altri componenti di cui nell’esercizio di competenza non sia ancora certa l’esistenza o determinabile in modo obiettivo l’ammontare concorrono a formarlo nell’esercizio in cui si verificano tali condizioni. 2. Ai fini della determinazione dell’esercizio di competenza: a) i corrispettivi delle cessioni si considerano conseguiti, e le spese di acquisizione dei beni si considerano sostenute, alla data della consegna o spedizione per i beni mobili e della stipulazione dell’atto per gli immobili e per le aziende, ovvero, se diversa e successiva, alla data in cui si verifica l’effetto traslativo o costitutivo della proprietà’ o di altro diritto reale. Non si tiene conto delle clausole di riserva della proprietà’. La locazione con clausola di trasferimento della proprietà’ vincolante per ambedue le parti è’ assimilata alla vendita con riserva di proprietà’; b) i corrispettivi delle prestazioni di servizi si considerano conseguiti, e le spese di acquisizione dei servizi si considerano sostenute, alla data in cui le prestazioni sono ultimate, ovvero, per quelle dipendenti da contratti di locazione, mutuo, assicurazione e altri contratti da cui derivano corrispettivi periodici, alla data di maturazione dei corrispettivi; c) per le società’ e gli enti che hanno emesso obbligazioni o titoli simili la differenza tra le somme dovute alla scadenza e quelle ricevute in dipendenza dell’emissione e’ deducibile in ciascun periodo di imposta per una quota determinata in conformità’ al piano di ammortamento del prestito. 3. I ricavi, gli altri proventi di ogni genere e le rimanenze concorrono a formare il reddito anche se non risultano imputati al conto

economico. 3-bis. Le minusvalenze realizzate ai sensi dell'articolo 101 sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni che non possiedono i requisiti di cui all'articolo 87 non rilevano fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi, ovvero dei loro acconti, percepiti nei trentasei mesi precedenti il realizzo. Tale disposizione si applica anche alle differenze negative tra i ricavi dei beni di cui all'articolo 85, comma 1, lettere c) e d), e i relativi costi. 3-ter. Le disposizioni del comma 3-bis si applicano con riferimento alle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni acquisite nei trentasei mesi precedenti il realizzo, sempre che soddisfino i requisiti per l'esenzione di cui alle lettere c) e d) del comma 1 dell'articolo 87. 3-quater. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, anche con riferimento ai differenziali negativi di natura finanziaria derivanti da operazioni iniziate nel periodo d'imposta o in quello precedente sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni di cui al comma 3-bis. 3-quinquies. I commi 3-bis, 3-ter e 3-quater non si applicano ai soggetti che redigono il bilancio in base ai principi contabili internazionali di cui al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 luglio 2002.

4. Le spese e gli altri componenti negativi non sono ammessi in deduzione se e nella misura in cui non risultano imputati al conto economico relativo all'esercizio di competenza. Si considerano imputati a conto economico i componenti imputati direttamente a patrimonio per effetto dei principi contabili internazionali. Sono tuttavia deducibili: a) quelli imputati al conto economico di un esercizio precedente, se la deduzione è stata rinviata in conformità alle precedenti norme della presente sezione che dispongono o consentono il rinvio; b) quelli che pur non essendo imputabili al conto economico, sono deducibili per disposizione di legge. Le spese e gli oneri specificamente afferenti i ricavi e gli altri proventi, che pur non risultando imputati al conto economico concorrono a formare il reddito, sono ammessi in deduzione se e nella misura in cui risultano da elementi certi e precisi.

5. Le spese e gli altri componenti negativi diversi dagli interessi passivi, tranne gli oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale, sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito o che non vi concorrono in quanto esclusi. Se si riferiscono indistintamente ad attività o beni produttivi di proventi computabili e ad attività o beni produttivi di proventi non computabili in quanto esenti nella determinazione del reddito sono deducibili per la parte corrispondente al rapporto tra l'ammontare dei ricavi e altri proventi che concorrono a formare il reddito d'impresa o che non vi concorrono in quanto esclusi e l'ammontare complessivo di tutti i ricavi e proventi. Le plusvalenze di cui all'articolo 87, non rilevano ai fini dell'applicazione del periodo precedente. Fermo restando quanto previsto dai periodi precedenti, le spese relative a prestazioni alberghiere e a somministrazioni di alimenti e bevande, diverse da quelle di cui al comma 3 dell'articolo 95, sono deducibili nella misura del 75 per cento.

6. (Comma abrogato)

7. In deroga al comma 1 gli interessi di mora concorrono alla formazione del reddito nell'esercizio in cui sono percepiti o corrisposti.

8. In deroga al comma 5 non è deducibile il costo sostenuto per l'acquisto del diritto d'usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivino utili esclusi ai sensi dell'articolo 89.

9. Non è deducibile ogni tipo di remunerazione dovuta: a) su titoli, strumenti finanziari comunque denominati, di cui all'articolo 44, per la quota di essa che direttamente o indirettamente comporti la partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti

La tecnica in parola, sarebbe stata posta in essere al sol fine di ottenere vantaggi fiscali: in altre parole, la BPMS avrebbe dedotto i componenti negativi conseguenti la negoziazione riguardanti la cessione di titoli, mentre le controparti estere di BPMS avrebbero conseguito un differenziale finanziario positivo per un ammontare pressoché equivalente rispetto ai dividendi incassati dalla Banca, evitando l'assoggettamento di tali proventi alle ritenute previste dalla legislazione interna e convenzionale.²¹⁷ Il danno cagionato attraverso siffatte operazioni avrebbe condotto l'erario italiano a subire un danno economico complessivamente corrispondente all'importo del mancato incasso della ritenuta che si sarebbe dovuta fisiologicamente applicare sui dividendi in uscita.

Premesso il quadro fattuale di riferimento, torna necessaria qualche puntualizzazione in diritto; invero, la rilevanza di questa pronuncia di merito può denotarsi dall'ossequiosa affinità del giudizio rispetto all'orientamento ermeneutico del nuovo art. 10-bis fornito con la precedente decisione²¹⁸ del 2015 dalla Corte di legittimità. Il giudice, infatti, non manca di richiamare la sentenza in parola, ponendosi esattamente in linea con il *novum* legislativo, rispettoso della *ratio* del D.lgs 128/2015.

Citate le sentenze del Natale 2008²¹⁹, con le quali, giova rammentarlo, la giurisprudenza ha posto le basi per un'interpretazione costituzionalmente orientata del principio di abuso del diritto, il giudice ne estrapola sapientemente la nozione dalla lettera dell'art. 10-bis, risultante perfettamente applicabile alla fattispecie in oggetto. Per giungere a tale

allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi; b) relativamente ai contratti di associazione in partecipazione ed a quelli di cui all'articolo 2554 del codice civile allorché' sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi».

²¹⁷ Tribunale di Siena, 19 settembre 2016, n. 850, 11.

²¹⁸ Cass., sez 3, n. 40272/2015.

²¹⁹ Tribunale di Siena, 19 settembre 2016, n. 850, 13.

conclusione, la Corte gradualmente esamina la norma, con particolare riferimento ai commi 2, 3 e 13.

Sotto questo primo profilo, l'argomentazione rintraccia tre distinti punti definitori fondamentali: due costitutivi, naturalmente compresenti per la contestazione dell'abuso, quali l'assenza di "sostanza economica" e la realizzazione di "vantaggi fiscali indebiti" come obiettivo essenziale dell'operazione posta in essere; e una clausola negativa, rappresentata dalla presenza di valide ragioni extrafiscali, che opera in qualità di esimente anche qualora i primi due elementi siano presenti.

Pur considerando la complessità dell'accertamento finalizzato alla valutazione delle ragioni extrafiscali, la Corte conclude ravvisando la strumentalità delle operazioni poste in essere all'elusione/aggiramento «dello "spirito" e delle finalità delle norme del TUIR» secondo quanto ricostruito in fatto²²⁰.

Congiuntamente, nella sentenza in parola rileva, con riferimento al comma 13 dell'art. 10-bis, l'intervenuta irrilevanza penale delle condotte elusive/abusive, infatti si asserisce che «i rapporti tra la sfera di illecito tributario e quello penale sono [...] mutati poiché divenuti escludenti, ossia nel caso in cui le operazioni possano qualificarsi come elusive/abusive del diritto esse sono sì inopponibili all'Amministrazione Finanziaria, ma divengono penalmente irrilevanti per volontà espressa del Legislatore, per come previsto all'art. 10-bis.»

A scanso di residuali dubbi interpretativi in merito alla possibilità di applicare o meno la riformata disciplina sull'abuso del diritto al caso di specie, la Corte verifica, inoltre, la potenziale sussistenza di residuali profili di frodolenza con riferimento alle operazioni in questione, memore del

²²⁰ In particolare, si legge che «le operazioni in questione sono state attentamente congegnate rispettivamente al fine di sfruttare gli effetti dell'arbitraggio fiscale tra i vari ordinamenti (quanto ai contratti pronti contro termine), o di conseguire un vantaggio fiscale in relazione alla ritenuta fiscale sui dividendi (*dividend washing*).»

dettato dell'art. 5²²¹ della legge delega (cui l'art. 10-bis ha dato attuazione), che pone su un piano di alterità l'inquadramento di condotte abusive ovvero fraudolenti. In altre parole: «non è penalmente rilevante un comportamento negoziale del contribuente inteso a conseguire esclusivamente vantaggi fiscali indebiti, ma non può tuttavia affermarsi la medesima soluzione nel caso del contribuente che tenga una condotta elusiva con modalità fraudolente, occultando l'intenzione di raggiungere finalità diverse da quelle che l'ordinamento riconnette all'esercizio delle facoltà in concreto esercitate».

Il percorso argomentativo, partendo dal dato riguardante il carattere non già formale bensì sostanziale delle contestazioni mosse ai diversi contribuenti-imputati, ricava la dimensione reale nonché l'intenzionalità con cui le operazioni di P/T e di *dividend washing* sono state realizzate; tali valutazioni, allontanando queste ultime dal poter essere qualificate come operazioni fraudolente ovvero apparenti o, ancora, simulate, secondo la definizione fornita dalla lett. g-bis²²² dell'art. 1 D. lgs 74/2000, dirimono definitivamente il dubbio originario.

Ergo, non essendoci stata alcuna mendace dichiarazione o falsa rappresentazione dei negozi, che, invero, sono stati tutti effettivamente conclusi, appare da escludere la persistenza di frange di fraudolenza, e, conseguentemente, può confermarsi l'irrilevanza penale delle condotte in questione.

Svolte queste premesse, soppesate correttamente nei termini di cui sopra le modifiche intervenute con il dettato della riforma di cui al D.lgs

²²¹ L'abuso «postula l'assenza, nel comportamento elusivo del contribuente, di tratti riconducibili ai paradigmi, penalmente rilevanti, della simulazione, della falsità o, più in generale, della fraudolenza».

²²² In virtù del quale: «per “operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente” si intendono le operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti».

128/2015 ed in perfetta sintonia con l'orientamento della Cassazione in materia, la Corte conclude optando con decisione a favore del proscioglimento degli imputati coinvolti, con la formula di intervenuta depenalizzazione ai sensi dell'art 129 c.p.p. «perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato».

Conclusioni

Il concetto di abuso del diritto rappresenta una costante che ha accompagnato, sin dagli albori, l'intera cultura giuridica europea, costituendo uno strumento di cui gli interpreti si sono avvalsi per apportare dei correttivi a norme giuridiche percepite come inadeguate. Esso è riuscito, infatti, a fornire, nel corso del tempo, delle risposte efficaci a molte istanze di adeguamento della disciplina legislativa alla realtà empirica circostante, consentendo ai giuristi di riavvicinare il dato formale del diritto positivo allo spirito delle leggi del quale pretendeva di essere emanazione. L'abuso del diritto, dunque, è servito per mantenere i diritti soggettivi effettivamente allineati al proprio *esprit* ed alla funzione sociale ad essi sottesa, evitandone alterazioni che, seppure conformi al dato letterale esteriore, sarebbero risultate incompatibili con la *ratio* che ne aveva determinato la genesi.

Al contempo, però, le difficoltà riconnesse alla sua problematica collocazione dogmatica hanno innegabilmente determinato la giurisprudenza ad effettuare un controllo a valle sulle prerogative già attribuite a monte da specifiche norme legislative, legittimando un'opera creativa della stessa, con la conseguenza di incidere notevolmente sul ripensamento del dogma originario e non solo. L'abuso del diritto, per il resto, ha infatti esercitato una forza centrifuga rispetto al nucleo esteriore delle norme di legge, ponendosi per tale ragione in termini di apparente incompatibilità con l'esigenza di certezza che si riconnette ad esse e che riposa, evidentemente, sulla totale affidabilità del loro dato letterale.

Impostata in tali termini, allora, la questione dell'applicabilità o meno della clausola antiabusiva, si è andata evidentemente a saldare, quantomeno in parte, con i più generali problemi della natura da attribuire all'interpretazione giuridica e dei limiti entro i quali, la stessa, deve rimanere in ogni caso confinata.

Si è visto, nello specifico, come l'estensione della categoria antiabusiva al settore tributario sia avvenuta inizialmente ad intuizione dei Giudici della Corte di Giustizia venendo, poi, fatta successivamente poggiare sulle evidenti analogie che la legavano al fenomeno che, mediante la stessa, era divenuto intenzione contrastare: al pari delle condotte abusive, infatti, anche i comportamenti elusivi si caratterizzano per la direzione finalistica che informa la loro realizzazione, muovendo entrambi nel senso di ritorcere la forma di una determinata regola contro quella che ne rappresenta la finalità sostanziale. Determinata, dunque, in un primo momento, dalle esigenze di assicurare l'effettività del diritto comunitario e l'uso legittimo dello stesso, una simile operazione aveva poi comportato la nuova precipitazione del principio antiabusivo all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, per effetto della sua avvenuta comunitarizzazione.

Nell'ordinamento italiano, in particolare, esso era sembrato offrire un valido rimedio al dilagare del fenomeno elusivo, consentendo alla giurisprudenza di ovviare a quelle che venivano percepite come inefficienze del sistema normativo tributario: lunghi anni di discussione parlamentare, infatti, avevano contribuito all'emanazione di norme legislative che erano riuscite a contrastare solo in parte i comportamenti opportunistici dei contribuenti, lasciando gli stessi liberi di porre in essere le condotte dotate di maggiore nocività dal punto di vista economico. Ciò in quanto, in piena conformità con la scelta di fondo che aveva caratterizzato la riforma tributaria degli anni '70, il legislatore aveva deciso di non formulare, anche con riferimento al contrasto del fenomeno elusivo, norme di carattere generale, ma di affidarsi unicamente a disposizioni di tipo casistico, idonee ad agevolare senz'altro la pianificazione fiscale dei contribuenti e la certezza del diritto, ma che si erano rivelate poco efficaci nel soddisfare la pretesa di tutela onnicomprensiva del patrimonio erariale. Posto dinnanzi all'alternativa tra la creazione di una norma antielusiva di carattere generale e la costruzione di molteplici disposizioni analitiche il legislatore aveva

deciso, allora, di optare per la seconda delle due ipotesi, spalancando così le porte dell'ordinamento all'incessante ideazione di nuove fattispecie elusive, che hanno costretto, di fatto, gli uffici amministrativi e gli organi giudiziari a rincorrere fenomeni in perenne mutamento, con le sole armi messe loro a disposizione, tardivamente, da specifiche norme legislative.

Tuttavia, il comune sentire pareva, invece, essere radicalmente mutato agli albori degli anni '90, considerando che la scarsa duttilità applicativa delle specifiche disposizioni antielusive predisposte dal legislatore, in particolare l'art. 37-bis del D.P.R. 600/73 aveva, peraltro, fatto in modo che le stesse non riuscissero a sortire gli effetti sperati, impedendo all'Amministrazione finanziaria ed alla giurisprudenza di poter fare effettivamente fronte alle sempre maggiori richieste di gettito provenienti dall'apparato statale. Né, d'altro canto, una volta preso atto dell'inefficacia delle disposizioni esistenti, il legislatore fiscale si era poi preoccupato di predisporre un'ulteriore norma di carattere generale, che consentisse di fronteggiare le fattispecie non divenute oggetto di una preventiva tipizzazione.

Poste, così, dinnanzi alla colpevole inerzia del legislatore stesso, le corti italiane non erano riuscite a trovare altra soluzione che procedere alla creazione di uno strumento giuridico alternativo, delineandolo in maniera tale che lo stesso non si trovasse, poi, concretamente a soffrire della medesima analiticità che aveva già paralizzato le norme legislative esistenti: tale strumento era stato rinvenuto nella categoria antiabusiva che, nel frattempo, si era già andata stabilizzando come rimedio antielusivo in sede comunitaria, per effetto della sentenza *Halifax*. Un simile passaggio, tuttavia, aveva generato numerosi inconvenienti: la clausola antiabusiva, invero, aveva comunque finito per realizzare un'integrazione eterodossa del presupposto tributario che, per effetto di essa, si era trovato sostanzialmente a dipendere non più da una norma di carattere legislativo, bensì da un principio di matrice giurisprudenziale, che andava a comportare, nei fatti,

risvolti applicativi imprevedibili *ex ante* dal contribuente. Era risultato, di conseguenza, leso il principio della riserva di legge in materia tributaria (di cui all'art. 23 Cost.), sebbene, le conseguenze più gravi erano andate però a prodursi nell'ambito della materia penalistica con riferimento alla lesione dei principi di determinatezza e tassatività che informano le norme legislative incriminatrici.

La questione della rilevanza penale delle condotte elusive, pertanto, ha rappresentato, da un punto di vista astratto e dogmatico, molto più che una mera faccenda di carattere interpretativo, avendo costituito, a ben vedere, un vero e proprio banco di prova per saggiare sia la tenuta della concezione interna del principio di legalità (per come la stessa è stata accolta nella Carta Costituzionale) sia il ruolo creativo della giurisprudenza.

Preso atto della crisi istituzionale in cui versa l'assemblea legislativa e dell'incapacità di assicurare, mediante la sola imposizione della riserva di legge, la reale democraticità delle scelte da essa partorite, ci si domanda se la funzione di salvaguardia dei diritti di libertà ed autodeterminazione dei singoli non possa essere altresì tutelata dall'imposizione di meri controlli contenutistici e sostanziali, che risulterebbero perciò compatibili anche con l'elevazione a fonte del diritto della giurisprudenza. La risposta che deve trarsi dall'esame della vicenda in questione pare, tuttavia, muovere in direzione completamente contraria.

La depenalizzazione delle condotte elusive ad opera della giurisprudenza, anziché del legislatore, si è, infatti, in concreto tradotta non solo nell'incapacità di soddisfare l'esigenza di ragionevole prevedibilità delle decisioni giudiziarie da parte del contribuente, ma ha altresì determinato una totale deformazione del volto della tutela penale, delineando una sorta di diritto criminale a geometria variabile, in cui l'ampiezza del principio di legalità si è trovata a mutare estensione a seconda della materia e delle esigenze repressive dinanzi alle quali il principio stesso è stato chiamato ad intervenire.

L'insegnamento che se ne deve, di conseguenza, trarre è in materia di libertà, del resto, è solo la norma di legge a poter decretare eventuali limitazioni della stessa, non solo perché emanata da un organo che rappresenta tutti i suoi consociati (e che dovrebbe, pertanto, essere in grado di individuare le esigenze di tutela reputate in un determinato momento storico realmente pregnanti) e con una procedura che dovrebbe assicurarne la democraticità (imponendo la partecipazione delle minoranze) ma, soprattutto, poichè è solo mediante lo strumento legislativo, ove lo stesso sia predisposto nel rispetto dei vincoli redazionali di chiarezza, precisione e determinatezza, che può essere effettivamente assicurata l'esigenza del cittadino di essere posto adeguatamente al riparo dall'esercizio abusivo del potere di incriminazione statale. Certo, risulta innegabile che oggi il ruolo dello strumento legislativo abbia iniziato a trascolorare: se da una parte, però, una visione realista delle cose impone di non immaginare il giudice quale mero operatore applicativo di sillogismi giuridici, dall'altra, parrebbe parimenti incauto riporre fiducia incondizionata nel diritto giurisprudenziale, lasciando che sia la magistratura a dare effettiva sostanza a norme legislative prive di determinatezza.

Le operazioni ermeneutiche portate avanti dalla giurisprudenza in materia di abuso ed elusione fiscale (tanto con riferimento al settore tributario quanto a quello penale) possono essere, dunque, analizzate, come reazioni all'esercizio inefficiente della funzione legislativa da parte dell'organo ad essa preposto. E' accaduto, in altre parole, che la giurisprudenza si sia trovata ad intervenire in una situazione in cui, da un lato, il legislatore fiscale si era dimostrato sordo rispetto all'esigenza di implementare uno strumento in grado di arginare, in maniera adeguata, il fenomeno di cui si discute, e, dall'altro, che le disposizioni dallo stesso precedentemente emanate si fossero dimostrate tutt'altro che chiare, precise e determinate, consentendo così agli interpreti chiamati a dar loro

applicazione, di intervenire sul contenuto delle stesse, alterandone il significato.

Nel momento in cui, però, il legislatore ha posto fine al proprio stato di inerzia, introducendo in una norma di legge (l'art. 10-bis dello Statuto del Contribuente) una clausola generale antiabusiva e precisando, mediante la stessa, l'irrelevanza penale delle condotte elusive e l'estensione delle garanzie procedurali anche alle condotte abusive, la giurisprudenza ha provveduto immediatamente a modificare il proprio atteggiamento.

Dinnanzi ad una disposizione apparsa sufficientemente idonea a soddisfare le esigenze che ne hanno determinato la genesi ed inequivocabile nel precisare le linee guida dell'intervento legislativo, la Corte di legittimità ha, cioè, riallineato il proprio sentire a quello del Legislatore, indietreggiando rispetto alla assunta attitudine creatrice, mostrando come un nuovo punto di equilibrio tra potere legislativo e giudiziario possa essere effettivamente raggiunto, a patto, però, che il secondo non travalichi i limiti rispetto ai quali il principio di legalità funge da fondamentale baluardo.

L'analisi delle vicende relative all'utilizzo della categoria dell'abuso in chiave antielusiva si è rivelato, in ultima battuta, altresì funzionale a delineare questo ritrovato equilibrio.

Bibliografia

- P. BORIA, *Diritto Tributario*, Torino, 2016.
- F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, X, Milano, 2009, 240.
- P. VALENTE, *Esterovestizione e Residenza*, Milano, 2013.
- A. DEL SOLE, *Sotto il vestito niente, ovvero esterovestizione ed elusione penalmente rilevante*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, n.3/2014, 245 ss.
- U. MIGNOSI, *La presunzione di esterovestizione nella lotta all'evasione fiscale. (Art. 73 D.P.R. 917/1986 TUIR, commi 5 bis e 5 ter)*, in *Rivista Penale*, n. 7-8/2016, 613 ss.
- G. TURRI, *Trasferimento di sede all'estero di una società profili civilistici e fiscali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 2/2017, 408 ss.
- E. DELLA VALLE, *Residenza e stabile organizzazione*, in *Rassegna Tributaria*, n. 4/2016, 871 ss.
- D. CONTI- C. ROMANO, *Gli effetti di Beps e delle ultime pronunce di legittimità sui rilievi in tema di esterovestizione*, in *Corriere Tributario*, n. 9/2017, 692 ss.
- M. GABELLI, *Osservatorio fiscale*, in *Le società*, 3\2016, 381 ss.
- A. PRAMPOLINI, *Trasferimento della residenza fiscale e "valori in ingresso"*, in *Corriere Tributario*, n. 25\2015, 1919 ss.
- AA.VV., *L'esterovestizione: i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario (a cura di), Milano, 2016.
- P. VALENTE- D. M. CARDONE, *Esterovestizione: profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA, Milano, 2015.
- A. TOMASSINI, *Esterovestizione irrilevante penalmente senza la prova della costruzione artificiosa*, in *Corriere Tributario*, n.47/2015, 4584 ss.

- G. ZIZZO, *La nuova nozione di abuso del diritto e le raccomandazioni della Commissione europea*, in *Corriere Tributario*, n. 47/2015, 4577 ss.
- T. LAMEDICA, *Abuso del diritto ed elusione d'imposta a margine della prima sentenza della Cassazione*, in *Corriere Tributario*, 44/2015, 4409 ss.
- P. VALENTE, *Il Modello OCSE contro le doppie imposizioni*, in *Il fisco*, n. 3/2010.
- M.ALTOMARE-M.AMPOLILLA-G.BARBAGELATA-F.FACCHINI-S.MASSAROTTO-A.PORROA PRIVITERA-L.ROSSI, *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, Milano, 2014.
- P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, Milano, 2012.
- D. STEVANATO, *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corriere Tributario*, 2006, 2952 ss.
- P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting-L'Action plan dell'OCSE*, in *Il fisco*, n. 37/2013, 5745 ss.
- P. VALENTE, *Criticità e prospettive in materia di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il "profit shifting"*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 1/2014, 217 ss.
- F. FACCHINI-A. PORRO, *Considerazioni sulla residenza fiscale delle holding di partecipazioni e sull'applicazione della normativa CFC alle controllate estere stabilite in paesi "white list"*, in AA.VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, CEDAM, 2014, 107.
- P. VALENTE, *L'art. 25 del Modello di Convenzione OCSE: la procedura di composizione delle controversie internazionali*, in *Il fisco*, 9/2014, 863 ss.
- D. CAGNONI- A. D'UGO- A. GERMANI, *Riqualficazione in Italia di soggetti esteri: possibili strategie difensive*, in *Il fisco* 8/2016, 753.
- M. PIAZZA- G. D'ANGELO, *Esterovestizione e trasferimenti di sede: il coordinamento rimane difficile*, in *Il Sole 24 Ore*, 2/2017, 24 ss.
- D. DEOTTO- A. CARINCI, *Fuori dal perimetro penale le ipotesi di elusione*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2015, 14.

- A. CARINCI, *Elusione tributaria, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015.
- D. STEVANATO, *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corriere Tributario*, 2006, 2952 ss.
- M. THIONE, *L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi*, in *Il fisco*, 4/2010.
- F. SPINOSO, *La c.d. "esterovestizione societaria:" profili di incompatibilità con le convenzioni e con i principi di diritto comunitario*, in *Fiscalità Internazionale*, 2/2007.
- A. D'AVIRRO- M. GIGLIOLI- M. D'AVIRRO, *Reati tributari e sistema normativo europeo. La riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, Milano, 2017.
- M. CERRATO, *Sui confini tra esterovestizione e stabile organizzazione*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 5/2013.
- A. MEREU, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni al margine del caso "Dolce & Gabbana"*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 5/2012, 1001 ss.
- R. RIZZARDI, *Sentenza "Dolce & Gabbana": i chiarimenti su elusione e funzione di direzione e coordinamento*, in *Corriere Tributario*, 2/2016.
- C. ROMANO- D. CONTI, *Gli effetti di Beps e delle ultime pronunce di legittimità sui rilievi in tema di esterovestizione*, in *Corriere Tributario*, 9/2017, 692 ss.
- P. VENEZIANI, *Elusione fiscale "esterovestizione" e dichiarazione infedele*, in *Diritto penale tributario*, 7/2012, 858 ss.
- C. CONTI- A. GIARDA- A. MARANDOLA- G. SPANGHER- P. TONINI- G. VARRASO, *La nuova giustizia penale tributaria. I reati-Il processo*, Vicenza, 2016.
- A. DI AMATO, *La rilevanza penalistica dell'elusione fiscale*, in *I reati tributari*, Padova, 2002, 567.

- F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna Tributaria*, 4/2016.
- G. FALSITTA, *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2016, 707 ss.
- G. INGRAO, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approccio con più luci che ombre*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2016, 1433 ss.
- A. CONTINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2016, 1407 ss.
- G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2/2016, 465 ss.
- P. RUSSO, *Profili storici e sistema in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2016, 1 ss.
- G. DI VETTA, *Abuso del diritto nella prospettiva penale*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, A. GIOVANNINI, A. DI MARTINO, E. MARZADORI (a cura di), Milano, 2016.
- A. IACOPINI, *Elusione fiscale e abuso del diritto nel diritto penale: problematiche attuali e future*, in *La Giustizia Penale*, 7/2014, 429 ss.
- P. M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2015, 788 ss.
- R. RIZZARDI, *Sentenza "Dolce e Gabbana": i chiarimenti su elusione e funzione di direzione e coordinamento*, in *Corriere tributario*, 2/2016.
- E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2012.
- G.M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale, quale rilevanza penale?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 4/2011, 485.
- G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003.
- A. GIOVANNINI, *Il divieto di abuso del diritto in ambito tributario come principio generale dell'ordinamento*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2010.

- P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto e fiscalità nella giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Rivista di diritto finanziario*, 6/2009.
- F. GALLO, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rassegna tributaria*, 4/2001.
- G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009.
- M. VIETTI- G. TASCA, *Abuso del diritto e di potere*, Roma, 2012.
- R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna tributaria*, 1997.
- G. SALCUNI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: tra offensività e determinatezza*, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2014.
- G. DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale. "Funzioni e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in E. DOLCINI- C. E. PAGLIARO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.
- A. PERINI, *La "società non necessaria" come nuova frontiera dell'elusione fiscale penalmente rilevante?*, in *Rivista di diritto tributario*, 4/2013, III, 68 ss.
- L. TROYER- A. INGRASSIA, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 2081 ss.
- A. LOVISOLO, *L'art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva e il ruolo delle valide ragioni economiche tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria.*, 2009, 229 ss.
- G. MARONGIU - A. MARCHESELLI, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013
- E. DE MITA, *Fisco e costituzione*, Milano, 1984, 258.
- F. TUNDO, *Illegittimo il diritto al contraddittorio nell'accertamento antielusivo per disparità con l'abuso del diritto?*, in *Corriere tributario*, 2014, 29 ss.

- M. BEGHIN, *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in *Il Fisco*, 2015, 2207 ss.
- M. LEO, *Abuso del diritto: elementi costitutivi e confini applicativi*, in *Il Fisco*, 2015, 918 ss.
- S. PUTINATI, *Sub. Art. 3. Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in C. NOCERINO- S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n.158/2015*, Torino, 2015, 54 ss.
- L. IMPERATO, *Commento all'art. 3 d.lgs. 74/2000 mod. d.lgs. n. 158/2015*, in I. CARACCIOLI (a cura di), *I nuovi reati tributari. Commento al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158*, Milano, 2016, 96 ss.
- A. CARINCI, *Prime considerazioni sulla riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Il Fisco*, 2015, 3929 ss.
- A. CARINCI – D. DEOTTO, *Abuso del diritto ed effettività utilità della novella: much ado about nothing?*, in *Il Fisco*, 2015, 3107 ss.
- F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa i limiti e ambiti applicativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015.
- F. URBANI, *Elusione fiscale alla luce del nuovo art. 10-bis: qualche margine residuo di rilevanza penale?*, in www.iusexplorer.it, (26 luglio 2017).
- F. DONELLI, *Irrelevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10-bis dello Statuto del contribuente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 ottobre 2015.
- S. FINOCCHIARO, *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" di decreto legislativo in materia penale tributaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2015.