

Università degli Studi di Chieti e Pescara
“Gabriele D’Annunzio”
Facoltà di Scienze Manageriali

Tesi di Laurea
in
Diritto Tributario Comparato

“Gli strumenti di contrasto del fenomeno elusivo”

RELATORE:
Chiarissimo Prof.
Carlo Geronimo Cardia

LAUREANDO:
Carmelo Gagliostro
(matricola 3042717)

Anno Accademico 2005/2006

Gli strumenti di contrasto del fenomeno elusivo

INDICE

Capitolo I - Il concetto di elusione fiscale

1. Il problema dell’elusione fiscale
 - 1.1. Premessa generale
 - 1.2. Considerazioni introduttive
2. Le diverse forme di reazione del contribuente di fronte all’obbligo tributario
 - 2.1. Premessa
 - 2.2. Evasione
 - 2.3. Lecito risparmio di imposta
 - 2.4. Elusione
3. Elusione: nozione legale
4. Elusione: profili costituzionali
5. Confronto con simulazione ed interposizione fittizia di persona.
6. Perché e come va contrastata l’elusione.

Capitolo II - Strumenti di contrasto del fenomeno elusivo

1. Introduzione
2. Considerazioni
3. Le diverse tipologie di norme antielusive
4. Ordinamento tributario italiano e normativa antielusiva
5. Analisi storica dei progetti di norma generale antielusione in Italia
6. La normativa antielusione analitica
7. Riflessi sul piano sanzionatorio dell’elusione
 - 7.1. La irrogabilità di sanzioni amministrative in presenza di atti, fatti o negozi elusivi
 - 7.2. La rilevanza penale del comportamento elusivo, alla luce del D.Lgs. n. 74/2000
8. Conclusioni

Capitolo III - La disposizione antielusiva “generale” nell’ordinamento giuridico italiano.

1. Considerazioni introduttive
2. L’art. 10 della legge n. 408/1990
3. I comportamenti elusivi e il collegamento
4. L’art. 37-bis D.P.R. 600/1973
5. Requisiti applicativi - Le valide ragioni economiche

6. Requisiti applicativi - L’aggiramento di obblighi e divieti previsti dall’ordinamento tributario
7. Requisiti applicativi - Il perseguimento di vantaggi tributari indebiti
8. Le procedure di applicazione
9. La tipologia delle operazioni: casistica
10. Le modalità per superare le incertezze sulle norme antielusive
 - 10.1. Considerazioni preliminari
 - 10.2. L’interpello “antielusivo”
 - 10.3. I pareri del Comitato per l’applicazione delle norme antielusive
 - 10.4. L’interpello disapplicativo
11. La limitata efficacia dell’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 in relazione alle nuove strategie elusive

Capitolo IV - L’elusione tributaria in ambito internazionale

1. Il diverso e più complesso modo di atteggiarsi dell’elusione sul piano internazionale
2. La cooperazione fra stati per prevenire e reprimere l’elusione fiscale internazionale
 - 2.1. Premessa
 - 2.2. Le fonti e le forme delle intese di collaborazione

3. Competizione fiscale, elusione internazionale e armonizzazione comunitaria

4. Forme di riduzione internazionale del carico tributario

4.1. *Mutamento di residenza*

4.1.1. La residenza delle persone fisiche

4.1.2. La residenza di Enti, Società e Associazioni

4.1.3. Sui mutamenti di residenza

4.2. *Thin capitalization*

4.3. *Treaty shopping*

4.3.1. Il contrasto del treaty shopping

4.4. *Transfer pricing*

4.4.1. Norme relative al “transfer pricing” nell’ordinamento italiano

4.5. *Paradisi fiscali*

4.5.1. Sulla definizione di paradiso fiscale

4.5.2. Caratteristiche determinanti dei paradisi finanziari

4.5.3. I paradisi fiscali nella legislazione internazionale

4.5.4. I paradisi fiscali nella legislazione italiana

5. La Controlled Foreign Companies (CFC) Legislazione nell’ordinamento giuridico italiano

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI ELUSIONE FISCALE

Sommario

1. Il problema dell’elusione fiscale
 - 1.1. Premessa generale.
 - 1.2. Considerazioni introduttive.
2. Le diverse forme di reazione del contribuente di fronte all’obbligo tributario
 - 2.1. Premessa
 - 2.2. Evasione
 - 2.3. Lecito risparmio di imposta
 - 2.4. Elusione
3. Elusione: nozione legale.
4. Elusione: profili costituzionali.
5. Confronto con simulazione ed interposizione fittizia di persona.
6. Perché e come va contrastata l’elusione.

* * * * *

1. Il problema dell’elusione fiscale

1.1. Premessa generale

L’argomento che mi accingo ad affrontare, sicuramente di grande attualità, è sempre all’attenzione di ogni governo, nazionale e non.

Appare, perciò, importante parlare di elusione fiscale sotto il duplice profilo nazionale ed internazionale. Nella consapevolezza che questa scelta possa andare a scapito dell’organicità del lavoro, essa è stata comunque operata per motivi di completezza, ritenendo che è sicuramente opportuno, nell’approcciare, in una tesi di laurea, un problema di vaste dimensioni quale quello dell’elusione fiscale, di rendere conto dei maggiori, suoi possibili risvolti.

Il fenomeno elusivo riguarda, naturalmente, più tributi, pertanto una analisi di tutte le forme nonché dei vari aspetti comporterebbe un lavoro abnorme cosicché il presente studio mira ad analizzare, in via esclusiva, il fenomeno avuto riguardo l’imposte sui redditi.

Pertanto, dopo l’inquadramento generale del problema “elusione”, nei suoi aspetti definitori e nelle sue cause (capitolo I), si passerà ad illustrare quelli che sono gli strumenti di contrasto del fenomeno elusivo analizzando esclusivamente i c.d. strumenti propri dell’ordinamento tributario e delineando le caratteristiche della norma analitica e delle norma generale (capitolo II). Si continuerà esaminando la “disciplina antielusiva” attualmente presente nell’ordinamento italiano (art. 37 bis del Dpr 600/1973) con un cenno alla sua evoluzione storica ed a qualche critica avanzata dalla dottrina (capitolo III). Infine, sotto il profilo internazionale, vengono esaminate sia le metodologie

impiegate dagli Stati per fronteggiare gli abusi delle norme convenzionali, sia le forme tipicamente utilizzate dai contribuenti per porre in atto fenomeni elusivi a livello internazionale (capitolo IV).

1.2. Considerazioni introduttive

Dopo aver così delineato, per tratti generali, i contenuti del presente lavoro appare opportuno sviluppare preliminarmente alcune considerazioni di più ampio respiro, atte a definire, per quanto possibile, i contorni di questo fenomeno complesso e sfuggivo¹.

Le difficoltà di inquadramento del concetto di “elusione fiscale”, locuzione peraltro ampiamente diffusa, sono evidenziate dalla presenza di uniformità di definizioni solo sui tratti generalissimi del fenomeno, alla quale si contrappone però un’assoluta mancanza di univocità quando si tratta di delinearne con precisione le caratteristiche all’interno del sistema.

Il fenomeno elusivo, infatti, si può manifestare in maniera estremamente variabile ed è collegato a situazioni di fatto talmente eterogenee e mutevoli da renderne praticamente impossibile la riconduzione ad unità sistematica².

Per questo, il fenomeno dell’elusione tributaria, pur conosciuto e studiato fin

¹ La natura sfuggiva di tale concetto è espressa, in maniera originale ma efficace, in un articolo apparso negli anni ‘80 su una rivista di diritto tributario internazionale (WHEALER, *The grin of the Cheshire cat*, in *European Taxation*, 1983), in cui l’autore effettua un curioso parallelo fra dinamica di fatti elusivi e una vicenda narrata da Lewis Carroll nel famoso libro “Alice in wonderland”: Il gatto Cheshire scomparve piuttosto lentamente, cominciando dalla punta della coda, e finendo con il sogghigno, che rimase per un po’ di tempo dopo che il resto era sparito.

² Cfr. POLLARI, *Problemi dell’elusione fiscale: cause endogene ed esogene che possono favorirne la patologia*, in *Fisco* 34/1985.

dagli inizi del secolo³, è rimasto a lungo confinato sullo sfondo della scena tributaria⁴, assumendo un ruolo rilevante solo dagli anni ‘70, sulla spinta dei suoi effetti negativi sulle casse dello stato.

In termini generali, la sottrazione di entrate tributarie comporta una serie di negatività sulla finanza pubblica - difficoltà a perseguire il pareggio di bilancio, ingiustizie distributive, effetti distorsivi sull’allocazione delle risorse - che, scuotendo le fondamenta delle politiche sociali e di stabilizzazione del ciclo economico, determinano la sofferenza dell’intera impostazione dell’intervento pubblico in economia.

Ciò stante, la rilevante crescita del fenomeno dell’elusione in termini quantitativi avvenuta a decorrere da quegli anni, e perciò la sua più consistente concorrenza alla erosione delle entrate fiscali, ha attirato sulla fattispecie una maggiore attenzione dal parte del legislatore, giustificata inoltre da consistenti mutazioni di considerazione politica del problema fiscale e di correlata sensibilizzazione del cittadino in questa direzione⁵.

Il tema dell’elusione tributaria costituisce quindi il momento centrale di ogni politica fiscale che abbia di mira l’eliminazione dell’erosione della base

³ In realtà tale fenomeno è molto antico e può essere pensato come “coevo alla forme di prelievo più primitive”. Così TABELLINI, *L’elusione fiscale*, Milano 1987, pag. 7. Conformemente LOVISOLO, *L’evasione e l’elusione tributaria*, in Dir. Prat. Trib., 1984, osserva: “Evasione ed elusione tributaria sono entrambi fenomeni assai risalenti”. Nello stesso senso POLLARI, *Diritto penale e processuale penale e tributario*, Milano 1995, pag. 85, osserva che l’elusione “trova le proprie radici più profonde nell’intimo dell’homo economicus, nella sua innata tendenza a perseguire il massimo del vantaggio con il minimo sforzo”.

⁴ Cfr. LOVISOLO, *L’evasione e l’elusione tributaria*, cit.

⁵ Così POLLARI, *Problemi dell’elusione fiscale: cause endogene ed esogene che possono favorirne la patologia*, cit.; circa l’importanza della sensibilizzazione del cittadino medio al problema dell’elusione fiscale si può risalire molto indietro nel tempo: già nel 1948 il Ministro Vanoni aveva affrontato il tema in un discorso tenuto il 21 ottobre di quell’anno, riportato da SCUTO, *Esigenza di una perequazione tributaria*, in Dir. Prat. Trib., 1959.

imponibile e, soprattutto, il raggiungimento di una maggiore equità fiscale⁶, nel riconoscimento di quest’ultima come presupposto indefettibile di ogni sistema democratico e come garanzia di effettività del principio costituzionale recato dall’art. 53, che richiede la partecipazione di ciascuno alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva⁷.

Così, le numerose conseguenze negative, originate dal problema in esame, fanno sì che l’elusione non possa più essere relegata tra le fattispecie sostanzialmente irrilevanti e giustificano altresì l’esigenza di individuare adeguate soluzioni, atte ad arginare un fenomeno che tradizionalmente è sempre stato approcciato con atteggiamento di tolleranza, quasi a volergli attribuire natura di attività non suscettibile di censura⁸.

2. Le diverse forme di reazione del contribuente di fronte all’obbligo tributario.

2.1 Premessa

E’ agevole riconoscere come sia insita nella natura dell’operatore economico la tendenza a sottrarsi, in tutto o in parte, all’adempimento dell’obbligo tributario o,

⁶ In merito possiamo aggiungere che un buon sistema fiscale commisura il progresso e la civiltà di un popolo.

⁷ Cfr. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992; sostanzialmente nello stesso senso SANTAMARIA, *Elusione, evasione e reddito: in margine al convegno dell’Università di Cassino*, in *Il fisco*, 1989.

⁸ In tal senso anche D’ALFONSO, *Combattere l’elusione fiscale*, in *Il fisco* n. 32/1987, GALEOTTI FLORI nella sua relazione al Convegno di Studio “I reati tributari e responsabilità del professionista”, organizzato a Siena dal Monte dei Paschi di Siena nel febbraio 1988.

quanto meno, a limitare gli effetti economici che vi sono connessi⁹.

Sostanzialmente, coloro cui la norma è indirizzata possono agire:

- come se la stessa non esista, e quindi, pur ponendo in essere la condotta o versando nelle condizioni che ne costituiscono la fattispecie, non ne facciano seguire le conseguenze specificatamente previste.
- modificando il proprio comportamento in modo da aggirarne le disposizioni; in tale evenienza, l’efficacia della normativa non è alterata per scollamento tra fattispecie e conseguenze, bensì per “rimozione” o “modificazione” delle situazioni concrete in predicato di essere dalla stessa regolate¹⁰.

I comportamenti esposti presentano un fine comune, che è quello di annullare o ridurre l’entità dell’onere fiscale; estremamente varie risultano però le tecniche che vengono adottate per realizzare tale fine.

Autorevole dottrina¹¹, suddivide tali condotte in attive e passive. Saranno passive le condotte latamente finalizzate ad una sottrazione del contribuente al carico fiscale, evitando il sorgere del presupposto di imposta (rimozione ed elusione), ovvero creando materia imponibile ma impedendo totalmente o parzialmente la percezione della stessa da parte del fisco (evasione); si presenteranno invece come attive quelle condotte del contribuente rivolte ad un trasferimento dell’onere fiscale su altri soggetti (traslazione di imposta).

⁹ Il generico atteggiamento tendente alla minimizzazione dell’onere fiscale appare in astratto conforme ai criteri logici che regolano le scelte dei soggetti economici.

¹⁰ In tal senso CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 15.

¹¹ LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, in Enc. Giur., 1989, vol. XIII; COSCIANI, *Scienza delle finanze*, Torino 1977; STEFANI, *Corso di finanza pubblica*, Padova 1970; FIORENTINO, *Il Problema dell’elusione nel sistema tributario positivo*, in Riv. Dir. Trib., 1993.

Tralasciando quest’ultimo fenomeno¹², si rivela importante cercare di definire i confini, oggettivamente indeterminati e permeabili, esistenti tra le figure dell’evasione, dell’elusione e del lecito risparmio di imposta¹³.

2.2 Evasione

Tra le possibili condotte attuabili al fine di alleggerire in tutto o in parte il carico dell’imposizione fiscale, l’evasione tributaria – o tax insolvency - merita una posizione di prim’ordine, sia perchè diffusamente utilizzata dai contribuenti di tutto il mondo, sia perchè ha originato una vastissima letteratura, nonchè continui e rilevanti interventi legislativi.

L’indiscutibile dato da cui deve partire una disamina della fattispecie è l’assenza di una specifica nozione legale di evasione¹⁴, la quale, tuttavia, non impedisce che la stessa costituisca fenomeno suscettibile di autonomo inquadramento.

Tradizionalmente, in dottrina, con il termine “evasione fiscale” si indica “qualsiasi fatto commissivo od omissivo del soggetto passivo dell’imposizione che, avendo posto in essere il presupposto del tributo, si sottrae, in tutto o in

¹² Fenomeno per il quale colui - il contribuente di diritto - che è formalmente tenuto a pagare l’imposta all’ente impositore trasferisce l’onere di questa su di un altro soggetto - il contribuente di fatto.

¹³ In merito alla difficoltà di esaurire i suddetti concetti in una definizione formale positiva TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag. 22, osserva: “Vero è piuttosto che in relazione alla materia in esame il linguaggio, anche tecnico, ha utilizzato una notevole quantità di espressioni, in vista di un miglior risultato descrittivo del fenomeno; come è vero che l’impiego di termini ed espressioni in lingue diverse dalla nostra ne ha sfavorito la comprensione, non essendo sempre facile trarre termini italiani che riflettano il significato originario di quelli stranieri senza l’ausilio di perifrasi dispersive”.

¹⁴ L’assenza di una categoria formale costituisce dunque un punto di contatto tra i pur assai diversi fenomeni dell’elusione e dell’evasione fiscale.

parte, ai connessi obblighi previsti dalla legge”¹⁵.

Si tratta dunque di un fenomeno di opposizione e resistenza all’obbligo tributario, che si realizza tramite un comportamento fraudolento, ossia disonesto ed arbitrario, da parte del soggetto passivo¹⁶.

Da questa definizione emerge chiaramente che l’evasione postula una riduzione “diretta” dell’onere fiscale, in quanto il contribuente non cerca di intervenire sul fatto imponibile, che già esiste nella sua integrità, alterandone la configurazione, bensì tenta di sottrarsi illegalmente all’adempimento degli obblighi formali e sostanziali che la legge riconnette alla realizzazione di una determinata fattispecie.

Lo schema evasivo risulta, quindi, sempre *contra legem*, sia che si attui tramite l’affermazione di fatti falsi (costi non sostenuti ma dichiarati) o l’occultamento di fatti veri (compensi incassati e non dichiarati), sia che discenda da una applicazione erronea, in buona o mala fede, delle norme tributarie.

L’evasione può investire, quindi, sia questioni di diritto, come accade il più delle volte, sia questioni di fatto, attraverso comportamenti¹⁷ che, confrontati con gli ingegnosi e callidi procedimenti che caratterizzano l’elusione, risultano essere

¹⁵ Cfr. LOVISOLO, *L’evasione e l’elusione tributaria*, cit. Per HENSEL, *Diritto tributario*, Milano, 1956, pag. 148, nota 164, l’evasione rappresenta “un inadempimento (colpevole) della pretesa tributaria già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie”. Sull’argomento inoltre si vedano BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, cit., pag. 27; ANTONINI, *Evasione ed elusione di imposte (Gli atti simulati e le imposte di registro e sulle successioni)*, in *Gior. it.*, 1959, IV, 97; GONZALES GARCIA, *La cosiddetta “evasione fiscale legittima”*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1974; GROSSO, *L’evasione fiscale*, Torino, 1980; RAU, *Problemi fiscali di evasione, di sanzioni e di garanzie*, Milano, 1984; SANTAMARIA, *La frode fiscale*, Milano, 1987.

¹⁶ Cfr. HENSEL, *Diritto tributario*, cit., pag. 137.

¹⁷ Gli strumenti tipici dell’evasione sono infatti l’impiego di irregolarità ed artifici contabili e l’omissione delle dichiarazioni obbligatorie ai fini delle imposte sul reddito e sul valore aggiunto.

“semplici” e “primitivi”¹⁸.

Quali che siano in concreto questi comportamenti, essi provocano comunque due conseguenze peculiari alla figura in oggetto:

- la creazione di una apparenza illecita, o l’altrettanto illecita negazione di ogni apparenza giuridica, da cui derivano, rispettivamente, la riduzione e l’inesistenza del debito di imposta;
- l’impossibilità, per gli organi amministrativi, di compiere una esatta valutazione dell’imponibilità su base documentale¹⁹.

Trattandosi sempre e comunque di un fenomeno giuridicamente illecito, l’evasione tributaria è contrastata dall’ordinamento, che vi si oppone in modo differenziato, graduando la reazione in relazione alla gravità della violazione di legge e all’entità del mancato pagamento del tributo.

Nell’ordinamento sono così previsti non solo idonei strumenti volti al recupero del tributo ma anche un correlato sistema di sanzioni di carattere amministrativo e, per i casi più gravi, di carattere penale.

In merito, occorre evidenziare che, a differenza del previgente regime penal-tributario, che puniva anche le fattispecie prodromiche, con la riforma operata dal D.L.vo 74/2000, il concetto di evasione, in termini d’imposta evasa in sede di dichiarazione, ha trovato un esplicito riconoscimento normativo.

Con tale provvedimento, infatti, si è deciso di operare alcune distinzioni di

¹⁸ In tal senso GONZALES GARCIA, *La cosiddetta “evasione fiscale legittima”*, cit., pag 52, e anche DAVIES, *The limits of tax avoidance* in Dir. pr. trib., 1981, per il quale “Evaders are not that enamoured of the law. They deal with the reduction of taxation liability not by indulging in considerable though about legal phraseology and its limits, but by leaving the taking out of their tax returns, or same such simple but illegal methods”.

¹⁹ In tal senso CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 135.

fondo, non prive di conseguenze in termini sanzionatori.

La prima riguarda la dimensione del fenomeno, per cui assumono rilevanza ai fini dell'applicazione delle sanzioni penali solo le "grandi" evasioni, nelle quali l'imposta sottratta a tassazione oltrepassa i limiti legislativamente fissati, lasciando invece alla giustizia amministrativa tutte le situazioni relative agli importi meno rilevanti.

Un secondo elemento di differenziazione ha riguardato la pericolosità del comportamento tenuto dal reo, a seconda che abbia posto in essere o meno azioni fraudolente. In questo secondo caso, è operata un'ulteriore distinzione tra dichiarazione fraudolenta per annotazione di fatture per operazioni inesistenti o, viceversa, in ragione di altri artifici o raggiri.

In ogni caso, le conseguenze dei comportamenti evasivi si sostanziano in un danno all'Erario, in termini di minori entrate.

Tuttavia, l'evasione non rappresenta un costo soltanto a motivo del mancato introito di tributi, ma, su un piano sociale ed economico, anche in ragione degli effetti distorsivi nella distribuzione delle risorse e nell'applicazione del principio della capacità contributiva, nell'allocazione dei fattori produttivi - soprattutto capitale e lavoro - e negli schemi di funzionamento del mercato.

2.3. *Lecito risparmio di imposta*

I soggetti passivi di un tributo non sempre ricorrono a sistemi manifestamente illegali per ridurre il proprio obbligo d'imposta; anzi, in un sistema come il nostro, caratterizzato da un iperattivismo legislativo in materia fiscale, da sovrapposizione normativa, da scarsità di coordinamento e di chiarezza nei

precetti, si è ormai generalizzata la tendenza ad abbandonare le forme di evasione “primitive” a favore di procedimenti molto più sottili²⁰: lo scaltro contribuente cerca di sottrarsi alle norme tributarie senza incorrere nella palese e diretta violazione di queste, ma ricorrendo a comportamenti che, a seconda della sensibilità dell’autore, si possono classificare ora come elusivi ora come lecito risparmio di imposta.

All’estremo opposto dell’evasione fiscale si colloca il lecito risparmio d’imposta – o tax saving – il quale, muovendo dalla considerazione che non si rinviene alcuna norma che impedisca ai contribuenti di minimizzare lecitamente l’onere fiscale²¹, si concretizza allorquando il soggetto opera la scelta meno onerosa tra le diverse possibilità offerte dal sistema.

Nell’alveo di questa figura ci sembra di poter distinguere, a fini esplicativi, due fattispecie: quella della rimozione del presupposto del tributo e quella dell’economia di scelta.

Invero, autorevole dottrina²² ci suggerisce di non identificare i fenomeni del lecito risparmio di imposta e della rimozione del tributo, poichè, stante l’atteggiamento meramente passivo di quest’ultima, l’imposta, “più che risparmiata è preclusa alla radice” dato che se ne evita l’insorgere ab origine.

²⁰ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag 15.

²¹ In tale direzione si è espressa anche la relazione ministeriale di accompagnamento al D.lgs. n. 358/1997, in materia di riorganizzazioni aziendali, al fine di chiarire che le norme antielusive ivi contenute non impediscono al contribuente di porre in essere un legittimo risparmio d’imposta nei modi consentiti dall’ordinamento. D’altro canto, la minimizzazione dell’imposizione fiscale può ragionevolmente essere considerata come espressione del principio, costituzionalmente sancito, di libertà nelle scelte economiche; in altri termini, ognuno è libero di regolare i propri interessi in modo da limitare l’incidenza della tassazione.

²² Cfr. LOVISOLO, *L’evasione e l’elusione tributaria*, cit.

Pur accogliendo la citata precisazione, è opportuno evidenziare i tratti distintivi di questa condotta, che rappresenta probabilmente la più istintiva forma di reazione del contribuente di fronte all’obbligazione tributaria. Questa figura si realizza quando il contribuente, consapevole che la realizzazione di un certo evento determina l’insorgere di una obbligazione tributaria, rinuncia a porre in essere quel determinato comportamento integrante il presupposto di imposta.

La rimozione del tributo comporta quindi un atteggiamento passivo di restrizione volontaria della sfera di azione del soggetto il quale, al fine di prevenire il sorgere dell’obbligo tributario, cessa o rinuncia ad una attività economica fiscalmente rilevante oppure abbandona la consumazione di beni oggetto dell’imposta.

Un tale comportamento è di tutta evidenza lecito e non censurabile, non esistendo l’obbligo tributario di versamento dell’imposta in quanto non vi è alcun presupposto, a monte, in grado di giustificare l’obbligazione tributaria da cui deriverebbe l’obbligo di versamento²³.

E’ pacificamente da classificarsi lecito risparmio di imposta la figura della “economia di scelta”, che si concretizza nell’adozione di una scelta tra più alternative per ottenere un risultato diverso ma quasi ugualmente soddisfacente e con il vantaggio di ridurre o eliminare gli oneri fiscali²⁴.

Quello che caratterizza la figura in esame è, dunque, la ricerca di un risparmio di imposta, anche quale unico fine dell’operazione, e l’assenza di manipolazioni o strumentalizzazioni della norma tributaria, che condurrebbero verso l’attiguo

²³ In tal senso CARACCIOLI, *Tax saving, tax avoidance, tax evasion: prime osservazioni sugli effetti penali*, in *Il fisco*, 35/92.

²⁴ In tal senso GALEOTTI FLORI, *L’elusione tributaria*, in *Il fisco*, 14/89.

fenomeno dell’elusione.

Quando la normativa fiscale, in via strutturale o per scelta del sistema, offre al contribuente più alternative aventi pari dignità e tendenti verso il medesimo risultato, il comportamento del contribuente che sceglie quella fiscalmente più conveniente è pienamente lecito²⁵; non pare corretto neanche il richiamo alla figura dell’elusione “finché il sistema contiene due strade maestre, il contribuente che sceglie quella fiscalmente meno onerosa non elude l’altra”²⁶.

La piena legalità di tale condotta è, *ictu oculi*, evidente e così maggiormente appare se si pensa alla pluralità di opzioni, esplicitamente previste dal legislatore, cui il soggetto passivo può ricorrere per governare la formazione del proprio reddito imponibile²⁷.

Così, a titolo di esempio, non sono illeciti, nè censurabili, la scelta del tipo di società, il comportamento del soggetto passivo che pianifica l’ammontare del reddito nei singoli periodi del medio termine al fine di non perdere l’indeducibilità dei componenti negativi non tempestivamente dedotti²⁸, ovvero la

²⁵ Quando l’obiettivo del contribuente è raggiungibile attraverso una pluralità di schemi giuridico-formali, aventi trattamento fiscale diverso, è fisiologico cercare di raggiungere il proprio scopo attraverso il miglior trattamento tributario tra quelli previsti.

²⁶ Cfr. LUPI, *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in Rass. Trib., 1995.

²⁷ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, così osserva: “Gli esempi di politica economico-tributaria o di tecnica tributaria, nei quali il risparmio di imposta, anche sotto forma di sospensione di imposta, costituisce indeclinabile riferimento di razionali scelte di gestione o di investimento, nonché incentivo o disincentivo, oppure contropartita di altre obbligazioni o rinunce, sono tali e tanti, e talmente eterogenei da sottrarsi ad una configurazione unitaria e da implicare considerazioni che ci portano lontano”.

²⁸ Parte della dottrina sostiene in merito che l’amministratore che sistematicamente ignorasse le regole della convenienza (anche fiscale) si esporrebbe a revoca per giusta causa e conseguente azione di responsabilità. In tal senso, tra gli altri, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, pag. 77; TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag 17.

scelta del risparmiatore di un determinato investimento in funzione del relativo prelievo, etc.

Il panorama offerto al contribuente/consumatore è dunque denso di stimoli e di freni, anche di ordine meramente fiscale, di cui lo stato si serve per indirizzare le scelte dei soggetti passivi al fine di realizzare programmi di politica fiscale e/o di politica economica di più ampio respiro²⁹

Da questo punto di vista è del tutto irrazionale ipotizzare che il soggetto passivo non scelga la via fiscalmente meno onerosa³⁰, la quale, oltre ad essere pacificamente legittima, “realizza la finalità che il legislatore aveva inteso perseguire con i provvedimenti da cui la scelta è scaturita”³¹.

Scongiurato, tramite le precedenti riflessioni, il rischio di una indiscriminata demonizzazione del “contribuente risparmiatore d’imposta”, dobbiamo però tenere ben distinta, almeno sul campo teorico, la figura del lecito risparmio di imposta da quella dell’elusione³².

Quest’ultima richiede infatti un aggiramento malizioso della fattispecie, che è un fenomeno ben diverso dalla scelta della via meno onerosa tra due strade

²⁹ Cfr. COSCIANI, *Principi di scienza delle finanze*, Torino, 1953, pag. 105 e 567 e PARRAVICINI, *Scienza delle finanze*, Milano, 1975, pag. 224.

³⁰ In merito GOTHOT, *The purpose test and abuse of right*, in Dir. Prat. Trib., 1985, pag. 1224 afferma che “la scelta fatta dal contribuente è nient’altro che l’uso della libertà data al cittadino dal diritto civile e dalla Costituzione di fare tutto ciò che non è vietato. Perciò non è sicuramente vietato di evitare situazioni in cui l’imposta è dovuta. Il desiderio di evitare l’imposizione è normale. E’ persino inconcepibile che il contribuente possa avere un atteggiamento diverso. Cosa si penserebbe di un contribuente che, nel corso di una transazione commerciale, si chiedesse cosa fare per pagare la maggiore quantità di imposta?. Non è naturale che si ponga la domanda contraria?”

³¹ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 20.

³² Tale distinzione può infatti operare nettamente solo su un piano teorico, data l’esistenza di numerose manifestazioni concrete di incerta classificazione.

previste in alternativa dalla legge; cosicché, alla liceità effettiva dell'una (lecito risparmio di imposta), che dà concreta attuazione alla normativa tributaria, si contrappone la non manifesta illiceità, o la legalità (solo) apparente dell'altra (elusione), che invece vanifica intenzionalmente la previsione tributaria ³³.

2.4 Elusione

In posizione mediana rispetto ai fenomeni testé delineati si pone l'elusione fiscale - o tax avoidance -, consistente in comportamenti intesi ad utilizzare strumentalmente le carenze dell'ordinamento allo scopo di evitare il perfezionamento del presupposto impositivo e, quindi, l'insorgenza dell'obbligazione tributaria.

Si può facilmente evincere, quindi, che esiste una stretta contiguità tra il mero risparmio d'imposta e l'elusione. Difatti, anche quest'ultima persegue l'obiettivo economicamente comprensibile di ridurre il carico tributario, determinando, però, effetti fortemente distorsivi nel sistema di contribuzione alle spese pubbliche.

Punto di partenza dell'analisi, è l'identificazione del concetto di elusione fiscale con l'insieme delle tecniche e dei comportamenti del soggetto passivo di imposta che impedisce, in tutto o in parte, il sorgere della fattispecie legale imponibile, mediante l'uso accorto di istituti giuridici, con il risultato di far ricadere la capacità contributiva sotto una configurazione giuridica diversa da quella sua propria, al fine di ridurre od annullare l'onere tributario.

I fenomeni elusivi che ne discendono possono essere assai vari, avendo in

³³ In tal senso CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 122; TABELLINI, *L'elusione fiscale*, cit., pag. 21.

linea teorica, come unico limite, la fantasia del soggetto passivo di imposta; ciononostante, sembra di poter scorgere dietro ad ogni operazione che si definisce “elusiva” la contemporanea presenza di tre elementi caratteristici ed indispensabili³⁴:

- a) un elemento soggettivo;
- b) un elemento oggettivo;
- c) il risultato raggiunto³⁵.

L’elemento soggettivo consiste nell’intento, unico o prevalente che abbia mosso l’operatore, di risparmiare imposta, sicché un primo indicatore circa l’esistenza di una condotta elusiva è l’assenza di un apprezzabile ed effettivo interesse economico alla realizzazione dell’operazione³⁶, ossia di un interesse diverso da quello di aggirare una normativa reputata sfavorevole. La necessità dell’elemento intenzionale viene generalmente illustrata con argomenti di tipo equitativo: si vuole evitare che l’elusione sia identificata *tout court* con l’impiego di uno strumento giuridico insolito³⁷.

³⁴ L’impostazione considerata è stata originariamente proposta da BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, cit., pag 27.

³⁵ In realtà il primo di tale elementi, e cioè quello soggettivo, include gli altri, che possono essere considerati indizi obiettivi della sua esistenza. Infatti l’intento non va inteso come la “semplice coscienza di porre in essere un atto che è in contrasto con lo spirito della legge”, o come la rappresentazione psichica dello scopo perseguito dalle parti, bensì come il progetto che informa l’azione e da essa è direttamente rivelato.

³⁶ Sono considerati indizi di tale assenza: “la stretta successione temporale degli atti, il carattere inusuale dei patti e delle condizioni o dei negozi collegati, il carattere atipico o inusuale delle regole che deviano senza motivo da quelle tipiche dell’istituto adottato, ecc...” In tal senso D’AYALA VALVA, *I problemi dell’evasione e dell’elusione nell’attuale normativa*, in Dir. Prat. Trib., 1989. A titolo di esempio, notiamo come la carenza di un interesse legittimo sia evidente nelle costruzioni circolari, la cui esecuzione, pur non introducendo alcun mutamento nella sfera economica del contribuente, può far conseguire un significativo risparmio di imposta.

³⁷ Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag 167.

Non si possono però nè ignorare le difficoltà connesse alla dimostrazione in concreto dell’intento elusivo³⁸, nè le perplessità circa la sussistenza di tale principio nell’ordinamento italiano.

La sostituzione dell’intento speculativo con una serie di presunzioni legali assolute (*iuris et de jure*) induce a considerare l’intento di eludere come elemento risultante su base indiziaria delle caratteristiche del procedimento scelto e non come entità a sè stante³⁹.

Sotto il profilo oggettivo, gli indici rivelatori della presenza di una operazione elusiva sono: l’anormalità dei procedimenti scelti e la surrogabilità degli stessi con il procedimento tipizzato delle norme eluse.

L’anormalità che qui si considera non può essere intesa come atipicità, rara riscontrabilità nell’uomo d'affari medio, poichè non esiste nel nostro ordinamento alcun principio che obblighi a scegliere un procedimento piuttosto che un altro al fine di ottenere certi effetti giuridici ed economici, stante il disposto dell’art. 1322 C.C. In quest’ottica, un giudizio meramente qualitativo avrebbe un valore esclusivamente indiziario. Tenendo conto dell’art. 53 della Costituzione e del principio di certezza del diritto, è necessario individuare il concetto di anormalità nella deviazione da una funzione istituzionale prestabilita del negozio per la quale esso è riconosciuto e tutelato dall’ordinamento⁴⁰; in

³⁸ In merito CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 169 parla di oggettivazione dell’ermeneutica negoziale, che si pone non come analisi della violazione in sè, ma come analisi dell’azione informata dalla violazione.

³⁹ Questa ricerca, però, è certamente utile nella misura in cui il suo ambito resta quello della individualità negoziale, può invece risultare deviante laddove invada il terreno dell’illecito tributario.

⁴⁰ Secondo CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 25, “l’anormalità si sostanzia in un allontanamento dalla procedura utilizzata da ciò che si

altre parole, nell’assunzione di una causa differente da quella per la quale l’atto è stato istituito⁴¹. L’operazione in questione, tutt’altro che agevole nella pratica, consente di non intaccare il principio di autonomia contrattuale, che altrimenti verrebbe leso. Anormalità e surrogabilità in senso economico sono, dunque, due fattori necessari alla qualificazione del negozio giuridico, ma, data la vigenza del summenzionato principio di autonomia contrattuale, non sufficienti. Perciò, il comportamento inconsueto non è, in quanto tale, censurabile; lo può però diventare sicuramente in assenza di un interesse legittimo, quando cioè l’anormalità del procedimento è dovuta alla volontà delle parti di aggirare una disposizione di legge, sfruttando i formalismi del sistema.

L’ultimo degli elementi caratterizzanti i fenomeni elusivi è rappresentato dagli effetti del procedimento, che deve permettere di ottenere un risparmio di imposta non previsto o consentito, neppure implicitamente, dal legislatore.

E’ importante sottolineare che tali elementi non devono essere presunti, ma che siano d’ufficio appurati nel caso singolo, in modo da consentire al contribuente la prova contraria.

L’elusione sembra così occupare un ambito residuale che si colloca fra risparmio d’imposta, esplicitamente consentito, ed evasione, altrettanto esplicitamente vietata. Appare come un *tertium genus*, al quale è possibile ricondurre comportamenti multiformi, che pur essendo accomunati dagli elementi prima indicati, tendono a differenziarsi in funzione sia delle concrete

reputa ordinario”.

⁴¹ Cfr. TRINCO, *Analisi storico-critica dei progetti di norma generale antielusione*, in Fisco 22/1991, per il quale il giudizio “frequentista” può correttamente operare solo qualora sia un fatto o un comportamento e non un atto lo strumento giuridico utilizzato a fini elusivi.

finalità perseguite mediante lo strumento impiegato, sia della forma di prelievo che mirano ad evitare⁴².

3. Elusione: nozione legale.

L’assegnazione di una precisa dimensione concettuale al fenomeno dell’elusione fiscale è compito assai arduo.

Ai caratteri di astrattezza e sfuggevolezza che fisiologicamente accompagnano tale fenomeno, rendendolo concetto “quasi” privo di una propria essenza, bisogna aggiungere l’inesistenza nel sistema tributario italiano di una sua definizione positiva e generale, cui fa eco, ai fini dell’inquadramento del problema, un apporto limitato e discontinuo della giurisprudenza.

Questo non significa che il problema dell’elusione sia stato ignorato dal legislatore fiscale, tutt’altro: l’assenza di una precisa definizione del fenomeno è la conseguenza di una consapevole scelta, in quanto *“affrontare il problema dell’evasione legale attraverso una enunciazione di principio, di interpretazione nè facile nè sempre equa, è praticamente impossibile”*⁴³.

Tuttavia, l’assenza di una definizione o previsione positiva non solo accentua l’evanescenza della figura, ma impone di guardare al fenomeno elusivo non già come ad una “categoria formale”, bensì come ad una mera “categoria logica”, elaborata in funzione descrittiva, con la quale ci si riferisce all’insieme delle possibilità di aggiramento delle norme attuabili dal soggetto passivo di fronte al

⁴² Cfr. TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag. 36.

⁴³ Questa è l’opinione della Commissione di studio della riforma tributaria, riportato da COSCIANI, *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, Milano 1964, pag. 145.

sorgere dell’onere tributario⁴⁴.

Ciò premesso, si può tentare di fornire una definizione, che serva a riassumere alcuni importanti punti di vista sotto cui sarà analizzato il fenomeno.

Così, l’elusione consiste nell’insieme delle tecniche e dei comportamenti del soggetto passivo di imposta che impedisce, in tutto o in parte, il sorgere della fattispecie legale imponibile, mediante l’uso accorto di istituti giuridici, con il risultato di far ricadere la capacità contributiva sotto una configurazione giuridica diversa da quella sua propria, al fine di ridurre o di annullare l’onere tributario⁴⁵.

In generale, l’essenza del comportamento elusivo è quella di ritorcere la forma di una regola contro la sua finalità sostanziale⁴⁶ ed eludere significa quindi mettere in scacco una norma (tributaria) con astuzie, come del resto suggerisce l’etimo latino che racchiude il riferimento al gioco⁴⁷.

Elusore è perciò colui che regola i propri affari mediante fattispecie civilistiche con il principale o l’esclusivo scopo di ridurre il proprio onere fiscale, senza che questo determini alcuna violazione di legge.

⁴⁴ Conformemente CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale (Il problema dell’elusione fiscale)*, Padova, 1992, pag. 132; e anche CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna 1996, secondo il quale “L’elusione costituisce una categoria logica di origine dottrinale, che racchiude il complesso delle tecniche e dei comportamenti posti in essere dal soggetto passivo al fine di aggirare e render vane norme tributarie impositive”.

⁴⁵ In tal senso BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, traduz. a cura di FORTE, Milano 1954, pag. 27, per il quale “si ha elusione di imposta allorché, attraverso un determinato procedimento intenzionale fin dal principio, venga posto in essere un patto che non integri i presupposti per l’imposizione oppure attenui la grossezza dell’imposta dovuta”. Così anche LOVISOLO, *L’evasione e l’elusione tributaria*, cit.

⁴⁶ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 22.

⁴⁷ Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 132.

Rebus sic stantibus, l’elusione è un fenomeno lecito⁴⁸ e l’aggiramento della fattispecie astratta, che distoglie la norma elusa dal suo ambito di applicazione⁴⁹, appare espressione di una “*habilité*” delle parti, di una loro “*malitia*” se si vuole, ma sempre tale da restare entro i confini di un gioco leale⁵⁰. La conferma di questa impostazione deriva dalla constatazione per cui lo Stato, non essendo nè titolare di un diritto pubblico eminente sui beni dei suoi soggetti, nè essendone comproprietario, non ha alcun diritto acquisito alle contribuzioni pubbliche⁵¹. Non esiste infatti, nessun principio, implicito od esplicito, per cui i cittadini, nel regolare i loro affari, debbano salvaguardare gli interessi del fisco.

Emerge, quindi, che l’operatore, nel rispetto puntuale del diritto positivo, ha la facoltà di scegliere gli strumenti negoziali che ritiene più idonei a regolare la propria sfera di interessi.

Si realizza così concretamente il principio dell’autonomia negoziale del soggetto risultante dall’art. 1322 del codice civile⁵², per il quale le parti possono

⁴⁸ Cfr. SCAILTEUR, *La frode legale*, in Dir. Prat. Trib., 1959, traduz. a cura di Costa e Uckmar.

⁴⁹ In merito D’ARGENTRE’, *Costume de Bretagne*, art. 73, nota I, n. 3 dichiara che “la libertà delle parti nella scelta delle disposizioni permesse dalla legge non può sotto nessun pretesto essere ostacolata”. In più PATHIER, *Traites des friefs*, 2° parte, cap. I, sez. II, art. I, ribadisce che “non c’è frode se ci si serve regolarmente di mezzi legali: nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur”.

⁵⁰ Cfr. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano 1969, pag. 339; in tal senso anche CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in Digesto dir. priv., sez. comm., V, Torino, 1990, pag. 220. Adirittura per GOLDSMITH, *Tax avoidance, tax evasion*, in International Bar Association, 2° ed., Londra 1987, pag. 44 ss. “Nowadays.....reprobation is counterbalanced by admiration, affording at the same time a challenge to talented, but fair, lawyers as well as causing same exasperation in the time-worn opposition between administrations and tax payers”

⁵¹ Cfr. SCAILTEUR, *La frode legale*, cit.

⁵² Il principio dell’autonomia negoziale venne considerata dalla Commissione della riforma del 1971/73 come “una conquista dei moderni ordinamenti, il cui unico limite alla sua

liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti posti dalla legge e possono anche concludere contratti che non appartengono a tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico⁵³.

Questo principio consente, dunque, di ricorrere a contratti innominati i quali, pur richiamandosi allo schema negoziale di un negozio tipico, se ne discostano, quanto alla causa, di quel tanto da avere una propria distinta individualità⁵⁴.

Accade così che l’eventuale norma antielusiva dettata con riferimento al contratto tipico non si applichi al contratto innominato frutto della fantasia contrattuale⁵⁵.

libertà di espressione può essere costituito dalla illiceità della causa”. E’ da rilevare però come la prospettiva di questa affermazione sia senz’altro limitata; tralasciando infatti i principi di uguaglianza e capacità contributiva, il discorso si esaurisce nella contrapposizione fisco-contribuente.

⁵³ Un interessante punto di vista sotto il quale valutare le interrelazioni tra autonomia contrattuale e possibilità elusive è quello che prevede la distinzione dei contratti nelle due categorie di a) contratti per adesione standard; b) tutti gli altri contratti a parti perequate. La prima classe dà al fisco il maggior grado di affidabilità, perchè si può escludere che comprenda contratti stipulati o regolati da finalità elusive: la produzione di massa richiede contratti per adesione e avviene in forme organizzate che richiedono evidenze e documentazioni. Diversamente avviene per i contratti a parti perequate, dove si può sempre presumere l’esistenza di un interesse elusivo, il cui soddisfacimento è reso possibile dalla flessibilità contrattuale garantita dall’art. 1322 C.C. Sempre in merito al legame tra autonomia contrattuale ed elusione, Cfr.. TREMONTI-VITALETTI, *Le cento tasse degli italiani*, Bologna 1986, pag. 56, per i quali “l’onere fiscale è funzione del tipo, del grado, delle dosi di autonomia contrattuale esercitati dalle parti nel proprio reddito attraverso contratti fiscalmente rilevanti”.

⁵⁴ Cfr. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992 e *Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1991.

⁵⁵ L’enfasi posta sull’autonomia contrattuale deriva dallo stretto legame tra questa ed il problema dell’elusione fiscale. Secondo autorevole dottrina, LUPI, *L’elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. Trib.* 1994, il presente approccio non è del tutto corretto, poichè elusione e abuso dell’autonomia contrattuale sono due problemi da non confondere. L’Autore rileva che “la casistica è sempre più convincente nel dimostrare che l’elusione non dipende dalla libertà negoziale e dalla autonomia privata, ma dall’esistenza stessa di regole” e, ancora “il diritto tributario non prevede l’autonomia negoziale, ma stabilisce che, al verificarsi di determinati fatti, devono essere pagate certe imposteL’autonomia negoziale è perciò un problema per il diritto civile, dove i privati

L’elusione fiscale esiste quindi solo nella disciplina di norme specifiche: fuori da esse, non esiste altro che la libertà nelle espressioni dell’autonomia contrattuale.

Conseguentemente, si può stabilire che l’elusione fiscale non si iscrive nella categoria dei “*mala in se*” - comportamenti che violano in modo automatico valori fondamentali e, di riflesso, interessi giuridicamente protetti - ma piuttosto in quella dei “*mala quia prohibita*” - comportamenti che sono espressione di una volontà legislativa specificatamente ordinata a proteggere certi interessi in certi casi⁵⁶. Da questa visuale, incentrata sull’esaltazione della libertà negoziale, l’elusione tende a divenire uno pseudo-problema: chi, infatti, senza ricorrere ad atti fittizi o mascherati, si pone nella situazione fiscale più vantaggiosa, non commette alcun illecito. Al contrario, provvede ai suoi interessi a viso aperto e nel rispetto della legge⁵⁷.

La tesi della liceità del fenomeno elusivo, pur trovando un valido supporto nelle argomentazioni fino ad ora svolte, nel pensiero di illustre dottrina⁵⁸ e, fondamentalmente, anche nella giurisprudenza di merito, che tende a riconoscere la legalità della scelta della via meno onerosa, non trova unanime consenso.

Così, il concetto di elusione e la sua implicita presunzione di liceità, nel tempo, hanno costituito oggetto di rimediazione. Si è dunque sottolineata la presenza

non costruiscono solo fatti presupposto, ma costruiscono regole essi stessi”.

⁵⁶ Cfr. LUPI, *L’Elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, cit. e *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, cit.

⁵⁷ Cfr. SCAILTEUR, *La frode legale*, cit.

⁵⁸ Cfr. TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna 1988, pag. 34.

di certi comportamenti che, ancorchè non esplicitamente vietati da norme tributarie, possono presentare profili di illiceità⁵⁹, trasportando l’elusione dal lecito risparmio di imposta verso la sostanziale inosservanza delle leggi tributarie, verso l’abuso, il privilegio e quindi, in una parola, verso l’ingiustizia.

Ecco quindi che accanto alla categoria dell’elusione “lecita” verrebbe a porsi la categoria dell’elusione “discutibilmente lecita”.

Secondo questa impostazione, l’elusione tributaria postula una riduzione del prelievo fiscale attuata abusando di “forme” tipizzate, con effetti pienamente leciti e meritevoli di tutela: non è dunque la “forma” in sè stessa che produce il fenomeno, ma l’uso distorto che ne viene fatto, grazie al quale si dà parvenza di legalità ad una riduzione di imposta altrimenti indebita⁶⁰.

I fautori di questa impostazione sottolineano l’esistenza di un problema inerente la legittimità dei comportamenti elusivi, che emerge chiaramente quando si tenti un contemperamento di interessi e di posizioni giuridiche, fatalmente contrastanti, tra contribuenti, beneficiari della già richiamata autonomia contrattuale, e l’Amministrazione Finanziaria, che ha il dovere di trarre dalle tasche del contribuente la maggior somma possibile a titolo di imposta⁶¹.

⁵⁹ POLLARI, *Problemi dell’elusione fiscale: cause endogene ed esogene che possono favorirne la patologia*, cit., sottolinea come “talune erronee ed artificiose rappresentazioni della realtà, di per sè ininfluenti sul piano della liceità, potevano essere qualificate come artefizi, raggiri, o mezzi ingannevoli, quando acquisivano rilevanza ai fini del riconoscimento di esclusioni o benefici fiscali”.

⁶⁰ Cfr. TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag. 20.

⁶¹ In tal senso ARENA, *Elusione d’imposta e perequazione tributaria*, in Riv. G.F., 1954, per il quale “l’elusione dell’imposta gioca nell’ampio campo di lotta tra contribuente e fisco, e si avvale di tutti i mezzi, favoriti dalla complicatezza del sistema tributario, dall’oscurità non necessaria delle norme fiscali, spesso rese inapplicabili dalla deficiente tecnica legislativa”. Conformemente CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 33.

Taluni comportamenti elusivi risultano, infatti, sfacciatamente abusivi oltre che onerosi per la collettività e squilibranti per il sistema, sicché parrebbe abdicativo che l’Amministrazione Finanziaria ammetta la propria impotenza senza aver preliminarmente sperimentato una intensa azione difensiva.

Sono queste le principali motivazioni che spingono questa dottrina ad evidenziare la sostanziale non congruenza del fenomeno elusivo con il sistema⁶², anche se, mancando la violazione immediata di una norma, non è possibile ricondurlo nell’alveo del palese illecito.

La querelle dottrinale sulla liceità o illiceità del fenomeno elusivo sembra, dunque, di ardua e incerta risoluzione, poiché la discriminante dei comportamenti del contribuente risiede in un giudizio di valore espresso dallo stesso, sull’appartenenza di una singola norma tributaria al novero di quelle legittimamente e sempre applicabili⁶³.

E’ ora quindi chiaro che l’estrema difficoltà nell’inquadrare correttamente e precisamente il fenomeno elusivo, riconducendolo definitivamente nell’alveo della liceità o meno, dipende sia dalla varietà delle condotte elusive, che ora si atteggiavano come strumento difensivo contro incongruenze del sistema, ora come determinate e scientifiche azioni di attacco alla “cittadella” del diritto per impadronirsi di vantaggi esplicitamente non previsti, sia soprattutto dal fatto che la discriminante fra queste condotte non è rappresentata da un criterio certo e oggettivo, bensì dall’intenzione del contribuente.

⁶² In particolare TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag. 20 e POLLARI, *Problemi dell’elusione fiscale....*, cit.

⁶³ In realtà TRIVOLI, *Contro l’introduzione di una clausola generale antielusiva nell’ordinamento tributario vigente*, in Dir. Prat. Trib., 1992, osserva che “il destinatario della norma non dovrebbe avere titolo ad esprimere un giudizio sulla legittimità di una norma, in omaggio al principio della inderogabilità della legge”.

4. Elusione: profili costituzionali

Il corretto inquadramento del fenomeno elusivo non può prescindere dal considerare il contenuto delle norme precettive costituzionali che sono, per lo stesso, di più diretto interesse.

E’ necessario pertanto ricordare l’art. 53 della Costituzione⁶⁴, in base al quale tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva, nonché l’art. 23⁶⁵, che prevede che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base a legge.

In particolar modo si può segnalare una peculiare lettura dell’art. 53 Cost., secondo la quale il principio della capacità contributiva in esso stabilito identifica un limite al libero svolgimento dell’autonomia privata.

Seguendo questo indirizzo ermeneutico, il precetto costituzionale appare direttamente applicabile ai rapporti intersoggettivi, che condiziona nella struttura e nello sviluppo, collegandoli all’assetto giuridico tipizzato della norma impositiva. L’elusione della fattispecie legale, interrompendo tale collegamento, viola il principio della capacità contributiva e, conseguentemente, lede l’interesse sociale tutelato⁶⁶.

Questa impostazione parrebbe trovare una sua conferma in una sentenza della

⁶⁴ Per un esauriente approfondimento sul tema della capacità contributiva, si rimanda a MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970 e MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973.

⁶⁵ Sul significato del principio di riserva di legge si rinvia a FEDELE, *Corrispettivi di pubblici servizi, prestazioni, imposte, tributi*, in Riv. Dir. Fin., 1971; CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in Giur. Cost., 1962, pag. 130; FOIS, *Legalità (principio di)*, in Enc. Dir., vol. XXIII, Milano 1979, pag. 659.

⁶⁶ Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 150 ss.

Corte di Cassazione⁶⁷, nella quale si sancisce che “l’art. 53 si pone come fonte immediata ed operativa⁶⁸, la cui violazione può comportare la sanzione della nullità delle manifestazioni di autonomia negoziale con essa confliggenti”.

In relazione allo specifico oggetto della controversia cui la sentenza si riferisce, è però poi prevalsa una linea interpretativa che ha escluso in concreto il conflitto tra clausola contrattuale e art. 53; ma l’affermazione di principio della Corte è stata ripresa dalla dottrina al fine di ipotizzare la nullità - ex art. 1344 C.C. - dei negozi di elusione fraudolenta della norma tributaria⁶⁹.

Lo schema proposto invero merita alcune considerazioni critiche. In primis, il ricorso all’art. 53 Cost. può determinare incertezze e dubbi, non essendo facile il più delle volte stabilire quando un negozio giuridico sia conforme al principio di capacità contributiva. Ciò in quanto la norma in questione non determina in alcun modo quale è la capacità contributiva di un soggetto, ma ha il diverso scopo di indicare la funzione della capacità contributiva rispetto al dovere di

⁶⁷ Cass. civ., S.U., 18 dicembre 1985, n. 6445, in “Giust. Civ.” 1986, relativa all’accollo di imposta.

⁶⁸ Anche ammettendo l’immediata efficacia precettiva della norma costituzionale nei riguardi dell’elusione, si deve poi stabilire che tipo di rapporto intercorra fra la norma fiscale ordinaria, l’art. 1344 C.C. e lo stesso art. 53 Cost. GALLO, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in “Giur. Comm.”, 1989, rileva come la complessa situazione che deriva dalla combinazione delle tre norme può essere così descritta: “La norma fiscale ordinaria offre i parametri per la valutazione della fattispecie concreta, ma non può considerarsi oggetto di una frode alla legge in senso tecnico, perchè l’aggiramento di essa non integra gli estremi del danno sociale; l’art. 1344 è la GeneralKlausel “mutuata da un altro ordinamento”; l’art. 53 è la norma materiale effettivamente elusa, perchè espressiva di un interesse della collettività”.

⁶⁹ Cfr.. MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, Padova, 1993, pag. 15; in tal senso anche CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 31. Inoltre la stessa Corte è stata assai prudente nell’interpretare in questa maniera la norma costituzionale, avendo sempre ben presenti “le rilevanti implicazioni economiche negative di una indiscriminata estensione del principio di nullità”.

concorrere alle spese pubbliche ⁷⁰.

Inoltre il suddetto principio non può essere applicato senza tenere conto di altra norma costituzionale, qual’è il principio di riserva di legge di cui all’art. 23, per il quale “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base a legge”.

Quindi, nel caso di elusione di norma impositiva, tra la fonte normativa costituzionale (l’art. 53) e la fonte normativa contrattuale, si deve porre l’art. 23 Cost.⁷¹. L’art. 53 trova quindi concreta attuazione solo in presenza di una specifica norma di legge imperativa, poichè non ogni manifestazione di capacità contributiva è fiscalmente rilevante, ma solo quelle a cui il legislatore ha conferito la qualifica di presupposto dell’obbligo di imposta⁷².

Prevalente è quindi in dottrina l’opinione di quanti ritengono che l’efficacia precettiva dell’art. 53 finisca per tradursi in una serie di vincoli e limiti per il legislatore e non per l’autonomia negoziale dei privati.

Questo implica che, in assenza di specifica norma imperativa, l’autonomia privata può liberamente esprimersi senza che sussistano i presupposti di applicazione dell’art. 1344 Cod. Civ., e quindi, in caso di contrasto di un negozio privatistico con l’art. 53 della Costituzione, non si può ricorrere alla scorciatoia della nullità contrattuale, ma bisogna proporre l’eccezione di illegittimità costituzionale per carenza della norma impositiva.

⁷⁰ Cfr.. ARDIZZONE, *Nullità di patti traslativi di tributo*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1985.

⁷¹ Cfr.. MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, cit., pag. 15.

⁷² Conformemente TINELLI, *Il reddito d’impresa nel diritto tributario*, Milano 1991, pag. 9, osserva che “mentre la capacità contributiva presuppone comunque una capacità economica, non sempre la capacità economica di un soggetto equivale tout court ad attitudine contributiva”.

In questo ordine di idee, il principio di legalità disposto dall’art. 23 della Costituzione si pone quindi quale elemento fondamentale per contenere la discrezionalità dell’Amministrazione finanziaria, ponendo l’accento sul formalismo normativo quale garanzia della certezza del diritto⁷³, intesa come “prevedibilità che il diritto riconnette all’agire del soggetto”.

Alla luce di quanto finora esposto, si può concludere che la repressione dell’elusione fiscale può essere realizzata solo nel contemporaneo rispetto delle garanzie (principio di legalità) sottese ad una legittima esplicazione dell’attività amministrativa e delle precise esigenze di certezza del diritto.

5. Confronto con simulazione ed interposizione fittizia di persona

Per poter avere un quadro alquanto chiaro dei vari fenomeni appare opportuno, oltre a quanto già detto, fare un breve cenno delle differenze che intercorrono tra l’elusione (base del presente lavoro) e le figure della simulazione e dell’interposizione fittizia di persona.

E’ bene precisare che l’elusione non va confusa con nessuna delle altre due figure.

➤ Elusione – Simulazione

Nell’elusione il comportamento manifestato è quello voluto (dalle parti) e non c’è la violazione dell’ordinamento legislativo se non - e tutt'al più - indiretta. Nella simulazione, invece, le parti vogliono conseguire un risultato diverso da quello

⁷³ Le regole devono quindi essere prestabilite se vogliono operare come vincolo per l’Amministrazione finanziaria, anzichè essere inventate al momento della loro applicazione.

che "appare" dagli atti e dai negozi (formalmente) posti in essere, per cui si configura una violazione (diretta) della normativa.

I due istituti non sono assimilabili, anche se non può essere escluso che la prima possa essere realizzata per mezzo della seconda, dato che l'attività simulatoria può essere strumentale al perseguimento, oltre che di finalità illecite (evasione), anche di intenti elusivi.

In breve, si può affermare che la simulazione poggia su tre elementi:

- ◇ l'intenzione ingannatoria nei confronti dei terzi;
- ◇ la divergenza voluta, cioè un consapevole contrasto tra dichiarazione ed effettiva intenzione di chi la pone in essere;
- ◇ l'accordo simulatorio, cioè un'intesa, precedente o coeva alla dichiarazione reciproca delle parti, sulla divergenza tra negozio stipulato e rapporto effettivo: elemento, questo, che distingue la simulazione dalla "riserva mentale" (nella quale manca una intesa tra i soggetti). La dichiarazione è solitamente trasfusa in una separata controdeklarazione (o controscrittura), dalla quale emerge la vera volontà dei contraenti.

La simulazione può essere assoluta o relativa: è assoluta quando le parti pongono in essere un dato negozio, ma in realtà non vogliono concludere alcun negozio (art. 1414, comma 1, del cod. civ.); è relativa, quando le parti manifestano la volontà di concludere un certo negozio (cosiddetto simulato), ma in realtà vogliono realizzarne uno diverso (cosiddetto dissimulato) o quando la parte "vera" del contratto è diversa da quella che appare e "presta il proprio nome" (simulazione soggettiva o interposizione fittizia).

In relazione all'elusione, viene in rilievo solo la simulazione relativa, dato che, in

entrambi i casi, le parti pongono in essere un negozio giuridico (al contrario che in caso di simulazione assoluta, in cui le parti non vogliono porre in essere alcun negozio): ma mentre nell'elusione il negozio è espressione della volontà (reale) delle parti, nella simulazione viene rappresentata una realtà diversa da quella effettiva (simulata).

- ***Elusione – Interposizione fittizia***

L'elusione si differenzia, anche, dall'interposizione fittizia di persona. In particolare nell'elusione le parti dell'operazione, o del complesso di operazioni, sono quelle che risultano dagli atti o negozi, nell'interposizione (fittizia) le parti vere (interposte) sono invece diverse da quelle che figurano all'esterno (interponenti). Si realizza, così, una simulazione relativa soggettiva, nella quale l'interponente esprime la volontà "effettiva", mentre l'interposto manifesta una volontà apparente.

Quando una persona fisica o giuridica interpone tra sé e il Fisco un altro soggetto, si crea una situazione ove l'apparenza è preordinata a mascherare la realtà, che determina una evasione in capo al "vero" soggetto passivo d'imposta (art. 37, comma 3, del D.P.R. nr. 600/1973 e successive modificazioni), diversamente con l'elusione si conclude - e si formalizza - un negozio effettivamente voluto, i cui effetti sono simili a quelli previsti dalla norma elusa, ma con un beneficio fiscale "non spettante" in base al "sistema tributario".

6. Perché e come va contrastata l'elusione

L'elusione comporta problemi:

- *sia sotto il profilo sociale*, perché viola il principio costituzionale di

"capacità contributiva", (in presenza di un medesimo risultato economico-patrimoniale, un soggetto non vuole corrispondere i "giusti" tributi che altri devono, invece, pagare);

- *sia sotto il profilo erariale*, perché produce un (non trascurabile) danno all'Erario, il quale deve reperire la materia imponibile sottratta, attivandosi con nuove imposizioni nei confronti della generalità dei contribuenti (per far fronte alle spese programmate).

È pertanto logico e doveroso che lo Stato persegua un fenomeno che "abusa" del diritto e può creare distorsioni nell'economia e tensioni sociali. Una lotta seria all'elusione va, però, sviluppata:

- non sul piano amministrativo, perché non è corretto forzare l'interpretazione delle norme per affermare regole ritenute (dal Fisco) opportune, pur in assenza di una corrispondente legislazione;
- né sul piano giurisdizionale, dato che il giudice deve applicare la legge esistente e il comportamento tenuto dal contribuente - seppure socialmente ed economicamente censurabile - non è giuridicamente illecito;
- bensì e solo, sul piano legislativo, con l'emanazione di disposizioni - generali o specifiche - dirette a scoraggiare gli abusi, eliminare le scappatoie, impedire gli stratagemmi diretti a ridurre l'onere che l'ordinamento tributario ritiene di addossare ad una determinata "operazione".

Nel contesto legislativo, la normativa antielusiva si pone: per un verso, come eccezione ("norma-contro" rispetto alle regole), in quanto tende a rendere

inopponibili all'Amministrazione finanziaria fatti, atti o negozi perfettamente validi sotto il profilo civilistico che - in un sistema dominato dal principio (formale) della riserva di legge (art. 23 della Costituzione: "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge") - costituisce normalmente la base della imposizione; per altro verso essa si propone di attuare - nonostante le possibili imperfezioni legislative - il principio costituzionale (art. 53) per cui "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva".

In definitiva, si può affermare che la norma antielusiva cerca di fare prevalere "la sostanza sulla forma" anche nel campo tributario per finalità equitative e nonostante la riserva di legge.

CAPITOLO II

STRUMENTI DI CONTRASTO DEL FENOMENO ELUSIVO

Sommario

1. Introduzione
2. Considerazioni
3. Le diverse tipologie di norme antielusive
4. Ordinamento tributario italiano e normativa antielusiva
5. Analisi storica dei progetti di norma generale antielusione in Italia
6. La normativa antielusione analitica
7. Riflessi sul piano sanzionatorio dell’elusione
 - 7.1. La irrogabilità di sanzioni amministrative in presenza di atti, fatti o negozi elusivi
 - 7.2. La rilevanza penale del comportamento elusivo, alla luce del D.Lgs. n. 74/2000
8. Conclusioni.

* * * * *

1. Introduzione

Le molteplici difficoltà che si incontrano nel tentativo di inquadrare correttamente ed esaurientemente il concetto di elusione fiscale sono destinate ad aumentare all’atto in cui si cerca di individuare gli strumenti più opportuni da opporre a tale fenomeno.

La lotta al fenomeno elusivo presenta difficoltà di carattere tecnico nell’individuare efficaci strumenti giuridici correttivi, difficoltà derivanti dall’essere l’elusione la più sofisticata forma di opposizione del contribuente all’esosità del sistema fiscale.

A monte dei problemi tecnici, possono essere scorti problemi di fondo, in quanto inerenti l’opportunità e la legittimità stesse della lotta all’elusione.

Sotto il profilo della sua opportunità, può rilevarsi come l’assumere quale obiettivo di politica finanziaria la guerra all’elusione, ossia al fenomeno umano di sottrarsi alla penosità del tributo con mezzi leciti, rischia di divenire una iattura per la certezza del diritto, quando non anche per l’economia⁷⁴.

Sotto il profilo della legittimità, invece, si può ricordare che le scelte economiche dell’elusore (per quanto moralmente censurabili) poggiano su riferimenti giuridici che l’ordinamento stesso mette a disposizione.

Perchè allora porsi l’elusione come problema?⁷⁵

La risposta può essere rinvenuta sia in ragioni di equità fiscale e giustizia

⁷⁴ E’ questa la tesi sostenuta da GRASSI, *L’elusione tra la certezza del diritto e le ragioni dell’economia*, in *Il Fisco*, n. 31/1995, per il quale la lotta all’elusione tributaria non deve essere condotta sul piano attuativo del diritto, bensì attraverso l’eliminazione degli abusi che la norma stessa consente non avendoli previsti.

⁷⁵ Sulla base di considerazioni analoghe a quelle qui sviluppate, si pone tale quesito POLLARI, nella presentazione dell’opera *Elusione fiscale* di De Leva, Ertmann, Failla, Roma, 1998.

sociale che di gettito. Infatti, il principio solidaristico della capacità contributiva viene ad essere violato nel momento in cui, verificandosi lo stesso presupposto impositivo, taluni assolvono l’obbligo tributario mentre altri lo eludono.

In secondo luogo, l’indebita sottrazione di ricchezza imponibile posta in essere a mezzo dell’elusione determina un danno economico per le casse dello stato, il quale, per far fronte alle spese programmate, dovrà inasprire la pressione tributaria, aumentando le sperequazioni già presenti nel sistema tributario.

Superando queste questioni di fondo, e prendendo invece atto che la lotta all’elusione è di fatto perseguita non solo nel nostro paese, ma in tutti i paesi a più alta civiltà giuridica, lo scopo del presente capitolo è quello di esaminare i vari strumenti cui, con maggiore o minore efficacia, si può fare ricorso.

Così come vario e complesso è il fenomeno elusivo, altrettanto vari e numerosi sono gli strumenti della lotta all’elusione, strumenti che possono essere classificati come: strumenti intersettoriali, strumenti mutuati da altri ordinamenti e strumenti propri del settore tributario.

Tralasciando gli strumenti intersettoriali (interpretazione della norma e superamento delle forme negoziali) e gli strumenti mutuati da altri ordinamenti (simulazione, interposizione fittizia di persona, negozio indiretto e negozio in frode alla legge), ci occuperemo solamente di quelli che sono gli strumenti di contrasto propri del settore tributario.

2 Considerazioni

L’estrema varietà di forme con cui può presentarsi l’elusione - discrepanza tra realtà giuridica e realtà economica, impiego di negozi collegati fra loro,

anormalità degli strumenti legali adottati, surrogabilità del risultato economico ottenuto rispetto alla fattispecie assunta a presupposto di imposta, ecc. - hanno suggerito di affrontare il problema ricorrendo, in chiave antielusiva, sia a strumenti propri dell’ordinamento giuridico generale sia a figure civilistiche tipiche e atipiche che presentino punti di contatto con il fenomeno in esame.

I risultati ottenuti dall’utilizzo di questi strumenti sono però stati insufficienti ad arginare il fenomeno, e questo non solo per i limiti intrinseci agli strumenti stessi, ma soprattutto a causa della difficoltà derivanti dalla loro ridotta operatività in un settore come quello tributario che, oltre ad essere diverso dal loro settore di origine, si caratterizza per una marcata peculiarità.

Non incorrono ovviamente in questo limite quella parte degli strumenti antielusivi che possiamo definire interni al sistema tributario e che prevedono, alternativamente o congiuntamente, il ricorso a clausole antielusione generali o specifiche.

Le clausole specifiche si caratterizzano per una struttura normativa a fattispecie chiusa, in cui il legislatore prevede i relativi presupposti applicativi in maniera rigida, tassativa e dettagliata.

Tali norme si indirizzano contro un ben determinato comportamento elusivo privandolo di quella tutela giuridica che garantiva la “liceità” al comportamento malizioso del contribuente.

In relazione alla valenza normativa delle clausole specifiche, si può dire che queste, pur garantendo un’ampia tutela dei principi di certezza del diritto e riserva di legge, presentano in certi casi innegabili limiti di efficacia.

E’ infatti possibile sia che la normativa correttiva venga posta in essere dal

legislatore con eccessivo ritardo rispetto al sorgere del fenomeno elusivo, legittimando in tal modo l’impunità di un gran numero di comportamenti elusivi pregressi, sia che essa stessa presti il fianco a qualche “aggiramento elusivo” da parte dei contribuenti⁷⁶.

La ricerca di una maggiore duttilità di funzionamento in sede di applicazione suggerisce quindi l’adozione di clausole antielusive generali, le quali, per definizione, possono operare anche nei confronti di tutte quelle ipotesi concrete inesistenti nel momento in cui il legislatore ha emanato la norma, che presentino le caratteristiche della fattispecie astratta.

Anche questa impostazione non è stata scevra da critiche, le quali si sono incentrate sui rischi che deriverebbero dall’attribuzione di poteri troppo ampi all’Amministrazione finanziaria, il cui fondamentale ruolo è quello di controllare il rispetto delle leggi tributarie, non di farle.

3. Le diverse tipologie di norme antielusive

Si è già detto che l’elusore, al contrario dell’evasore, agisce alla luce del sole, rispettando formalmente le norme, ma di fatto traendo vantaggi che non gli sarebbero spettati ove le disposizioni fossero state redatte adeguatamente e in coerenza con l’impianto legislativo generale.

Dalla constatazione della imperfezione dei dettati legislativi e della loro stratificazione, che consente manovre dirette a sottrarsi alla “giusta imposizione”, nasce l’idea di una norma antielusiva generale, destinata, in astratto, a valere in ogni circostanza e in ogni settore impositivo; con

⁷⁶ Cfr. PISTONE, *L’abuso del diritto e l’elusione fiscale*, cit., pag. 22.

attribuzione, all'Amministrazione finanziaria, di tutti quei poteri che le consentano, dopo aver proceduto ad una riqualificazione giuridico - formale dei rapporti (per farli coincidere con la realtà sostanziale), di trarne le debite conseguenze sul piano del prelievo fiscale. Sennonché, una norma antielusiva generale, oltre a rendere ancora più incerto e complesso il quadro legislativo di riferimento, presenta il rischio di essere discorsiva in sede di (sua) concreta applicazione: perché finisce per essere punitiva in casi del tutto fisiologici (anche se anomali e complessi) e, viceversa, tollerante in relazione a situazioni "ben costruite" e formalmente ineccepibili, ma sostanzialmente scorrette e inaccettabili. Di qui la decisione, assunta da diversi Paesi, di elaborare una "norma generale" antielusiva, ma con un "correttivo" che ne limiti la portata a "fattispecie predeterminate": al fine di contrastare solo i comportamenti patologici più rilevanti e diffusi, nel convincimento che un'azione più diffusa, ed apparentemente più incisiva, finirebbe per produrre, in concreto, più danni che vantaggi.

Sul piano teorico, è evidente che una "norma generale" (e senza limitazioni di sorta) sarebbe più logica... ma presuppone un sistema tributario "per principi" perché - altrimenti - si pone ad un livello diverso rispetto alle altre norme dell'ordinamento: in quello italiano, di tipo casistico, comporterebbe seri problemi applicativi; per di più, essa richiede un'Amministrazione finanziaria preparata, sensibile ed equilibrata non solo sul piano giuridico, ma anche economico, in quanto la sua finalità è quella di evitare disarmonie o, peggio, distorsioni nell'applicazione delle norme e solo in subordine di reperire entrate (o, meglio, impedire indebite riduzioni di gettito).

La disposizione "generale a fattispecie predeterminate", indubbiamente, costituisce una soluzione "di compromesso" fra esigenze dissuasive e difficoltà operative: il Legislatore si limita a considerare solo le operazioni (semplici o complesse) che - con più frequenza e maggiore danno per la collettività - vengono "manipolate" e sfruttate da contribuenti callidi, per affermare che, in presenza (o in assenza) di una serie di condizioni, i vantaggi tributari che ne derivano sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria. Sa bene - il legislatore - che esistono altre operazioni o comportamenti elusivi, ma decide di non intervenire per evitare troppi vincoli e il pericolo di una eccessiva incertezza applicativa... con il rischio, però - da non sottovalutare - che sia l'Amministrazione finanziaria o, peggio, la giurisprudenza a darsi carico di "eliminare quelle distorsioni" e ripristinare "l'ordine violato".

Altre considerazioni meritano, invece, le cosiddette "norme specifiche antielusive", per effetto delle quali talune operazioni vengono rese fiscalmente più onerose (spesso) per la difficoltà di individuarne i contorni e operando - per ciò stesso, in via oggettiva - una scelta che penalizza le situazioni fisiologiche e favorisce quelle patologiche (e "in odore" di vera e propria evasione).

In queste circostanze non si dovrebbe, però, parlare di disposizioni "antielusive", quanto, piuttosto, di norme dirette ad ampliare la base imponibile e/o il gettito erariale (o, semmai, ad evitare le "evasioni" tributarie): è il caso del trattamento tributario delle autovetture aziendali/private, del "telefonino" aziendale/privato, delle "spese di pubblicità" o dei costi per alberghi e ristoranti sostenuti formalmente dalle imprese, ma che, talora, vanno a diretto - e personale - beneficio di amministratori o soci. In tutti questi casi la norma viene

applicata automaticamente (salva la possibilità di far valere l’“interpello disapplicativo”) ed è irrilevante il contesto specifico (che, viceversa, è di fondamentale importanza per cogliere l’esistenza, o meno, del fenomeno elusivo), determinando - come già detto - un onere ingiusto a carico di chi l’autovettura, il telefonico, l'albergo lo usa per fini aziendali e premiando con una riduzione non spettante il soggetto che imputa all'impresa costi che, in realtà, sono di pertinenza (di solito) di una persona fisica che ha un collegamento più o meno diretto con l'impresa.

4. *Ordinamento tributario italiano e normativa antielusiva*

Allo stato attuale la nostra legislazione tributaria si caratterizza per l’assenza di un principio antielusione positivo ed esplicito di carattere generale. A lungo la difesa del sistema è stata affidata ad una serie di numerose norme preordinate a neutralizzare specifici comportamenti elusivi, solo dal 1990 affiancate da una clausola settoriale come sopra definita.

Questa situazione è la conseguenza di una forte tradizione formalistico – garantista, che ha da sempre osteggiato la nascita di una norma antielusiva generale.

Detta soluzione si pone dunque come la concreta realizzazione di un indirizzo di politica legislativa da tempo vivo e presente nel nostro ordinamento, che impone il rispetto alla “lettera” della legge quale garanzia della certezza del diritto.

La rapida crescita del fenomeno elusivo ed il suo conseguente passaggio da disfunzione fisiologica e tollerabile a gravissima patologia, fonte di profonde

iniquità, ha indotto ad un ripensamento sul tema della tutela del sistema dal problema elusione.

Il nostro sistema fiscale si caratterizza per la presenza di una nutrita serie di norme analitiche in chiave antielusiva e, per converso, per l’assenza di un principio generale antielusione.

Questa assenza è criticata da quella parte della dottrina che, ravvisando nell’impostazione casistica un fattore agevolativo del fenomeno elusivo⁷⁷, mette in luce come l’elusione sia progressivamente divenuta un’utile e meno pericolosa alternativa all’evasione, specialmente per le grandi imprese.

L’introduzione di una clausola generale antielusiva appare perciò non solo opportuna, ma addirittura necessaria: opportuna per contrastare la tendenza del nostro sistema fiscale a svilupparsi in modo particolaristico e manualistico⁷⁸; necessaria per le dimensioni assunte dal fenomeno elusivo e per i connessi effetti distorsivi, prodotti in misura via via crescente.

La norma generale antielusione dovrebbe perciò caratterizzarsi per l’accento posto sull’elemento soggettivo, ovvero sulla ricerca della maliziosità e fraudolenza del comportamento, pur limitando l’effetto dell’applicazione della disposizione alla riqualificazione del negozio elusivo solo sotto l’aspetto fiscale.

In sostanza, l’introduzione di una norma generale antielusiva permetterebbe di

⁷⁷ Sono favorevoli all’introduzione di una clausola generale, tra gli altri, GALLO, in *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, cit., in *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge*, cit., e in *Elusione senza rischio: il Il Fisco indifeso di fronte a un fenomeno tutto italiano*, cit; TREMONTI, in *Autonomia contrattuale e normativa tributaria* e in *La fiscalità industriale*, cit., pag. 30, e MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, cit. pag. 18, per il quale “L’attuale sistema tributario italiano contrasta con il principio di capacità contributiva e con il principio di eguaglianza laddove - non prevedendo clausole generali antielusione - consente (addirittura strutturalmente) che sfuggano a tassazione capacità contributive esistenti ed analoghe a quelle già tassate”

⁷⁸ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 165.

coprire gli interstizi del sistema privi di una specifica protezione normativa antielusione: come si vede, i sostenitori della clausola generale non ritengono la stessa una alternativa alle disposizioni antielusive specifiche, ma una integrazione delle stesse, da utilizzare nei confronti di quegli atti, singoli o funzionalmente collegati, che sfuggono alla elencazione tassativa.

Si otterrebbero così i seguenti risultati positivi:

- a) evitare in via preventiva il danno in termini di minor gettito quando l'intervento del legislatore si verifica a posteriori dopo che le operazioni elusive sono già state perfezionate⁷⁹;
- b) tutelare tutte quelle operazioni che, oltre ad avere una giustificazione fiscale, si caratterizzano per la presenza di un interesse che dia senso alla scelta voluta;
- c) elevare la negatività dell'intenzionalità fraudolenta ad argomento decisivo e convincente per giustificare, anche in termini di giudizio di valore, la forte pressione sull'autonomia contrattuale dei soggetti che è connessa alla riqualificazione fiscale del negozio da parte dell'Amministrazione⁸⁰.

Questo orientamento dottrinale trova un'implicita conferma giurisprudenziale in due sentenze della Corte di Cassazione⁸¹, nelle quali la Corte, avendo

⁷⁹ Si invoca quindi un dispositivo di tipo automatico che consenta di chiudere la stalla prima che i buoi fuggano, e non dopo.

⁸⁰ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 167.

⁸¹ Cass., 9 maggio 1979, n. 2658, in Riv. Dir. Fin., 1982 e Cass. 7 ottobre 1981, in Dir. Fall, sez. comm., 1982). Le vicende cui si fa riferimento riguardano: a) una permuta di titoli di stato (precedentemente consegnati ai figli da parte del genitore) contro immobili di proprietà di quest'ultimo, al fine di eludere la più onerosa imposta di successione ed applicare l'imposta proporzionale di registro; b) una distribuzione mascherata di utili, realizzata attraverso il passaggio, con regolare delibera, a riserva degli utili di esercizio e la contemporanea erogazione ai soci di somme derivanti dalla riduzione della riserva sovrapprezzo azioni. In entrambi i casi, pur diversi, la Corte di Cassazione ha intravisto

individuato, con riferimento a fattispecie concrete, uno scopo fraudolento nel comportamento dei contribuenti, ed attribuendo dunque rilevanza all’elemento soggettivo, ha disapplicato *tout court* il negozio elusivo, assoggettando i contribuenti al regime fiscale più oneroso proprio del negozio “sostituito”.

L’opinione presentata non è però condivisa da tutta la dottrina, parte della quale sostiene che l’introduzione di una clausola generale antielusiva nell’ordinamento tributario vigente causerebbe danni più gravi degli abusi elusivi, dei quali essa dovrebbe porsi come cura⁸².

La tesi di fondo di questa impostazione è che, allo stato attuale, il sistema tributario italiano è ancora immaturo per accogliere una norma antielusiva di carattere generale che abbia caratteristiche di oggettiva applicabilità e di ragionevole prevedibilità nel quadro di un ordinamento giuridico rispondente alle caratteristiche costituzionali.

Le difficoltà di inserire una tale norma in un contesto caratterizzato da una pluralità di norme poco coordinate⁸³ sono del tutto evidenti, se si considera che essa, per poter efficacemente operare, necessita di un assetto legislativo ordinato e di funzionari con alta preparazione, che non si facciano fuorviare dal facile arbitrio.

uno scopo fraudolento e quindi optato per la riqualificazione della fattispecie, attribuendo loro un nomen iuris consono alla loro reale sostanza.

⁸² Viene alla mente l’antica massima per cui sovente il timore del male conduce al peggio.

⁸³ La mancanza di coordinamento tra le norme fiscali italiane è tale da indurre autorevole dottrina TRIVOLI, *Contro l’introduzione di una clausola generale antielusiva nell’ordinamento tributario vigente*, cit., a sostenere: “da questo punto di vista il nostro assetto legislativo tende a perdere le caratteristiche del sistema per assumere quelle di un supermercato della legge, nel quale le prescrizioni e i comandi si accavallano senza un ordine percettibile, in una confusione endogena e foriera di forti danni in termini di credibilità dell’ordinamento, di equità e di quantità del prelievo, di legittimità nella azione di accertamento”.

Inoltre un principio antielusione è tale solo se comporta la ricerca del risultato economico effettivo, anche al di là delle forme legali prescelte per occultarlo: esso postula dunque per definizione la ricerca della realtà. Quindi questo principio non può essere semplicemente inserito in un sistema che storicamente è fondato sulle presunzioni, a meno di non voler incorrere in gravi problemi di compatibilità che possono determinare gravi ingiustizie.

Di più, si deve precisare che l’introduzione di una norma generale antielusione nell’ordinamento tributario non ne garantisce, di per sé, l’efficienza: in assenza infatti di un punto di equilibrio fra garantismo ed equità, la norma generale può essere interpretata ristrettivamente o di fatto vanificata⁸⁴.

Oltre ai problemi di organico coordinamento con il nostro sistema tributario, l’introduzione di una norma generale antielusione pone rilevanti problemi in materia di certezza del diritto, nella misura in cui detta norma stabilisce che, quando il contribuente approfitta a proprio favore delle imperfezioni normative, queste ultime non lo proteggono più.

Insomma “quando il contribuente sta per vincere strumentalizzando a proprio vantaggio le regole del gioco, la legge stessa può consentire al Fisco di buttare all’aria la scacchiera; è tutta qui la sostanza della clausola antielusione. Ma buttare all’aria la scacchiera non basta, perchè chi lo fa deve anche inventare nuove regole per il caso concreto, con il rischio di arbitrio e di incertezza”⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. UCKMAR, postilla all’articolo *Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte a un fenomeno tutto italiano*, in Dir. Prat. Trib., 1991.

⁸⁵ Cfr. LUPI, *L’elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, cit., per il quale alla luce delle considerazioni svolte è comprensibile perchè “una norma generale antielusiva che consente di andare al di là delle regole quando il contribuente la strumentalizza era vista con il fumo negli occhi dagli ambienti fiscali collegati alla grande impresa e dai vertici ministeriali, desiderosi di vedere predeterminati per legge i propri comportamenti, di essere sotto un ombrello normativo, e altrettanto timorosi di dover assumere troppe

L’introduzione di una clausola generale, se da un lato è auspicabile per arginare il crescente e vieppiù pericoloso fenomeno elusivo, d’altro lato concede una eccessiva discrezionalità agli uffici finanziari. Questo timore induce i sostenitori della suesposta tesi, nonché il legislatore, a risolvere il dilemma a favore di una disciplina tributaria certa (rispetto alla forma negoziale), anche se caratterizzata da una più ridotta sfera applicativa dei tributi. In sostanza il legislatore, avendo sfiducia della propria struttura amministrativa, accertativa e repressiva, ha preferito scegliere un sistema meno giusto, ma più certo⁸⁶.

Così, alla reciproca, e cronica, diffidenza fra contribuente e fisco, si affianca quella del legislatore nei confronti di entrambi, di modo che il sistema risulta bloccato da questa diffidenza circolare⁸⁷.

Un ulteriore non trascurabile problema che si originerebbe dall’introduzione di una clausola generale antielusiva è quello operativo, consistente nell’individuare l’organo che, dovendo gestire la “strumentalizzazione di principio”, diverrebbe un formidabile centro di potere.

Volendo riassumere le molte e diverse obiezioni sollevate in dottrina nei confronti di una esplicita clausola generale antielusione, esse possono essere ricondotte alla difficoltà di applicare il “principio” e di renderlo operativo evitandone gli abusi, e, più in generale, al timore di adottare un rimedio

responsabilità in sede applicativa”.

Sempre per lo stesso Autore, una norma che attribuisce rilevanza ai soli comportamenti attuati “ai soli fini fiscali” indurrebbe i contribuenti a comportarsi ipocritamente, a simulare credibili ragioni economiche “di facciata” in grado di giustificare operazioni che, in realtà, rispondono solo ad esigenze e strategia fiscali.

⁸⁶ Cfr. MANCINELLI, *Evasione ed elusione: alcuni aspetti politici e giuridici*, cit. pag. 13.

⁸⁷ Si sottolinea come la criticità dei rapporti tra contribuenti e Il Fisco sia tutt’altro che un problema recente, essendo stato il miglioramento di tale rapporto già un esplicito obiettivo del programma del Ministro Vanoni.

peggiore del male ⁸⁸.

Si può dunque dire che, al di là delle perifrasi eleganti sulla certezza del diritto, oppure sul valore di conquista dell’autonomia negoziale, il vero dilemma è sempre stato quello se fosse “politicamente” opportuno attribuire al Fisco il potere di sindacare la rispondenza della forma prescelta al fatto economico reale. Sono queste le principali motivazioni che sono state adottate da quella parte della dottrina che, sulla scia del pensiero smithiano⁸⁹, ha suggerito di combattere l’elusione modificando prima di tutto le regole ed eliminando le smagliature che i contribuenti strumentalizzano, e ricorrendo in seconda battuta alle cosiddette clausole antielusione “mirate”, che permettono di conciliare le preoccupazioni di certezza del diritto e di imprevedibilità del comportamento degli uffici finanziari con l’esigenza di contenere l’elusione⁹⁰.

5. *Analisi storica dei progetti di norma generale antielusione in Italia.*

I primi tentativi di disciplinare legislativamente l’elusione fiscale risalgono al 1986; seguirono diverse proposte, finché, nell’estate 1988, il disegno di legge n. 1301 (collegato alla Finanziaria '89) individuò due disposizioni con finalità convergenti, ma molto diverse nei presupposti: una (contenuta nell’art. 25) si proponeva di combattere la “interposizione fittizia” di persona; l’altra (di cui

⁸⁸ Cfr. TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag. 218.

⁸⁹ L’autore sostiene infatti che la certezza di ciò che ciascuno deve pagare è, nella tassazione, una questione così importante che un alto grado di ineguaglianza non è male tanto grave quanto un piccolissimo grado di incertezza.

⁹⁰ Cfr. LUPI, *L’elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, cit.

all'art. 31) intendeva introdurre nell'ordinamento tributario una "norma (generale) antielusiva".

La prima trovò attuazione con l'art. 30 del D.L. nr. 69/1989 (convertito, con modificazioni, dalla L. nr. 154/1989), che aggiunse il comma 3 nell'art. 37 del D.P.R. nr. 600/1973 (decreto sull'accertamento delle imposte sui redditi): *"sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato ... che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona"*.

La seconda, e cioè la progettata "norma (generale) antielusiva", fu inizialmente accantonata, ma un anno dopo venne riconsiderata ed attuata, limitandone la portata: nacque così la disposizione antielusiva "a fattispecie" predeterminate di cui all'art. 10 della L. 29 dicembre 1990, n. 408.

L'applicazione di tale disposizione era condizionata dalla presenza di:

- un presupposto, cioè il conseguimento di "vantaggi tributari";
- tre condizioni:
 - a) l'assenza di valide ragioni economiche;
 - b) lo scopo esclusivo di ottenere il risparmio di imposta;
 - c) la "frode" nell'attuazione del progetto;
- cinque operazioni (nella versione originale) ritenute, più di altre, idonee al conseguimento di risparmi di imposta "patologici".

Tale norma destò non poche perplessità⁹¹:

- perché non era chiaro se i "vantaggi tributari" dovessero essere:
 - a) valutati nel solo campo delle imposte sui redditi o anche in quello

⁹¹ LUNELLI, "L'elusione tributaria. Le disposizioni per contrastarla, le difficoltà applicative, le modalità per superare le incertezze" (*allegato n. 25 a "il fisco" n. 38 del 20 ottobre 2003*)

delle imposte sui trasferimenti o sui consumi, cioè quale fosse il comparto impositivo di applicazione;

b) considerati nell'immediato o in prospettiva, cioè quale fosse l'ambito temporale di riferimento;

c) riferiti soltanto al soggetto che poneva in essere l'operazione o anche a quanti vi partecipavano, direttamente o indirettamente, mancando una delimitazione "soggettiva";

- perché venivano richiamati istituti giuridici specifici (come la fusione), ma anche operazioni di ristrutturazione aziendale o societaria (come la "concentrazione"), che si riportavano a concetti "economici" dai contorni piuttosto vaghi;
- perché non era facile individuare operazioni che avessero come scopo esclusivo (non bastava prevalente) il risparmio di imposta e, pertanto, si rischiava di introdurre, nell'ordinamento tributario, una norma più demagogica che incisiva (sul piano concreto) e, come tale, ad un tempo dissuasiva ma anche distorsiva;
- perché, infine, l'avverbio "fraudolentemente" si prestava sia a una lettura "penalistica" e sostanzialmente abrogante (dato che in mancanza di artifici o raggiri, la norma non sarebbe stata applicabile), sia a una lettura "civilistica", che avrebbe introdotto nell'ordinamento un ulteriore fattore di "incertezza del diritto", "trapiantando" nel campo amministrativo e pubblicistico una disposizione di chiaro stampo privatistico (art. 1344 del codice civile sul "negoziio in frode alla legge").

Le lunghe diatribe interpretative che seguirono portarono ad una applicazione

episodica dell'art. 10 della L. n. 408/1990.

La norma finì per essere considerata, con poche eccezioni, di "difficile" applicazione, e, in definitiva, inutile. Essa, da un lato, rendeva incerto il quadro di riferimento legislativo (per cui molti operatori "troppo prudenti" si astenevano dal porre in essere operazioni del tutto corrette); dall'altro, non aveva alcun impatto dissuasivo sugli operatori più spregiudicati, che, anzi, erano incoraggiati dalla confusione imperante.

Pertanto, la disposizione antielusiva andava o "abbandonata", o "rivitalizzata". Il legislatore optò per la seconda soluzione e, con la L. n. 662/1996 [di accompagnamento alla Finanziaria 1997: art. 3, comma 161, lettera g)], oltre ad aggiungere, fra le operazioni potenzialmente elusive, la "cessione e il conferimento di azienda", delegò il Governo a procedere a una revisione dei criteri di individuazione delle operazioni "potenzialmente elusive" (di cui all'art. 10 della L. n. 408/1990), anche in funzione di un coordinamento con le disposizioni relative alle operazioni di ristrutturazione aziendale e societaria (oggetto di altra "delega legislativa") e, in generale, con le disposizioni contenute nel testo unico delle imposte sui redditi e nella "normativa comunitaria"⁹² In definitiva, si intendeva mantenere la logica di una "normativa antielusiva generale a fattispecie predeterminate" e riguardanti per lo più le imprese, in particolare, le società, ma al tempo stesso si voleva assicurare maggiore sistematicità all'istituto, in modo da renderlo più incisivo e meno distorsivo.

⁹² In proposito, va ricordato che sulle fusioni, scissioni, conferimenti e scambi di azioni concernenti società di "Stati diversi" ma appartenenti alla Comunità europea esisteva - già dal 1990 - la Direttiva n. 434, recepita nell'ordinamento tributario italiano con L. 19 febbraio 1992, n. 142 ed attuata con D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544.

Nasce così l'art. 7 del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, in vigore dall'8 novembre 1997, con il quale - è stato inserito l'art. 37-bis nel D.P.R. n. 600/1973;

- è stato aggiunto, dopo il comma 3 dell'art. 37 del D.P.R. n. 600/1973, un nuovo comma;
- è stato modificato il comma 2 dell'art. 30 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (sul processo tributario);
- è stato variato, infine, anche il comma 2 dell'art. 21 della L.n. 413/1991 in materia di "interpello antielusivo".

6. La normativa antielusione analitica

Come già in precedenza evidenziato, la difesa dall’offensiva elusiva è costituita, nell’ordinamento tributario vigente, da una serie di misure antielusive specifiche, allocate nei punti nevralgici del sistema.

Poichè la caratteristica di queste norme è quella di nascere *ex post* rispetto alle architetture negoziali antielusive che si propongono di combattere, esse hanno la funzione di reprimere i tipi di fattispecie concrete elusive che più di frequente si manifestano nella prassi, intervenendo nel momento in cui esse assumono dimensioni e frequenza preoccupanti.

A livello terminologico, autorevole dottrina⁹³ ci suggerisce di non etichettare tali disposizioni come “norme antielusive”, nonostante le chiare finalità antielusive perseguite. Le vere norme antielusione non agiscono modificando la norma strumentalizzata, bensì impedendo al contribuente di approfittare delle sue imperfezioni. Le norme in questione, invece, interrompono la

⁹³ LUPI, *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, cit.

strumentalizzazione della norma, passando attraverso una esplicita ed opportuna modifica del dettato legislativo.

Queste norme, proprio per la loro configurazione strutturale, presentano una serie di vantaggi che vanno dal rispetto dell’autonomia contrattuale a quello di una rapida applicazione e della conseguente possibilità di evitare un aggravio del contenzioso.

Ben più numerosi sono però i difetti. Innanzitutto, le norme analitiche antielusione corrono il rischio, al pari dell’ordinaria norma fiscale, di essere a loro volta eluse, determinando così un processo che si autoalimenta attraverso una continua rincorsa tra contribuenti e fisco, e che inevitabilmente produce come risultato una crescita nella complessità del sistema impositivo.

Inoltre esse procedono attraverso continui miglioramenti legislativi, che costituiscono spesso una strada lunga, complessa e talvolta insufficiente, in quanto non è sempre possibile eliminare gli appigli legislativi dell’elusione senza danneggiare anche situazioni meritevoli di tutela ed in cui l’elusione non sussiste⁹⁴.

Tra gli strumenti antielusivi di carattere specifico assumono particolare importanza le così dette fattispecie supplementari o surrogatorie.

Queste, introdotte da un’antica ma sempre valida dottrina⁹⁵, hanno la funzione di affiancare alla fattispecie principale quelle fattispecie secondarie che nella

⁹⁴ Cfr. LUPI, *Diritto tributario parte generale*, Milano, 1995, pag 22, secondo il quale “per eliminare le distorsioni da cui deriva l’elusione occorrono modifiche molto più complesse della semplice eliminazione della norma. Occorrerebbe di solito intervenire con il bisturi, mentre il tempo e la sensibilità degli apparati legislativi ministeriali consentono di utilizzare solamente lo sciabolone”.

⁹⁵ HENSEL, *Diritto tributario*, cit . pag. 142, e conformemente BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, cit., pag. 26.

prassi vengono più frequentemente utilizzate a fini elusivi.

Questa impostazione suggerisce di reagire alla “premeditata non effettuazione” della fattispecie tipica erigendo barriere su quelle vie laterali che la vita economica ha cominciato a battere⁹⁶.

Per ammissione degli stessi autori, però, il ricorso a queste clausole risolve solo in parte il problema, in quanto non è possibile prevedere tutte le forme che l’elusione può assumere. Poichè una tale procedura, come detto, riesce al massimo a limitare le elusioni, mai ad escluderle del tutto, gli Autori ritengono necessario combattere l’elusione delle imposte attraverso adeguate misure dirette, presenti solo in alcune imposte: in base a dette norme, i negozi giuridici conclusi per eludere in casi concreti la soggezione al potere di imposizione o la prestazione di imposta non hanno alcuna efficacia per il diritto delle imposte⁹⁷.

Un esempio concreto ed applicativo di fattispecie supplementare è rinvenibile nell’articolo 33 dell’imposta di registro⁹⁸, il quale prevede che il mandato irrevocabile con dispensa di rendiconto è soggetto all’imposta stabilita per l’atto per il quale è conferito. Con questa fattispecie supplementare il legislatore ha previsto e voluto prevenire l’uso distorto di questa forma negoziale, temendone la strumentalizzazione per dissimulare trasferimenti di ricchezza soggetti ad un

⁹⁶ Cfr. HENSEL, *Diritto tributario*, cit. pag. 143, che evidenzia che le fattispecie surrogatorie sono quelle introdotte da espressioni quali “l’obbligo di imposta non viene escluso dal fatto che....”, oppure “soggetto d’imposta è anche.....”.

⁹⁷ Cfr. D’AYALA VALVA, *I problemi dell’evasione e dell’elusione nell’attuale normativa*, cit.

⁹⁸ DPR 131/1986 Art. 33. “Mandato irrevocabile e atto di surrogazione.” (Commi 1 e 2)
1. Il mandato irrevocabile con dispensa dall’obbligo di rendiconto è soggetto all’imposta stabilita per l’atto per il quale è stato conferito.
2. L’atto da cui risulta la surrogazione nei diritti del creditore, a norma degli articoli 1201 e 1203 del codice civile, è soggetto all’imposta stabilita per la cessione del diritto spettante al creditore surrogato.

prelievo più gravoso. In sostanza, il soggetto passivo avrebbe potuto utilizzare questo modello negoziale, di irrilevante peso fiscale, per raggiungere effetti equivalenti a quelli di altro modello gravato da un prelievo maggiore: siffatto comportamento avrebbe aggirato la norma presupposto, con conseguente sottrazione di risorse all’erario. La norma in oggetto estromette all’ambito dell’elusione il comportamento tenuto, attribuendo all’atto gli effetti propri del negozio che verosimilmente le parti avrebbero voluto concludere⁹⁹.

Ulteriori disposizioni antielusive analitiche operanti nel nostro sistema tributario sono le presunzioni, ed in particolare quelle che hanno la funzione di “rappresentare il fatto tassabile” e consistono non in manifestazioni di capacità contributiva, ma in prove legali di fatti tassabili con divieto di prova contraria, oppure in prove limitative di quella contraria¹⁰⁰.

Queste disposizioni rispondono ad esigenze di chiusura del sistema, svolgendo una funzione prevalente antielusiva, impedendo al soggetto passivo di profittare di “forme” che l’esperienza ed il buon senso indicano come particolarmente soggette ad essere abusate.

Tali disposizioni si risolvono quasi sempre nel considerare la “forma” prescelta dai soggetti passivi come rappresentativa del fatto imponibile, in quanto prova legale di esso, con divieto o limitazione di prova contraria¹⁰¹.

Non è ovviamente la forma ad essere congenitamente viziata, poichè altrimenti

⁹⁹ L’esempio proposto è riportato da CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di controllo*, cit., pag. 171.

¹⁰⁰ Cfr. DE MITA, *Presunzioni fiscali e Costituzione*, in *Le presunzioni in materia tributaria*, Rimini, 1987, pagg. 26 e 30.

¹⁰¹ Cfr. DE MITA, *Presunzioni fiscali e Costituzione*, cit., pag. 30.

il problema sarebbe risolto alla radice con la sua eliminazione dal novero di quelle legali, ma è l’uso che ne viene fatto, o può esserlo, ad imporre cautela. Di norma, anzi, la forma suscettibile di essere abusata è talmente diffusa da costituire strumento negoziale ricorrente per la disciplina di rapporti economici, sicchè non sarebbe possibile limitarne l’impiego in funzione genericamente antielusiva senza condizionare pesantemente quella libertà negoziale sulla quale si fonda tradizionalmente la nostra cultura giuridica.

La consapevolezza che queste presunzioni costituiscano un numero chiuso e che introducano limitazioni alla libertà negoziale suggerisce di escluderne l’interpretazione estensiva e l’applicazione analogica¹⁰²; ciò nonostante, parte della dottrina ritiene di rinvenire nella casistica delle presunzioni taluni principi funzionali alla risoluzione del problema elusivo¹⁰³.

Il gran numero di presunzioni con finalità chiaramente antielusive, che nel tempo hanno caratterizzato l’ordinamento, si concentrano in maggior parte nel comparto delle imposte indirette

7. Riflessi sul piano sanzionatorio dell'elusione

7.1. La irrogabilità di sanzioni amministrative in presenza di atti, fatti o negozi elusivi

¹⁰² Cfr. TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag. 49, il quale fa notare come le presunzioni siano introdotte da frasi del tipo “si considerano”, oppure “si ritengono” ecc., mentre è meno frequente l’uso della dizione “si presumono”, nonostante la sua maggiore significatività.

¹⁰³ Cfr. TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., pag. 141, per il quale tale principio coincide con quello identificato dalla Corte Costituzionale con “la necessità di rendere precisa la pretesa tributaria, sollecita la riscossione e vano ogni tentativo di evasione”.

Quanto alle sanzioni amministrative, la norma nulla dice e in dottrina i pareri sono contrastanti; autorevole dottrina sostiene¹⁰⁴, che in tutti i casi in cui gli uffici accerteranno una elusione tributaria, dalla inopponibilità dell'operazione all'Amministrazione finanziaria deriverà non solo il recupero della (maggiore) imposta dovuta (unitamente agli interessi), ma anche l'irrogazione delle sanzioni amministrative (per "infedele dichiarazione").

La normativa di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 472/1997 come, del resto, la corrispondente norma sanzionatoria contenuta nell'art. 46 del D.P.R. n. 600/1973, non prevede deroghe e in caso di "accertata" elusione non è facile invocare una delle cause di non punibilità di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 472/1997, per cui si deve ritenere che "di regola" al recupero delle maggiori imposte (con i relativi interessi) si affiancherà anche la irrogazione della relativa sanzione pecuniaria.

Anche l'interpretazione "sistematica" e logica porta alla predetta conclusione, dato che se non fosse così, un tentativo di elusione, scoperto ed accertato, finirebbe per comportare - in capo al contribuente - gli stessi oneri tributari (tutt'al più con la maggiorazione degli interessi) che gli sarebbero derivati dal comportamento corretto.

Va però osservato che, così come la norma antielusiva va applicata "caso per caso", avendo riguardo alla "specifica" situazione che si intende dichiarare (o far dichiarare) inopponibile all'Amministrazione finanziaria, altrettanto dovrebbe avvenire in ordine alle sanzioni amministrative, che, irrogate dall'ufficio finanziario, potrebbero anche essere dichiarate, dal giudice, "non

¹⁰⁴ LUNELLI, *L'elusione tributaria. Le disposizioni per contrastarla, le difficoltà applicative, le modalità per superare le incertezze*; cit.

dovute", in caso di "obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferiscono"; o, ancora, di (altre) specifiche cause, oggettive o soggettive, esimenti... anche se la ipotizzata volontà elusiva renderà infrequente tale benevola conclusione.

7.2. La rilevanza penale del comportamento elusivo, alla luce del D.Lgs. n. 74/2000

Quanto alle (eventuali) conseguenze penali dell'elusione, va detto che con l'entrata in vigore del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il quadro giuridico di riferimento è mutato: nel senso che, mentre il precedente modello dava rilievo ai cosiddetti "reati di pericolo" (collegati a situazioni prodromiche), quello nuovo "limita la repressione penale ai soli fatti direttamente correlati, tanto sul versante oggettivo che su quello soggettivo, alla lesione degli interessi fiscali" (così la relazione di accompagnamento al nuovo provvedimento); tant'è che le nuove fattispecie criminose sono caratterizzate dal "dolo specifico diretto alla evasione".

Tutto il (nuovo) sistema penal-tributario è costruito per punire esclusivamente i comportamenti evasivi, tant'è che nel decreto n. 74/2000 non è contenuta alcuna norma che - quantomeno esplicitamente - sanzioni l'elusione. Si tratta, a questo punto, di capire se il comportamento elusivo rientri in qualche fattispecie incriminatrice o se sia privo di rilevanza penale.

Premesso che la materia penale è dominata dal principio di legalità (art. 25, comma 2, della Costituzione), per effetto del quale le disposizioni incriminatrici devono essere previste da un atto avente forza di legge e gli elementi delle

fattispecie devono risultare chiaramente determinati, si riscontrano, in dottrina, due orientamenti contrapposti:

- I primo (garantista) afferma la irrilevanza penale della condotta elusiva: non solo, perché - come già rilevato - l'evasione integra un comportamento *contra legem* (patologico), mentre l'elusione è *extra legem* (e, in astratto, fisiologica); ma anche perché - e penalmente l'osservazione è decisiva - mancano specifiche disposizioni (di legge) che la perseguano. Conclusione: alla luce dei summenzionati principi di legalità e tassatività l'elusione (a differenza dell'evasione) non può configurarsi come ipotesi di reato;
- il secondo (rigorista) considera, invece, la condotta elusiva come una forma di "evasione qualificata", come tale penalmente rilevante; respingendo, pertanto, la indicata dicotomia fra evasione ed elusione, che, a parere dello scrivente, sussiste ed è assai rilevante.

Ma anche al di là di tale seconda osservazione, nel caso di elusione non si verifica alcuna delle fattispecie incriminatrici di cui al D.Lgs. n. 74/2000:

- non quella dell'art. 2 (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti), né quella dell'art. 8 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti): perché - entrambe - sono basate su "fatture o altri documenti inesistenti", cioè dei documenti emessi a fronte di operazioni non realmente effettuate... mentre in caso di applicazione dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 gli atti, fatti e/o negozi "inopponibili" all'Amministrazione finanziaria sono realmente compiuti

- dai soggetti interessati e assoggettati alla normativa fiscale per essi prevista (ed è irrilevante, ai fini penali, che tali operazioni siano - o meno – sostenute da valide ragioni economiche o che abbiano come unico o prevalente scopo quello di conseguire un risparmio fiscale);
- non quella dell'art. 3 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici), in quanto tutti gli atti, i fatti e i negozi giuridici posti in essere dal contribuente sono riportati fedelmente nella dichiarazione, tanto che l'Amministrazione finanziaria è in grado non solo di verificare agevolmente l'attività del contribuente, ma anche (se del caso) di disconoscere i vantaggi fiscali ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 (e di rimborsare a terzi l'imposta da essi indebitamente corrisposta);
 - non quella dell'art. 4 (dichiarazione fraudolenta), in quanto l'elusore, nella dichiarazione dei redditi, non prospetta una realtà diversa da quella effettiva: anzi, i componenti che concorrono a determinare il reddito imponibile, sono stati scrupolosamente analizzati, proprio al fine di applicare la normativa "più favorevole";
 - non quella dell'art. 5 (omessa dichiarazione), in quanto il contribuente ha presentato (o presenterà) la dichiarazione ai fini delle imposte dirette o dell'Iva: si potrà discutere sulla sua fedeltà o meno alla realtà, ma non di "omessa presentazione" (che è fatto estraneo e, semmai, ulteriore e diverso rispetto alla elusione).

Le altre fattispecie criminose, cioè occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10) e sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11)

non rilevano ai fini della presente analisi, dato che sono incompatibili con l'elusione e - semmai - si accompagnano a ipotesi di evasione tributaria.

Concludendo: non solo l'espressione letterale "fine di evadere" contenuta nel D.Lgs. n. 74/2000 sembra richiamare solo il fenomeno dell'evasione e non anche quello della elusione, ma, come sostiene autorevole dottrina, nessuna delle operazioni di cui all'art. 37-bis può integrare una delle fattispecie criminose previste in tale decreto; per cui si deve ritenere che l'elusione tributaria sia, di per sé, inidonea a configurare una ipotesi di "reato tributario".

8. Conclusioni

La normativa antielusione analitica, pur tutelando il fondamentale valore della "certezza del diritto", presenta vizi strutturali che ne inficiano l'operatività: è illusorio infatti il tentativo di fronteggiare un fenomeno variegato e variabile come quello elusivo tramite la predisposizione di volta in volta di norme specifiche che, ex post, vadano a reprimere risparmi di imposta ritenuti non più tollerabili.

Questa tecnica non solo è insufficiente per il fine che si pone, ma paradossalmente determinando la crescita del sistema normativo, giunge a ledere quel valore della "certezza del diritto" che originariamente ne aveva suggerito l'adozione.

Diversi ma pur comunque rilevanti sono i problemi posti dal ricorso ad una normativa generale antielusione. Quest'ultima, se da un lato, grazie alla sua efficacia preventiva, è in grado di evitare quel processo di continuo aggiramento cui è soggetta la normativa specifica, dall'altro pone non trascurabili problemi in

merito al suo inserimento e alla sua operatività in un contesto che eleva l’analiticità a modello ideale di normazione, escludendo la praticabilità, sotto il profilo tuzioristico, di qualsiasi metodologia alternativa¹⁰⁵.

Le considerazioni circa i limiti dell’approccio all’elusione fiscale, palesati dalle tradizionali tecniche normative antielusive, sia analitiche sia generali, inducono il legislatore ad orientarsi verso un nuovo approccio, basato su una soluzione di compromesso. Sono nate così, negli ultimi anni, alcune norme di natura “ibrida” le quali, pur ispirandosi al modello della norma antielusiva generale, hanno un ambito di operatività circoscritto ad uno specifico settore dell’ordinamento tributario:

- Art. 37, comma 3, D.P.R. 600/73, inerente l’interposizione di persona, in virtù del quale, in sede di rettifica o di accertamento d’ufficio, sono imputabili al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti, quando sia dimostrato - anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti - che egli ne è l’effettivo possessore per interposta persona. In conseguenza di ciò l’Amministrazione finanziaria ha la possibilità di cogliere la realtà effettiva che si muove dietro il profilo simulato.
- Art. 37 bis D.P.R. 600/73 (e prima art. 10 L. 408/1990), inerente le riorganizzazioni societarie ed altre specifiche operazioni, in virtù del quale sono inopponibili all’Amministrazione Finanziaria atti, fatti o negozi che aggirano obblighi o divieti per ottenere riduzioni o rimborsi di imposta non previsti nè compatibili con il sistema.

¹⁰⁵ Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 239.

- Art. 76 D.P.R. 917/86 (ora 110), commi 7 bis e 7 ter (ora 10 e 11)¹⁰⁶, inerenti i così detti “paradisi fiscali”, in virtù dei quali l’Amministrazione finanziaria può disconoscere le operazioni ad evidenza internazionale finalizzate esclusivamente alla creazione di un componente negativo di reddito, in capo al contribuente nazionale, e cioè a realizzare un travaso di utili dall’Italia verso un paese a bassa fiscalità. Tale norma si caratterizza rispetto alle precedenti per il fatto di prevedere una presunzione legale relativa, che fa ricadere sul contribuente l’onere di provare la non fittizietà delle società domiciliate nel paradiso fiscale o, in alternativa, il concreto interesse economico e l’utilità sottesi alla realizzazione delle operazioni stesse.

La natura “ibrida” di tali norme deriva sia dal particolare ambito applicativo, sia dai particolare poteri che esse attribuiscono all’Amministrazione Finanziaria. Sotto il primo profilo queste norme sono indirizzate a contrastare non già una singola fattispecie elusiva, bensì un variegato insieme di prassi elusive afferenti però ad uno specifico comparto del sistema tributario. Sotto il secondo profilo, esse permettono all’Amministrazione Finanziaria di andare oltre le forme giuridiche adottate dal contribuente, senza però lasciare a quest’ultima ampi margini di discrezionalità, forieri di incertezza.

Circa gli effetti di tali norme, essi sono limitati all’ambito fiscale.

L’Amministrazione finanziaria ha dunque la possibilità di disconoscere i

¹⁰⁶ In sede di modifiche al testo unoco delle imposte sul reddito, introdotte dell’art. 1 del D.lgs nr. 344/2003, l’art. 76 del dpr 917/1986 è stato rinumerato in art. 110. In fase di modifica si è provveduto ad una rinumerazione dei commi e pertanto il i commi 7 bis e 7 ter dell’art. 76 sono ora divenuti art. 10 e 11 dell’art. 110. Oltre a tali modifiche, direi formali, sono state apportate modifiche sostanziali. In particolare il comma 11 (già comma 7 ter) ha innanzitutto introdotto il concetto di attività prevalente (esercitata dall’impresa estera) in luogo del concetto di attività principale, è stato ridotto il campo di applicazione alle sole attività commerciali eliminando quelle industriali ed infine è stato introdotto l’importantissimo disposto che “le operazioni poste in essere rispondano ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto una concreta attuazione”.

vantaggi tributari indebiti e di riqualificare, ai soli fini fiscali, la condotta elusiva, ferma restando la validità degli atti sotto il profilo civilistico.

Le considerazioni fin qui svolte, che evidenziano alcuni dei profili comuni e caratteristici delle disposizioni in esame, mettono bene in luce come siffatti norme non possano essere ricomprese all’interno della categoria delle “disposizioni antielusive analitiche”, considerato che presentano molteplici elementi propri e caratteristici delle tradizionali clausole generali antielusione; per altro verso, non appare plausibile ricomprenderle all’interno della categoria delle “disposizioni antielusive generali”, proprio perchè manca quella generalità che consente di colpire indiscriminatamente qualunque fenomeno elusivo: tali norme, in pratica, occupano una posizione intermedia fra il particolare ed il generale, dando luogo di fatto ad una sorta di terza categoria di norme antielusive, il cui tratto peculiare e distintivo è quello di essere delle “*norme generali di settore*”

CAPITOLO III

LA DISPOSIZIONE ANTIELUSIVA “GENERALE” NELL’ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Sommario

1. Considerazioni introduttive.
 2. L’art. 10 della legge n. 408/1990.
 3. I comportamenti elusivi e il collegamento.
 4. L’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.
 5. Requisiti applicativi: le valide ragioni economiche.
 6. Requisiti applicativi: l’aggiramento di obblighi e divieti previsti dall’ordinamento tributario.
 7. Requisiti applicativi: il perseguimento di vantaggi tributari indebiti.
 8. Le procedure di applicazione.
 9. La tipologia delle operazioni: casistica.
 10. Le modalità per superare le incertezze sulle norme antielusive.
 - 10.1 Considerazioni preliminari.
 - 10.2 L’interpello “antielusivo”.
 - 10.3 I pareri del Comitato per l’applicazione delle norme antielusive.
 - 10.4 L’interpello disapplicativo.
 11. La limitata efficacia dell’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 in relazione alle nuove strategie elusive.
- 1. Considerazioni introduttive**

Il comma 3, lett. e) dell'art. 7 del decreto legislativo n. 358/1997, ha integrato il D.P.R. 600/1973 aggiungendovi l'art. 37 bis.

L'art. 37-bis si presenta quale norma antielusiva speciale ed è il frutto di un'articolata evoluzione normativa che ha portato alla sua formulazione attuale. Infatti, nell'ordinamento fiscale italiano non c'è stata per lungo tempo una specifica normativa antielusiva, fosse a carattere generale o particolare, e ciò ha giustificato il ricorso a complessi schemi normativi di derivazione civilistica per contrastare la diffusione dei fenomeni elusivi¹⁰⁷.

Il ricorso alla frode alla legge, alla simulazione, al negozio indiretto ha, in questo senso, consentito un'azione di parziale contrasto rispetto agli schemi elusivi escogitati dai contribuenti.

L'elusione fiscale si colloca in un'area di ambivalenza interpretativa delle norme tributarie dove, di fronte all'apparente e formalmente effettiva osservanza della lettera della legge, si raggiungono risultati che lo spirito della medesima norma non avrebbe consentito. Il fenomeno elusivo può quindi essere rappresentato come la conseguenza della difficoltà di interpretare ed applicare le norme

¹⁰⁷ Vd., tra i molti contributi in materia, R. LUNELLI, L'elusione tributaria: le disposizioni per contrastarla, le difficoltà applicative, le modalità per superare le incertezze, in allegato a "il fisco" n. 38/2003, pagg. 15349 e seguenti; G. BERSANI, Autonomia contrattuale e disciplina fiscale alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione, in "il fisco" n. 26/2003, fascicolo n. 1, pag. 4037; F. DEZZANI-L. DEZZANI, Parere del Comitato consultivo n. 7 del 30 luglio 2003: è elusiva la fusione mascherata da scissione, in "il fisco" n. 42/2003, fascicolo n. 1, pag. 6499; F. DEZZANI-L. DEZZANI, La riqualificazione ai fini fiscali delle operazioni di cessione di partecipazioni: la risoluzione n. 116/E del 9 luglio 2001, in "il fisco" n. 30/2001, pag. 10020; A. Nuzzolo-U. La Commara, L'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, in "Rivista della Guardia di finanza" n. 2/2002, pag. 786; G. Zoppini, Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali, in "Riv. Dir. Trib.", 2002, I, pag. 53; Id., Lo strano caso delle procedure di interpello in materia di elusione fiscale, in "Riv. Dir. Trib.", 2002, I, pag. 991; C. Garbarino, Riporto delle perdite ed elusione, in "Riv. Dir. Trib.", 2001, I, pag. 85. Per una visione della problematica a livello internazionale, A. Di Pietro, L'elusione fiscale nell'esperienza europea, Giuffrè, 1999; R. Succio, Evasione ed elusione nella fiscalità internazionale, in AA.VV., "Materiali di diritto tributario internazionale", Ipsoa, 2002; G. Pezzuto, I mezzi di contrasto all'evasione e all'elusione internazionale, in loc. ult. cit.

tributarie.

L'elusione fiscale, in effetti, consiste nell'approfittare dei margini discrezionali offerti dalla legislazione tributaria per porsi in una situazione fiscale più favorevole, utilizzando strumenti contrattuali tipici ed atipici per trarre vantaggio dagli inevitabili vuoti dell'ordinamento fiscale allo scopo di eludere, aggirandole, norme comportanti più gravosi oneri tributari.

Le difese in proposito apprestate dal sistema tributario, sono state rappresentate da una serie di disposizioni analitiche emanate dal legislatore allo scopo di contrastare solo determinate e specifiche prassi.

Si è provveduto con strumenti legislativi (tra gli altri, l'art. 10, comma 1, della L. 29 dicembre 1990, n. 408; l'art. 28 della L. 23 dicembre 1994, n. 724; e ancora l'art. 7 del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 che ha inserito l'art. 37-bis nel testo del D.P.R. n. 600/1973), che definissero alcune fattispecie elusive e fornissero, nel contempo, all'Amministrazione finanziaria i mezzi per impedirne il perfezionamento. Il quadro normativo che ne è derivato contiene una serie di disposizioni per fattispecie particolari, anche se riferibili ad un'ampia e significativa casistica, tali da consentire l'intervento antielusivo del Fisco. L'attuale normativa antielusiva speciale (in quanto applicabile solo alle fattispecie indicate dal comma 3 dell'art. 37-bis), richiede, al comma 1, che siano soddisfatti alcuni requisiti espressamente indicati, ovvero che l'operazione elusiva comporti un aggiramento "patologico" di norme tributarie, che attraverso essa si realizzi un risparmio d'imposta indebito, e che la stessa operazione, complessivamente considerata, sia priva di valide ragioni economiche.

Prima di passare all'esame dell'art. 37 bis D.R.P. 600/1973 è opportuno fare un

breve cenno alla norma che esso integra e sostituisce, vale a dire l’art. 10 della legge n. 408/1990¹⁰⁸.

2. L’art. 10 della legge n. 408/1990

A coronamento dei diversi tentativi di introdurre nell’ordinamento tributario italiano una clausola generale antielusiva¹⁰⁹, la legge n. 408 del 1990 prevede, all’art. 10, una norma dal titolo “Disconoscimento fiscale del costo delle partecipazioni - Imposte conseguenti iscritte in ruolo provvisorio”¹¹⁰.

Il lungo travaglio e le incertezze subite dal legislatore nell’emanare una norma antielusione con valenza generale sembrano appieno testimoniate da questa “timidezza” nella titolazione, in cui la parola “elusione” non compare¹¹¹.

Eppure, l’art. 10 si pone effettivamente e a pieno titolo come norma antielusione di carattere generale, anche se, come osservato da autorevole dottrina¹¹², esso ha occupato, nell’ambito degli strumenti giuridici utilizzabili in funzione antielusiva, una posizione *sui generis*, e ciò in quanto da un lato non può essere ricondotta alla legislazione *ad hoc*, e, dall’altro, non colpendo indiscriminatamente tutti i fatti di elusione, non può neppure essere considerata

¹⁰⁸ L’art. 10 della legge 408/1990, pur sostituito dal D. Lgs. n. 358/1997, è rimasto applicabile per le operazioni ivi indicate, che siano state poste in essere prima della data di entrata in vigore del citato D. Lgs. n. 358 (8 novembre 1997) e fino alla prescrizione dei termini per l’accertamento.

¹⁰⁹ Si rinvia al paragrafo n. 5 del capitolo 2.

¹¹⁰ La norma non perderà mai questa titolazione, anche se la citazione specifica del disconoscimento fiscale del costo delle partecipazioni sociali viene eliminata dal testo dell’articolo, come conseguenza dell’eliminazione dell’operazione di fusione tra quelle previste dalla norma, con la prima delle due modifiche legislative introdotte nel tempo.

¹¹¹ Il nuovo art. 37 bis del D.P.R. 600/1973 è molto più chiaramente titolato “Disposizioni antielusive”.

¹¹² Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 233.

una norma generale antielusione nel senso tradizionale del termine.

Nonostante queste precisazioni, l’art. 10 è proprio una norma che, pur avendo un ambito di applicazione limitato ad alcune operazioni societarie ed intrasocietarie, segue, con riferimento all’ordinamento fiscale, lo schema generale della norma antielusione¹¹³.

Nel corso del settennato di vigenza, l’art. 10 ha subito due modifiche legislative¹¹⁴, le quali, nonostante le numerose critiche sollevate in proposito

¹¹³ Cfr. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, cit.

¹¹⁴ L’art. 10 è stato modificato una prima volta mediante dalla legge n. 724/1994 ed una seconda volta dalla legge n. 662/1996. La prima modifica elimina la fusione dall’elenco delle operazioni sottoposte alla norma, aggiungendovi invece la liquidazione, la valutazione di partecipazioni, la cessione di crediti, la cessione o valutazione di valori mobiliari.

L’eliminazione della fusione appare essere stata la conseguenza di una certa sottovalutazione del problema da parte del legislatore. CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, in *Dir Prat. Trib.*, n. 5/1996, scrive “La soppressione della fusione è stata realizzata come implicita conseguenza della dichiarata irrilevanza fiscale del disavanzo da annullamento, dimostrando l’esistenza di una visione alquanto restrittiva delle possibilità di impiego elusivo dell’istituto della fusione: il legislatore ha ritenuto che la disciplina antielusione relativa al riporto delle perdite fosse esaustiva, che le altre disposizioni relative all’istituto fossero prive di “smagliature”, che l’impiego della fusione come “veicolo” per aggirare le altre norme dell’ordinamento tributario fosse sostanzialmente impossibile e, quindi, che tutto il potenziale elusivo dell’operazione in esame si concentrasse nell’utilizzo del disavanzo da annullamento per rivalutare i cespiti dell’incorporata.....In realtà non è così.....”

Ulteriore problema che aveva aperto l’eliminazione della fusione dall’ambito applicativo dell’art. 10 era quello relativo al mantenimento o meno della scissione tra le operazioni sottoposte alla disposizione antielusiva, conseguente al fatto che la soggezione della scissione alla norma antielusiva derivava non già da citazione dell’operazione nel corpo dell’art. 10, ma dal richiamo ad esso effettuato dall’art. 123 bis, comma 16, del T.U.I.R.

Secondo taluni Autori, sulla scorta delle indubbie intenzioni del legislatore, il comma 16 dell’art. 123 bis doveva considerarsi tacitamente abrogato. In questo senso PISTONE, *Finanziaria '95: fusioni, scissioni e norme antielusive*, in *Corr. Trib.* 1995, pag. 311; VALENTE, *Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, 1995, pag. 293 e DESIDERI, *La valutazione di partecipazioni può essere elusiva*, in *Corr. Trib.*, 1994, pag. 2701.

Per altri Autori, poichè il suddetto comma non era stato interessato da espresso intervento legislativo, la scissione doveva ancora considerarsi rientrante nella sfera applicativa dell’art. 10. In questo senso CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit.; STEVANATO, *Normativa antielusione: le novità della finanziaria 1995*, in *Rass. Trib.*, 1995.

La seconda modifica dell’art. 10 inserisce nell’elenco delle operazioni sottoposte alla

dalla dottrina, non hanno neppure sfiorato le questioni che, sotto il profilo interpretativo ed applicativo, risultavano particolarmente problematiche¹¹⁵.

Attraverso di esse, infatti, l’impianto complessivo dell’art. 10 non è mai mutato: è stata di volta in volta modificata la lista delle operazioni sottoposte alla disciplina della norma, ma la disciplina in se stessa è rimasta, fin dall’origine e per tutto il tempo di vigenza, identica, sostanziandosi nella possibilità per l’Amministrazione finanziaria di disconoscere ai fini fiscali i vantaggi tributari conseguiti mediante determinate operazioni, poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.

Fatti questi doverosi cenni storici, non si procederà ad un’analisi dettagliata delle disposizioni recate dall’art. 10, ma ci si limiterà a riportare quelle che, fra le moltissime critiche sollevate dalla dottrina, hanno influenzato o trovato accoglimento nel testo del nuovo art. 37 bis D.P.R. 600/1973.

Un rilievo non solo generalizzato ma riferito all’intera norma nel suo complesso era stato quello riferito alla formulazione adottata dal legislatore, mediante l’uso di una terminologia tecnicamente impropria e tale da causare numerose incertezze interpretative ed applicative¹¹⁶.

L’atecnicità della norma aveva sollevato obiezioni sotto un duplice profilo:

norma la cessione di azienda.

¹¹⁵ Cfr. CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit.

¹¹⁶ Oltre ai rilievi sulle singole questioni, LUPI, *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art. 10 legge 408/1990)*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1991, lamenta l’approssimazione e la superficialità della norma, soprattutto tenuto conto che, con la norma antielusione, scompare il rassicurante riferimento alla lettera della legge e si impone quindi una visione critica e completa dei principi impliciti nel sistema.

- **in primo luogo**, era stato rilevato¹¹⁷ l’uso di termini mutuati dal settore dell’economia, ed estranei al diritto, sia civile che tributario, quali “concentrazione” e “scorporo”, i quali si presentavano di difficile lettura, soprattutto dopo l’espulsione della fusione (e, per taluni, anche della scissione), dall’elencazione delle operazioni potenzialmente elusive, e ciò contemporaneamente alla sussistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di altre norme che definiscono il realizzarsi di una concentrazione, tra l’altro, quando, due o più imprese procedono a fusione¹¹⁸ ed alla totale assenza di istruzioni di provenienza ministeriale atte a far luce sull’esatto significato dei due termini;
- **in secondo luogo**, è stata particolarmente pressante la critica alla tendenza del legislatore antielusivo a superare i problemi tecnici e applicativi della materia tributaria indicando, al posto dei modi e dei termini dell’attività amministrativa, lo scopo di essa, così introducendo elementi di discrezionalità nell’azione di accertamento¹¹⁹.

Sotto questo profilo, il dibattito circa l’ampiezza del potere conferito agli Uffici dall’art. 10 aveva segnato il confrontarsi di opinioni del tutto contrastanti.

Alcuni sostenevano l’eccessiva ampiezza e discrezionalità rilasciata all’azione amministrativa¹²⁰, aprendo la strada al rischio di un uso spregiudicato ed un

¹¹⁷ Si vedano, per tutti, TABELLINI, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, cit. e LUNELLI, *Normativa antielusione*, in *Il Fisco*, n. 30/1997.

¹¹⁸ La norma cui ci si riferisce è l’art. 5, lettera a) della legge antitrust n. 287/1990. Si veda LUNELLI, *Normativa antielusione*, cit.

¹¹⁹ Cfr. DUS, *Norme antielusive in materia di operazioni societarie*, in *Il Fisco*, n. 8/1991.

¹²⁰ In questo senso DUS, *Norme antielusive in materia di operazioni societarie*, cit.; NUZZO, *Circolazione di patrimoni, scissioni, fusioni e la vigente disciplina*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991 e ROSSI RAGAZZI, *Barriera fiscale alle fusioni immotivate*, in *Consul.*, 1991.

arbitrio eccessivo da parte dell’Amministrazione Finanziaria sia nel verificarne i presupposti di applicabilità sia in ordine alla concreta determinazione del “vantaggio tributario”¹²¹.

Altri, all’opposto, evidenziavano che i limiti e le condizioni cui era subordinata l’applicazione dell’art. 10 erano tali da renderla, nel concreto, pressoché impossibile¹²², con particolare riferimento al requisito dell’esclusività del fine fiscale (ottenere un risparmio di imposta) coniugato con il requisito della “fraudolenza”.

Di fatto, la concreta applicazione dell’art. 10 non appare particolarmente ricca di casistica giurisprudenziale¹²³, nè, soprattutto, improntata al successo¹²⁴.

Ulteriori motivi di rilievo dottrinale sull’art. 10, accolti dal legislatore nella stesura della nuova norma antielusione, consistono:

- nell’abolizione del termine “fraudolentemente”;
- nella delimitazione alle imposte dirette dell’ambito di applicazione della

¹²¹ CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit., nota 37, scrive: “Si rileva come la concreta determinazione del “vantaggio tributario” sia di fatto lasciata alla “immaginazione” degli Uffici imposte: l’espressione in questione, quand’anche sia riconducibile al concetto di “risparmio di imposta” comporta pur sempre un potere del tutto discrezionale nel confrontare l’onere delle imposte effettivamente corrisposte a quello altrimenti dovuto secondo i criteri ricostruttivi della fattispecie ipotizzati dallo stesso Ufficio.”.

¹²² In questo senso FERRETTO, *Le operazioni societarie e la norma antielusione*, in Riv. Dir. Trib., 1992.

¹²³ In tema, la dottrina si riferisce in modo quasi esclusivo alle decisioni della Commissione Tributaria di 1° grado di Milano, sez. 1°, n. 239/1996 e della Commissione tributaria di 1° grado di Modena, sez. 2°, n. 22/1995. Si veda PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall’art. 7 del D. Lgs. n. 358/1997 (art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973)*, in Dottr. e Prat. Rag., 1997 e CONTRINO, , *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit.

¹²⁴ Si veda LUNELLI, *Normativa antielusione*, cit.

norma;

- nel riconoscimento dell’elusione come fattispecie che solitamente si realizza non mediante un’unica operazione, ma tramite una serie di atti tra loro coordinati.

Sul primo punto, la stessa relazione ministeriale di accompagnamento al D. Lgs. n. 358/1997¹²⁵, nonché la circolare ministeriale attuativa¹²⁶ riconoscono che l’avverbio “fraudolentemente”, richiamando un termine proprio del diritto penale, è stato fonte di dissenso ermeneutico, ponendo il problema della rilevanza da attribuire al termine nell’ambito della diversa disciplina del diritto tributario.

Il dibattito dottrinale si è sempre prevalentemente orientato ad attribuire il termine più che alla sfera emotiva del soggetto, al contratto, ovvero allo strumento negoziale utilizzato per eludere l’applicazione di una norma imperativa, in tal modo riconducendolo nell’ambito civilistico del concetto generale di frode alla legge previsto dall’art. 1344 C.C.¹²⁷.

Si è in particolare fatto notare che la fraudolenza è di per se stessa insita nello scopo di aggiramento della norma tributaria, designando semplicemente l’impiego distorto e l’abuso delle operazioni indicate dall’art. 10 al fine di

¹²⁵ I punti salienti della relazione sono citati da GRASSI, *L’art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973 e il disconoscimento dei vantaggi fiscali conseguenti ad operazioni elusive*, in *Il Fisco*, n. 41/1997.

¹²⁶ Ci si riferisce alla circolare ministeriale 19 dicembre 1997 n. 320/E titolata “Decreto legislativo 8 ottobre 1997 n. 358, recante disposizioni in materia di riordino della disciplina di cessione e conferimenti di aziende e partecipazioni di controllo o di collegamento, fusione, scissione e permuta di partecipazioni”.

¹²⁷ In questo senso si sono espressi TABELLINI, *Fusioni di società ed elusione di imposta*, in *Rass. Trib.*, 1993; GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, cit; CORSO, *Elusione e frode fiscale: il divario rimane*, in *Corr. Trib.*, 1991.

ottenere un risparmio di imposta¹²⁸.

Questa accezione risulta essere stata accolta anche a livello giurisprudenziale¹²⁹, e dall’Amministrazione finanziaria¹³⁰.

Ma non sono comunque mancate voci di dissenso¹³¹, da parte di quella dottrina che aveva accolto e sostenuto l’interpretazione penalistica dell’avverbio “fraudolentemente” osservando la similitudine con l’art. 4, lett. f) della legge n. 516/1982 e ritenendo quindi che si dovesse fare ricorso, in sede ermeneutica, a quest’ultima norma, in quanto espressa dallo stesso legislatore a poca distanza di tempo dall’art. 10.

Relativamente all’ambito di applicazione della norma, la sua mancata collocazione in alcun D.P.R. o D.Lgs., nonché il riferimento generico ai vantaggi “tributari” aveva sollevato il dubbio che la norma stessa avesse una valenza generale. In proposito, le opinioni degli operatori, favorevoli ad una interpretazione restrittiva, e l’interpretazione dell’Amministrazione finanziaria avevano finito per divergere.

Anche una consistente parte della dottrina aveva ritenuto che il richiamo effettuato dal 2° comma dell’art. 10 al D.P.R. n. 602/1973, relativo alla riscossione delle imposte dirette, fosse sufficiente a delimitare l’ambito di

¹²⁸ Si vedano LUPI, *Elusione fiscale: modifiche legislative e prime sviste interpretative*, cit., e CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit.

¹²⁹ Decisione della Comm. trib. di 1° grado di Milano, sez. 1°, n. 239/1996.

¹³⁰ Delibera del Secit n. 105 del 5 luglio 1994.

¹³¹ Tra i sostenitori dell’accezione penalistica del requisito della frode recato dall’art. 10 si citano FERRETTO, *Le operazioni societarie e la norma antielusione*, cit.; CARACCIOLI, *Tutela penale del diritto di imposizione fiscale*, Bologna, 1992 e GAGLIANO, *Fusione ed elusione, una storia infinita*, in *Il Fisco*, 1991.

applicazione della norma antielusiva a queste sole imposte¹³², mentre l’amministrazione, con la circolare ministeriale n. 128 del 1997, si era espressa in senso contrario, ritenendo la norma applicabile anche alle imposte indirette, ed in particolare all’IVA¹³³.

Tuttavia, questa questione non appare essere stata definitivamente risolta dalla diversa collocazione sistematica dell’art. 37 bis, trascinandosi, anche rispetto a quest’ultimo articolo, il problema della relazione tra delimitazione dell’ambito applicativo della norma e la quantificazione del “risparmio fiscale”¹³⁴, nè perciò riceve unanime valutazione la delimitazione dell’ambito di operatività della norma antielusiva alle sole imposte dirette, non da tutti ritenuta un vantaggio¹³⁵.

Infine, anche il riconoscimento della complessità delle modalità attuative dell’elusione, che ben difficilmente si concreta in singoli atti, scaturisce dall’accoglimento a livello legislativo dei rilievi dottrinali, come riconoscono sia

¹³² Cfr. DUS, *Norme antielusive in materia di operazioni societarie*, cit.; GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, cit.; SIMONI, *Prime considerazioni sulla nuova formulazione della norma antielusiva, con particolare riferimento in tema di valutazioni di bilancio*, in Boll. Trib., n. 9/1995.

¹³³ Questa circolare opera un netto mutamento di indirizzo rispetto a quello espresso, solo tre anni prima, dal Secit nella relazione alla delibera n. 105 del 5.7.1994, laddove l’organismo ispettivo afferma di condividere l’opinione di chi ritiene che il potere di disconoscere i vantaggi tributari delle operazioni indicate nell’art. 10 della legge n. 408/1990 sia limitato alle imposte dirette.

¹³⁴ Su questo punto si segnalano FIORENTINO, *Il problema dell’elusione nel sistema tributario positivo*, cit., pag. 821, e GALLI, *L’elusione fiscale nelle operazioni di concentrazione e scorporo*, in Fisco, 1992, i quali, in base ad interpretazione logico-letterale dell’art. 10, ritengono possa dubitarsi che il vantaggio tributario o il risparmio di imposta si riferiscano alle sole imposte dirette; anche LUPI, *Detrazioni forfettarie dell’IVA ed elusione fiscale*, in Il Fisco, 1993, è contrario alla delimitazione alle imposte dirette dell’art. 10, ma sulla scorta di ragioni equitative, tenuto conto che un’operazione considerata elusiva, e perciò sottoposta al maggior carico di imposte dirette conseguente alla ricostruzione effettuata dagli Uffici, può avere scontato un ammontare complessivo di tasse ed imposte maggiore delle sole imposte dirette accertate.

¹³⁵ Sull’argomento si tornerà commentando l’art. 37 bis.

la relazione di accompagnamento al D. Lgs. 358/1997 che la circolare attuativa. Rispetto a precedenti prese di posizione amministrative, si tratta di una totale inversione di rotta: il Secit¹³⁶, preoccupato che “negli atti e nelle negoziazioni preparatorie” (della fusione) potesse essere rintracciata la presenza di “valide ragioni economiche”, e per questa via resa inapplicabile la norma antielusiva, escludeva che di quelli dovesse tenersi conto.

Per converso, la dottrina aveva già da tempo individuato quale caratteristica principale del fenomeno elusivo quella di non esaurirsi, normalmente, in una singola operazione, ma di articolarsi e realizzarsi attraverso una pluralità di atti tra loro collegati, ed aveva inoltre sviluppato esaurienti riflessioni in materia di “*step transactions*”¹³⁷, dimostrando l’essenzialità dell’esame complessivo degli accadimenti anteriori e successivi alle singole operazioni accusate di elusività, e ciò sia per far emergere con maggior chiarezza il disegno elusivo, sia per lo scopo contrario di stabilire l’assenza dell’elusione, quando per esempio la concatenazione degli atti dimostrasse la mancanza di qualsiasi salto di imposta. Infine, un ultimo requisito applicativo dell’art. 10, non più riproposto nell’art. 37 bis, consiste nell’*esclusività* dello scopo elusivo.

Di fronte alla chiara espressione letterale dell’art. 10 “...allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.”, la sentenza n. 239/1996 della Commissione Tributaria di 1° grado di Milano aveva affermato che “le parole scopo esclusivo vanno interpretate per quello che sono, cioè nel senso

¹³⁶ Si veda la relazione alla delibera n. 105 del 5 luglio 1994.

¹³⁷ LUPI, *Elusione fiscale: modifiche legislative e prime sviste interpretative*, cit., rileva appunto come il semplice collegamento tra elusione e le singole operazioni elencate dall’art. 10 trascurasse il risultato dell’analisi dottrinale.

di unico e non di principale o prevalente; ciò anche sulla scorta del generale atteggiamento di cautela mostrato dal legislatore nell’adozione di rimedi antielusivi che non siano automatici o predeterminati”.

Indubbiamente, il requisito dell’esclusività dello scopo elusivo ha funzionato come forte elemento limitativo delle possibilità di applicazione dell’art. 10, comportando obiettive difficoltà di acquisizione della prova da parte degli Uffici.

E ciò, nonostante che la dottrina fosse intervenuta a sostegno della concreta applicabilità della norma escludendo che l’indagine sull’esclusività dello scopo potesse configurarsi come analisi psicologica della “volontà volente”, con i connessi rischi di inconcludenza, e bensì indicando, quale elemento indicativo dell’esistenza dell’intento di eludere, la “volontà voluta”, verificabile dal contenuto e dalle circostanze *oggettive* dell’operazione, in stretto collegamento con il requisito dell’assenza di valide ragioni economiche¹³⁸.

3. I comportamenti elusivi e il collegamento

L’art. 37 bis è stato accolto con unanime favore: la dottrina pone in particolare rilievo la migliore tecnica legislativa rispetto al precedente art. 10, e la maggior chiarezza e precisione¹³⁹, senza mancare però di sottolineare che esso - mantenendo il proprio ambito applicativo limitato alle operazioni espressamente indicate, e non essendo suscettibile di applicazione analogica -, non

¹³⁸ Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 294; GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, cit.; CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit.

¹³⁹ Cfr. G. e A. VASAPOLLI, *Analisi critica della nuova norma antielusiva*, in *Corr. Trib.* n. 50/1997; TABELLINI, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, cit. e LUNELLI, *Nuova normativa antielusione*, in *La sett. fiscale*, n. 3/1997.

rappresenta ancora quel salto di qualità che avrebbe condotto all’attuazione di una vera norma antielusiva generale¹⁴⁰.

E’ stato inoltre rilevato come, ancor prima della norma in sè stessa, rivesta un certo interesse la relazione ministeriale di accompagnamento, in quanto, recando una serie di definizioni ed affermazioni importanti, si pone come strumento interpretativo di buon livello.

Nella relazione è infatti definito il mero risparmio di imposta, illustrato con una serie di esemplificazione di comportamenti che non sono ritenuti elusivi; viene poi chiaramente affermato che *“la scelta della via fiscalmente meno onerosa non è implicitamente vietata dal sistema, ma al contrario esplicitamente o implicitamente consentita”*, non dandosi luogo alla configurabilità di alcun aggiramento di obblighi o divieti.

Sempre nella relazione, viene evidenziato il nucleo essenziale dei comportamenti elusivi, consistente nell’utilizzazione di scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali *tipici*, ottenendo vantaggi che *ordinariamente* il sistema non consente o indirettamente disapprova.

Per il vero, non si tratta di concetti innovativi, essendo essi già stati esaurientemente oggetto di elaborazione dottrinale, nè risolutivi sul piano interpretativo: alcuni Autori¹⁴¹ ritengono ad esempio che la linea di

¹⁴⁰ LUNELLI, *Normativa antielusione*, cit., ritiene che ciò derivi non solo dalle limitazioni della delega (in relazione al contenuto dell’art. 10), ma soprattutto dalla mancanza di una adeguata educazione culturale di base di chi deve applicarla e, aggiunge, anche di chi deve subirla.

A questo proposito può essere opportunamente ricordato che la relazione ministeriale al decreto legislativo scrive che il miglioramento della nuova normativa rispetto alla precedente “non assicura automaticamente quella sensibilità applicativa che è indispensabile perchè la norma antielusiva non diventi una intollerabile fonte di incertezza del diritto....”.

¹⁴¹ G. e A. VASAPOLLI, *Analisi critica della nuova norma antielusiva*, cit.

demarcazione tra i comportamenti tesi ad ottenere un risparmio di imposta (obiettivo lecito) e quelli che conducono all’elusione (obiettivo illecito) non emerga dalla relazione, nè, forse, questo risultato può essere ottenuto in quanto, come del resto riconosce la stessa relazione ministeriale, le disposizioni antielusive generiche sono caratterizzate dalla loro ineliminabile imprecisione.

Prima di procedere all’esame dei nuovi requisiti applicativi della norma, è da osservare che, a differenza dell’art. 10, l’art. 37 bis non si limita ad attribuire all’Amministrazione finanziaria il potere di disconoscimento, ma stabilisce che *“sono inopponibili all’Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti, i negozi.....”*; l’art. 37 bis sembra perciò superare la portata esclusivamente procedimentale della vecchia norma antielusiva, per qualificarsi come norma sostanziale¹⁴².

Come già osservato scompaiono nella nuova norma antielusiva il requisito della frode e dell’unicità dello scopo elusivo.

In loro sostituzione, la nuova norma introduce il concetto di *“aggiramento”*, a sottolineare come il nucleo dell’elusione consista nell’utilizzo di scappatoie che, appunto, aggirano regimi fiscali tipici, attraverso operazioni formalmente accettabili ma che, se considerate nel loro complesso e nella loro concatenazione, realizzano un aggiramento della normativa sostanziale.

Questo nuovo concetto non emerge infatti solo laddove la norma utilizza espressamente il termine (*.....aggirare obblighi o divieti previsti dall’ordinamento*

¹⁴² Come sottolinea PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall’art. 7 del D.Lgs. n. 358/1997 (art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973)*, in Dir. Prat. Rag., 1997, pagg. 1147 e segg., la qualificazione della norma antielusiva come norma procedimentale ovvero sostanziale non ha una portata meramente teorica, in quanto consente di risolvere particolari problemi applicativi, ad esempio nell’ipotesi in cui sia modificato l’elenco recato dalla norma, nel cui caso la norma antielusiva non potrebbe più applicarsi alle operazioni estromesse dall’elenco, anche se poste in essere anteriormente alla modifica dell’elenco stesso.

tributario....), ma si evince dall’insieme della disposizione, mediante il richiamo agli “atti, fatti e negozi”, ed al loro eventuale collegamento, che viene a delineare, secondo la formula del 3° comma, l’essenza del “comportamento” elusivo.

Mediante la previsione della inopponibilità all’Amministrazione finanziaria di atti, fatti e negozi, gli estensori del decreto hanno riconosciuto che il ventaglio delle azioni elusive può andare al di là del tipico strumento del negozio giuridico (ed in particolare del contratto), esplicitandosi anche in comportamenti non contrattuali e neppure negoziali.

Qualche perplessità suscita il termine “fatto”, e ciò in relazione alle controversie dottrinali, nell’ambito della teoria generale del diritto, relative alla distinzione tra atti e fatti, e tra atti giuridici e non: ciononostante, viene ritenuto¹⁴³ che la genericità di queste espressioni sia quanto mai opportuna, in relazione al contrastato fenomeno elusivo, onde non aprire, con l’utilizzo di terminologia meno generale, pericolosi varchi. Con funzione di chiusura, la nuova norma antielusiva prevede che gli atti, i fatti ed i negozi inopponibili all’Amministrazione finanziaria possano essere “*anche collegati tra loro*”.

Come già evidenziato era stata l’analisi dottrinale a mostrare in che modo, in assenza di un collegamento tra atti e fatti, ben difficilmente poteva appalesarsi il disegno elusivo; oggi, il fatto che il “*collegamento*” sia previsto legislativamente suscita però talune preoccupazioni: la norma non dice quale tipo di collegamento debba sussistere tra gli atti, fatti, ecc., e la sola espressione “*diretti ad aggirare*” è troppo debole anche per rendere il senso di una

¹⁴³ Cfr. TABELLINI, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, cit.

connessione teleologica, “con il rischio che tutto appaia collegabile ed il fantasma dell’elusione diventi un incubo quotidiano”¹⁴⁴.

Viene del resto osservato¹⁴⁵ che il collegamento tra atti e fatti rappresenta un’area problematica in ogni ramo del diritto¹⁴⁶, e che anche l’art. 37 bis potrebbe richiamare i concetti della *step transaction doctrine*, e le connesse difficoltà di rilevare il momento in cui gli atti perdono la loro singola autonomia per identificare quella serie concatenata che porta al disegno elusivo¹⁴⁷.

4. L’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973

L’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 si compone di otto commi:

- **i commi 1 e 2** individuano il comportamento ritenuto elusivo e, pertanto, inopponibile all’Amministrazione finanziaria;
- **il comma 3** elenca le fattispecie “potenzialmente elusive”, in presenza delle quali è possibile “indagare”;
- **nei commi successivi (dal 4 al 7)** vengono considerati aspetti

¹⁴⁴ Cfr. TABELLINI, *La normativa antielusiva dopo il recepimento della delega della Finanziaria 1997*, cit., il quale è dell’avviso che sarebbe stato meglio utilizzare, al posto dell’attributo “diretti”, quello di “preordinati”. Lo stesso Autore, in *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, cit., richiama l’importanza dell’elemento temporale, ritenendo che, pur dovendo prevalere l’esame caso per caso, debba escludersi il collegamento tra comportamenti separati da significativi intervalli di tempo.

¹⁴⁵ Cfr. VALENTE P., *Connessione motivazionale e concatenazione esecutiva nella disciplina antileusione*, in *Il Fisco*, n. 42/1997.

¹⁴⁶ Per approfondimenti, si rinvia a LUZZATTI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990; CARRIO’, *Sull’interpretazione giuridica*, in “Analisi del Ragionamento giuridico”, Torino, 1989.

¹⁴⁷ VALENTE P., *Connessione motivazionale e concatenazione esecutiva nella disciplina antileusione*, cit., ricorda in proposito il paradosso del mucchio, ove si dibatte sul momento in cui un chicco di grano, che di per sè non è un mucchio, nè due chicchi, che anch’essi non lo sono, lo possano diventare aggiungendo indefinitivamente un chicco dopo l’altro fin all’ottenimento di un esempio paradigmatico di mucchio.

procedurali o procedimentali, diretti a rafforzare - in un contesto così delicato - le garanzie del contribuente;

- **il comma 8** contiene un particolare istituto giuridico che ha preso il nome di "interpello disapplicativo" (di disposizioni "specifiche" - impropriamente definite - antielusive).

Il comma 1 stabilisce che *"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 rimborsi, altrimenti indebiti"*.

Analizziamo il significato dei termini utilizzati dal legislatore:

- **atti** sono quei fatti - caratterizzati da un'attività umana consapevole, posta in essere da un soggetto capace di intendere e di volere - ai quali l'ordinamento attribuisce il potere di incidere sulla realtà esterna;
- **fatti** sono accadimenti o comportamenti cui l'ordinamento attribuisce rilievo sotto il profilo civilistico, penale, amministrativo e anche tributario (ad esempio, una valutazione);
- **negozi** sono quegli atti consapevoli e volontari, le cui conseguenze giuridiche sono determinate, nel rispetto delle norme imperative, dai soggetti agenti; la volontà del soggetto è volta non solo al compimento dell'atto, ma anche alla determinazione degli effetti (ne sono espressione tipica i contratti).

Dalla *inopponibilità* - di quegli atti, fatti e negozi - all'Amministrazione finanziaria discende la valenza esclusivamente fiscale della disposizione; per cui i comportamenti posti in essere dai contribuenti, anche se fiscalmente irrilevanti,

sono perfettamente validi e rilevanti sul piano civilistico.

L'espressione *"anche collegati fra loro"* pone in evidenza che il fenomeno elusivo può derivare da un unico atto, fatto o negozio, ma più spesso si realizza attraverso una concatenazione di operazioni, posta in essere in base a un "progetto" di lungo periodo (che - spesso - non è facile "scoprire"); e nell'ambito del quale ciascuna operazione considerata singolarmente potrebbe essere priva delle caratteristiche di elusività.

La stessa relazione ministeriale che accompagna la disposizione antielusiva richiama l'attenzione dell'interprete sul fatto che - nella maggior parte dei casi - l'attenzione va posta più che sulla singola operazione, sul disegno elusivo elaborato dal contribuente, in quanto il vantaggio fiscale non deriva quasi mai "da una mera fusione, da un mero conferimento o da un'altra operazione societaria, ma ... da eventi preparatori o consequenziali, come l'acquisto o la cessione di partecipazioni sociali".

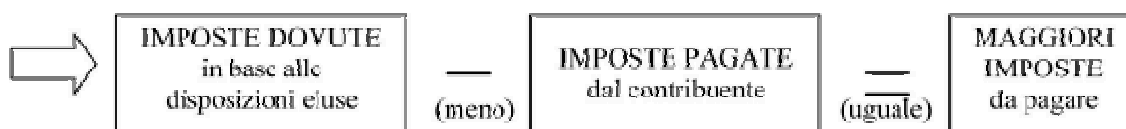
Quanto sopra esposto può essere riassunto con la precisazione che la mancanza anche di una soltanto delle condizioni segnalate non consente l'applicazione della norma antielusiva, con pieno riconoscimento degli effetti delle operazioni compiute anche sul piano tributario.

Il comma 2 stabilisce 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"*.

Questa impostazione dà modo agli uffici di disapplicare dei vantaggi tributari indebitamente conseguiti dal soggetto passivo; ma - nel contempo - consente, a

quest'ultimo, di non "perdere" le imposte già pagate. Infatti, l'Amministrazione finanziaria, dopo aver annullato fiscalmente l'operazione effettuata dal contribuente, nell'eseguire il calcolo di quanto dallo stesso (ancora) dovuto, deve considerare gli importi già versati, chiedendogli solo la differenza, cioè solo le maggiori imposte dovute.

In altre parole, in presenza dei presupposti richiesti, l'Amministrazione finanziaria può (e deve) disconoscere (solo) i "vantaggi tributari" costituiti dalla differenza fra quanto (in ipotesi) effettivamente dovuto e quanto già corrisposto dal contribuente in relazione alle operazioni compiute.



Si tratta di una disposizione molto importante, perché comporta l'obbligo, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di dichiarare quale sarebbe stata - a suo parere - la "configurazione" dell'operazione in esame e la conseguente tassazione. L'ufficio accertatore non può, dunque, limitarsi a contestare - e "cancellare" - le operazioni compiute dal contribuente, ma deve darsi carico di indicare le modalità (ritenute) corrette (e rilevanti) nel caso concreto.

Il passaggio dalla formula precedente - per cui all'Amministrazione finanziaria era "consentito disconoscere" - a quella (nuova) per cui la stessa "disconosce" i vantaggi tributari, non modifica, invece, l'essenza della norma, che esprime il consueto "potere-dovere" dell'Amministrazione di valutare i fatti ed interpretare le norme: naturalmente tutto ciò non impedisce - come non impediva - all'Ufficio finanziario di astenersi dall'applicare la disposizione antielusiva in tutti i casi in cui si potrebbe verificare un contrasto con i principi di "buon andamento

ed economicità dell'azione amministrativa": si pensi, ad esempio, alle situazioni in cui la differenza tra le imposte accertabili e quelle percepite a seguito dei comportamenti "disconoscibili", sia trascurabile ed un perseguimento della relativa pretesa si riveli antieconomico.

Il comma 3 stabilisce che *"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:"*, facendo seguire **otto**¹⁴⁸ gruppi (di operazioni), ciascuno preceduto da una lettera dell'alfabeto:

- **la lettera a)** si riporta, in larga parte, alle operazioni societarie già previste nell'art. 10 della L. n. 408/1990: *"trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie"*, nonché *"distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili"*. Vengono reintrodotte, nel novero delle fattispecie potenzialmente elusive, le fusioni e le scissioni, che l'intervento legislativo di fine 1994 aveva - formalmente - eliminato;
- **la lettera b)** riguarda, prima di tutto, i *"conferimenti in società"* di qualsiasi bene o diritto, sia esso materiale o immateriale, immobilizzato o circolante; e, poi, i *"negozi aventi ad oggetto il trasferimento"* sia a titolo oneroso, (come la cessione, il conferimento o la permuta) che gratuito (come la donazione), ma anche il *"godimento di aziende"*; facendo, pertanto, rientrare, nell'ambito delle operazioni *"potenzialmente elusive"*, anche l'affitto e l'usufrutto (sempre di aziende); a conferma del progressivo interesse del Legislatore per le operazioni aventi ad oggetto i

¹⁴⁸ Nella versione originaria erano previsti solo 6 (sei) gruppi dalla lettera a) alla lettera f).

complessi aziendali, come fonti di possibili vantaggi tributari "distorsivi" della coerenza e simmetria di tassazione.

- **le lettere c) e d)** riguardano le "cessioni di crediti" o "di eccedenze di imposta": la prima operazione era già prevista dall'art. 10 della L. n. 408/1990; la seconda è nuova e va coordinata con le disposizioni che regolamentano la cessione di eccedenze di imposta.
- **la lettera e)** richiama le *"operazioni di cui al D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544"*, cioè le *fusioni, le scissioni, i conferimenti d'attivo e gli altri scambi di azioni* concernenti società appartenenti a diversi Stati dell'Unione europea (in attuazione della Direttiva del Consiglio 90/434/CEE). Si tratta di operazioni già considerate nella precedente lettera a), che però intervengono in ambito "intracomunitario" (una società italiana, l'altra di altro Paese della UE). Va peraltro considerato come la stessa Direttiva 90/434 già contenesse una "clausola antielusiva", prevista nell'art. 11 ed in base alla quale è consentito agli Stati di disapplicare, in tutto o in parte le disposizioni della Direttiva, ovvero di revocarne il beneficio, qualora l'operazione di fusione, scissione, conferimento o scambio azionario:
 - abbia come obiettivo principale, o come uno degli obiettivi principali, la frode o l'evasione fiscale, presumendosi quale "indizio" di frode/evasione l'inesistenza di valide ragioni economiche;
 - abbia come conseguenza che una società, a prescindere dalla partecipazione della medesima all'operazione, non soddisfi più le condizioni richieste per la rappresentanza dei lavoratori negli organi della società, secondo le modalità applicabili prima di detta

operazione.

- **la lettera f)**, riguarda “operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81¹⁴⁹, comma 1, lettere da c) a c-quinquies)¹⁵⁰ del Tuir approvato con D.P.R. n. 917/1986”, cioè operazioni (atti o negozi) e valutazioni (fatti) relative a azioni, obbligazioni, altre partecipazioni ("qualificate" o meno), valute, divise estere, prodotti finanziari "derivati", eccetera: in una parola, gran parte delle "operazioni finanziarie" poste in essere sia da "privati" che da "imprenditori" (individuali o collettivi).
- **la lettera f-bis)¹⁵¹**, concerne le “cessioni di beni e prestazioni di servizi¹⁵² effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117¹⁵³ del testo unico delle imposte sui redditi” ;

¹⁴⁹ Per effetto delle modifiche apportate dall’ art. 1 Decreto Legislativo n. 344 del 12/12/2003, l’art. 81 è stato rinumerato in 67.

¹⁵⁰ Il testo originario così recitava “..... comma1, lettera c), c-bis) e c-ter) del testo unico”.

¹⁵¹ Lettera inserita dal Decreto Legislativo del 12/12/2003 n. 344 recante “Riforma dell'imposizione sul reddito delle società, a norma dell'articolo 4 della legge 7 aprile 2003, n. 80.”, con il quale è stata anche aggiunta alla lettera f), dopo la parola “*valutazioni*” le seguenti “e le classificazioni di bilancio”.

¹⁵² Con il comma 2 dell’art. 18 del Decreto Legislativo nr. 247 del 18/11/2005 sono state introdotte dopo le parole “cessioni di beni” le parole “e prestazioni di servizi” ampliando così il campo di applicazione.

¹⁵³ L’art. 117 Dpr 917/1986 recante “**Soggetti ammessi alla tassazione di gruppo di imprese controllate residenti**” così recita:

“1. La società' o l'ente controllante e ciascuna società' controllata rientranti fra i soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), fra i quali sussiste il rapporto di controllo di cui all'articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile, con i requisiti di cui all'articolo 120, possono congiuntamente esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo.

2. I soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), possono esercitare l'opzione di cui al comma 1 solo in qualità' di controllanti ed a condizione:

a) di essere residenti in Paesi con i quali e' in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione;

- **la lettera f-ter)**¹⁵⁴, infine, riguarda *“i 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 piu’ soggetti non residenti in uno Stato dell’Unione europea”*.

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

Non solo, quindi, è prevista una "apposita" richiesta al contribuente, ma in essa l'ufficio deve indicare i motivi per cui intende applicare la norma antielusiva; se la richiesta di chiarimenti - che dovrebbe rappresentare l'inizio del contraddittorio fra le parti - non viene effettuata, l'avviso di accertamento è nullo.

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

Fatte salve le disposizioni di cui all’art. 42 del D.P.R. n. 600/1973 sulla *“motivazione”*, vengono rafforzate le garanzie del contribuente, imponendo che l’Amministrazione finanziaria tenga in debito conto le *“giustificazioni fornite dal contribuente”*; l’eventuale inadempimento viene sanzionato con la nullità

*b) di esercitare nel territorio dello Stato un’attività d’impresa, come definita dall’articolo 55, mediante una stabile organizzazione, come definita dall’articolo 162, nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna società controllata.
.....omissis* “

¹⁵⁴ Lettera aggiunta dall’art. 1 del Decreto Legislativo nr. 143 del 30/05/2005 recante **“Attuazione della direttiva 2003/49/CE concernente il regime fiscale applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi”**

dell'avviso. In altri termini, non basta che l'ufficio richieda "*chiarimenti*" sull'operazione al contribuente, ma è necessario che, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento, contrasti le spiegazioni del contribuente: solo così potrà far venir meno i "*vantaggi tributari*" conseguiti dal contribuente con l'operazione elusiva.

Come già detto, le "maggiori imposte" devono essere calcolate tenendo conto di quanto previsto al precedente comma 2, per cui l'ufficio deve tenere conto di quanto già corrisposto (o, comunque, dovuto) in base alle operazioni poste in essere dal contribuente e contestate.

Il comma 6 precisa che "*Le imposte o le maggiori imposte accertate in applicazione delle disposizioni di cui al comma 2 sono iscritte a ruolo, secondo i criteri di cui all'art. 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, concernente il pagamento dei tributi e delle sanzioni pecuniarie in pendenza di giudizio, unitamente ai relativi interessi, dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale*".

La notifica - da parte dell'ufficio - dell'atto di accertamento non comporta la iscrizione a ruolo - a titolo provvisorio - del "terzo" o del "mezzo" delle maggiori imposte pretese e relativi interessi; la riscossione potrà iniziare solo dopo la sentenza della Commissione tributaria provinciale e avverrà in misura pari alla maggiore imposta ritenuta "*dovuta*" dalla stessa Commissione.

Il successivo comma 7 dispone che "*i soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni dei commi precedenti possono richiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito dei comportamenti disconosciuti dall'amministrazione finanziaria; a tal fine detti soggetti possono proporre, entro*

un anno dal giorno in cui l'avviso di accertamento è divenuto definitivo o è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza di rimborso all'amministrazione, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure".

Si tratta di una disposizione intesa a rafforzare il principio per cui le imposte pretese in applicazione della norma antielusiva non devono cumularsi con quelle eventualmente già corrisposte dai contribuenti in relazione agli atti che l'Amministrazione intende dichiarare a sé inopponibili: sarebbe, infatti, iniquo che venisse negata la rilevanza fiscale di determinati atti, fatti o negozi, ma che al tempo stesso venissero trattenute le imposte corrisposte in applicazione di tali operazioni (sia dal contribuente "accertato", sia da terzi che hanno partecipato alle stesse).

L'obbligo, da parte dell'ufficio, di inviare al contribuente una richiesta di chiarimenti rappresenta una delle più rilevanti innovazioni introdotte dall'art. 37-bis sul versante della *"tutela dei contribuenti"* a fronte del potere, attribuito all'Amministrazione finanziaria, di disconoscere i "vantaggi tributari" conseguiti dal contribuente in relazione a operazioni "in odore" di elusione.

All'Amministrazione finanziaria viene attribuita una "posizione di vantaggio" nella prova dei fatti rilevanti ai fini della ricostruzione della base imponibile, ma essa viene bilanciata attribuendo ai contribuenti il diritto di intervenire già nella "fase istruttoria" per addurre argomenti e fornire prove a proprio favore che potrebbero far venir meno la pretesa erariale.

La disciplina contenuta nell'art. 37-bis (commi 4 e 5) è particolarmente rigorosa: viene stabilito non solo che l'inadempimento dell'obbligo di formulare la richiesta

di chiarimenti rende nullo l'avviso di accertamento, ma che è causa di nullità dell'atto impositivo anche l'assenza, nella sua "motivazione", di una parte dedicata alla confutazione delle spiegazioni fornite dal contribuente in risposta alla richiesta di cui sopra o alla contestazione dei dati o fatti dichiarati.

Infine, Il comma 8, che il dispone che *"Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi"*. Quanto alla procedura, *"il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione. Con decreto del Ministro delle finanze da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988 n. 400, sono disciplinate le modalità per l'applicazione del presente comma"*.

Dato che il contribuente ha la facoltà di richiedere la disapplicazione di "norme antielusive specifiche" (che limitano deduzioni, detrazioni, crediti di imposta o particolari posizioni oggettive) all'istituto, che la stessa relazione governativa definisce *un principio di civiltà giuridica e di pari opportunità tra il fisco e il contribuente*, la dottrina ha attribuito la denominazione di "interpello disapplicativo".

Il riferimento alle "deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario" non deve ritenersi tassativo, ma ricognitivo del principio generale in base al quale la disposizione

antielusiva è suscettibile di disapplicazione quando, con riferimento al caso specifico, non ha motivo di esistere e non reca, al contribuente, vantaggi tributari disapprovati dal sistema.

Al Direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate è attribuito il delicato compito di accertare che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, quella specifica disposizione (indebitamente) penalizza il contribuente; e, quindi, nei suoi confronti "va disapplicata" o meglio, non va applicata.

Quanto alla procedura, così come le norme antielusive si applicano ad impulso dell'Amministrazione finanziaria, la disapplicazione delle norme che, in casi concreti si rivelano pregiudizievoli per un certo contribuente, deve avvenire su iniziativa di quest'ultimo; ed è a lui che incombe l'onere di dimostrare che la sua situazione specifica non è quella astrattamente considerata dal legislatore.

Il D.M. 19 giugno 1998, n. 259 e le circolari di alcune Direzioni regionali, si soffermano anche sui requisiti formali e sostanziali dell'istanza; e, così, viene precisato che l'istanza deve, *da un lato*:

- essere rivolta al Direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate competente per territorio, ma spedita valendosi del servizio postale, in plico raccomandato con avviso di ricevimento, all'ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competente per l'accertamento;
- indicare i dati identificativi del contribuente e del suo legale rappresentante (e dell'eventuale domiciliatario, che ben può essere un professionista);
- essere sottoscritta dall'istante;

dall'altro, contenere:

- la descrizione completa della fattispecie;
- l'indicazione delle disposizioni di legge di cui viene richiesta la disapplicazione;
- l'enunciazione dei motivi e l'indicazione degli elementi sulla base dei quali il contribuente intende dimostrare che, nella fattispecie concreta, gli effetti elusivi non si verificano;
- l'elenco di tutti i documenti e gli atti (allegati) che sono idonei a qualificare la fattispecie prospettata.

L'ufficio locale, entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza, deve trasmetterla, unitamente al proprio parere, al Direttore regionale; che, a sua volta nel termine di 30 giorni dalla data di ricevimento dell'istanza da parte dell'ufficio competente per l'accertamento, è tenuto a comunicare al contribuente le determinazioni assunte con un provvedimento che deve ritenersi definitivo, dato che quest'ultimo non potrà, in caso di risposta negativa, esperire alcuna azione di tutela in via amministrativa.

Potrà, tutt'al più, replicare, per cercare di far mutare indirizzo al Direttore regionale; e potrà, ovviamente, anche e nonostante il parere negativo, disapplicare la norma ritenuta per lui inconferente ... ma a suo rischio, dato che, in caso di controllo, l'Amministrazione finanziaria richiederà non solo il pagamento degli oneri tributari pretesi dalla legge (contestata), ma anche le relative sanzioni: fermo restando che rimane impregiudicata la via giudiziaria (nel senso che non è preclusa, al contribuente, la possibilità di reagire contro l'atto di imposizione dell'Amministrazione finanziaria, mediante motivato ricorso

alle Commissioni tributarie) ... anche se, nel caso in esame, non si discute sulla esistenza di una norma generale che lo riguarda, ma sulla sua idoneità a regolare la situazione specifica, per cui solo una eccezione di incostituzionalità della norma potrebbe salvare il contribuente.

Il decorso dei termini sopra indicati è sospeso qualora vengano effettuate, da parte dell'organo adito, delle attività istruttorie, anche attraverso richieste rivolte a soggetti terzi; tali indagini, peraltro, dovrebbero essere comunicate all'istante.

L'art. 37-bis, comma 8, contrariamente alle altre tipologie di interpello, ha trovato finora, scarsa applicazione: la circostanza è dovuta, probabilmente, al fatto che il contribuente teme di avere più svantaggi che vantaggi dall'istanza: non solo perché difficilmente un Direttore regionale (organo periferico dell'Amministrazione finanziaria) si assume la responsabilità di consentire a un soggetto di disapplicare una disposizione generale (come una legge o un decreto), ma anche perché il contribuente spesso preferisce mantenere "riservata" una certa situazione, affrontando il contraddittorio solo nell'ipotesi in cui il suo comportamento venga contestato (e, tenendo conto dei ricorrenti provvedimenti di sanatoria o di condono, forse - all'atto pratico - non ha tutti i torti ...).

5. *Requisiti applicativi: le valide ragioni economiche*

Il legislatore dell'art. 37 bis ripropone, tra i requisiti applicativi, l'assenza di valide ragioni economiche, ritenendo, come scrive la relazione di accompagnamento, inopportuno "disorientare gli operatori con modifiche di portata esclusivamente lessicale".

La presenza di valide ragioni economiche a motivazione delle operazioni straordinarie è inizialmente richiesta, a livello intracomunitario, dall’art. 11 della Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 23 luglio 1990, n. 434¹⁵⁵.

Va subito osservato che, mentre questo articolo riempie di contenuto il concetto di valide ragioni economiche con l’esemplare riferimento alle operazioni di ristrutturazione e di razionalizzazione delle attività delle società, l’art. 10 della legge n. 408/1990 si limitò a riprendere il concetto senza indicarne la portata, aprendo, a livello interpretativo, un ampio dibattito dottrinale sul significato da attribuire ai singoli termini della locuzione, soprattutto in connessione con il “fine esclusivo di ottenere un risparmio di imposta”.

Nel periodo di vigenza dell’art. 10, la norma aveva trovato una sua sistematizzazione interpretativa, nell’assimilazione¹⁵⁶ del concetto di ragioni economiche a quello anglosassone del *business purpose*¹⁵⁷. In questo senso, le “ragioni” non vanno intese come “causa negoziale civilistica”, bensì riferite ad una nozione empirica di causa, tale da consentire all’Amministrazione finanziaria un approccio valutativo di tipo pragmatico¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Questo articolo recita:

1. Uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni dei titoli II, III e IV, o revocarne il beneficio qualora risulti che l’operazione di fusione, di scissione, di conferimento di attivo o scambio di azioni :

a) ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l’evasione fiscale; il fatto che una delle operazioni di cui all’art. 1 non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all’operazione, può consentire la presunzione che quest’ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l’evasione fiscali;omissis.....

¹⁵⁶ Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 234 e TABELLINI, *Fusioni di società ed elusione d’imposta*, cit., pag. 1159.

¹⁵⁷ Scelta di convenienza imprenditoriale - non puramente fiscale

¹⁵⁸ Cfr. CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit. e DESIDERI,

In sostanza, si è ritenuto che, con la locuzione “valide ragioni”, si sia voluto in qualche modo “oggettivare” la valutazione dell’impulso, richiedendo che le ragioni che hanno indotto a porre in essere l’operazione abbiano una validità intesa come tangibilità concreta e si rendano pertanto riconoscibili ad occhi imparziali.

Per quanto riguarda la qualifica di “economiche”, delle valide ragioni, la dottrina¹⁵⁹ ha concordemente ritenuto che essa vada intesa in senso residuale, e per conseguenza nel più ampio significato possibile, ricomprendendo qualsiasi tipo di ragione che sia diversa da quella meramente fiscale di conseguire vantaggi tributari¹⁶⁰.

La riproposizione del requisito delle valide ragioni economiche, in un contesto in cui viene dichiarata l’inopponibilità all’Amministrazione di atti, fatti e negozi, anche collegati tra loro, ancor di più avvicina la norma antielusiva al concetto del *business purpose*, combinato con la teoria della *step transaction doctrine*.

La relazione ministeriale di accompagnamento scrive che “l’espressione valide ragioni economiche non sottintende una validità giuridica, che in questo

Operazioni societarie elusive: 10 questioni da meditare, in Corr. Trib. n. 18/1992

¹⁵⁹ Cfr. DESIDERI, *Operazioni societarie elusive: 10 questioni da meditare*, cit.; PETTINATO, *Appunti sul tentativo di disciplina antielusione nelle operazioni societarie*, in *Il Fisco*, n. 38/1991; PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall’art. 7 del D.Lgs. n. 358/1997 (art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973)*, cit.; DESIDERI, *Operazioni societarie elusive: 10 questioni da meditare*, cit.

¹⁶⁰ Vigente l’art. 10, la dottrina si era posta il problema se l’eliminazione della duplicazione di costi conseguente a fusione potesse essere ritenuta una valida ragione economica. La risposta negativa fornita era connessa all’esistenza del requisito dell’esclusività del fine fiscale: riconoscere come valida ragione economica quella dell’unificazione dei costi gestionali avrebbe infatti impedito in ogni caso l’applicazione della norma antielusiva, in quanto ogni fusione sarebbe stata “fisiologicamente” priva del fine esclusivo di ottenere un risparmio di imposta. Cfr. CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit. Non così la giurisprudenza: si veda la più volte citata decisione della Comm. trib. di 1° grado di Milano, sez. 1°, n. 239/1996.

contesto non avrebbe senso, ma un’apprezzabilità economico-gestionale”, potendo anche avere rilevanza “valutare se un comportamento è economicamente “normale” o imprenditorialmente vantaggioso”.

Sempre secondo la relazione, il controllo sull’elusività di un comportamento consiste in “un confronto oggettivo tra regimi fiscali, e non certo nella necessità di sindacare i comportamenti soggettivi dell’imprenditore medio o dell’uomo d’affari medio”.

Questa interpretazione, suggerita dalla relazione ministeriale, ha però già sollevato alcuni dubbi, soprattutto per la relazione con la disposizione recata dal secondo comma dell’articolo 37 bis, la quale implica la riqualificazione dell’operazione elusiva.

Come alcuni autori¹⁶¹ fanno osservare, in materia di elusione di imposta, la “sostanza economica” acquista valenza specifica diversa a seconda che essa costituisca parametro per apprezzare il “risultato” dell’operazione, oppure il “processo intenzionale” del soggetto o delle parti di essa.

Parrebbe fuor di dubbio, almeno stando al tenore letterale, che la norma in esame abbia optato per la seconda soluzione: l’operazione deve infatti essere *giustificata* da valide ragioni economiche, mentre, sotto il profilo del *risultato*, assume rilievo solo quello che consiste in “riduzioni d’imposte o rimborsi altrimenti indebiti”.

Il 2° comma, prescrivendo un confronto tra comportamento elusivo e fattispecie elusa, postula un apprezzamento del risultato: la stessa norma, però, non indica i criteri con i quali riqualificare l’operazione elusiva. Pare ai suddetti Autori che

¹⁶¹ Si veda TABELLINI, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, cit.

l’ipotesi prospettata dalla relazione ministeriale, secondo la quale tutta la materia in esame sarebbe dominata dall’apprezzamento “economico-gestionale”, attribuisce alle “valide ragioni economiche” anche il compito di fungere da parametro per l’apprezzamento del risultato, con il rischio di un uso improprio e “stiracchiato” dello stesso.

E’ da rilevare¹⁶² che l’indagine in merito alla validità delle ragioni economiche sottostante gli atti, i fatti o i negozi che si vogliono accertare inopponibili all’Amministrazione finanziaria implica un giudizio di valore, e non di fatto, come nella normalità dell’accertamento tributario. L’emissione di tali giudizi è notoriamente complessa e contestabile.

Si consideri inoltre la naturale opinabilità in merito alla validità delle ragioni economiche, che non può che generare un ampio contenzioso¹⁶³. Sarà allora il giudice tributario ad emettere il giudizio definitivo in relazione alla presupposta assenza di valide ragioni economiche: questo fatto, se da un lato non è certamente funzionale alle esigenze di economicità e snellezza del sistema fiscale, dall’altro consente però un ulteriore avvicinamento all’applicazione del *business purpose*, attraverso lo sviluppo di tecniche antiabuso di matrice giurisprudenziale, già auspiccate dalla dottrina¹⁶⁴.

¹⁶² DE LEVA-ERTMAN-FAILLA, *Elusione fiscale*, cit., pag. 80.

¹⁶³ In questo senso anche GIUNTA, *La nuova normativa antielusione*, cit.

¹⁶⁴ Si veda CONTRINO, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit. e VALENTE P., *Connessione motivazionale e concatenazione esecutiva nella disciplina antieleusione*, cit.

6. *Requisiti applicativi: l’aggiramento di obblighi e divieti previsti dall’ordinamento tributario*

Ulteriore requisito richiesto dal legislatore per l’operatività della nuova norma antielusiva è “l’aggiramento di obblighi o divieti previsti dall’ordinamento tributario”.

Si è già anticipato come il concetto dell’aggiramento rappresenti una apprezzabile novità rispetto al precedente art. 10, sostituendo il requisito della frodolenza. La relazione ministeriale identifica l’aggiramento nell’“utilizzo di scappatoie formalmente legittime, allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici, ottenendo vantaggi che ordinariamente il sistema non consente o indirettamente disapprova”.

Per leggere concretamente questa disposizione, non occorre pertanto porre l’accento sulle espressioni “obblighi” o “divieti”, i quali, se espressamente violati, sposterebbero i comportamenti dal campo dell’elusione a quello dell’evasione. Quello che conta è l’aggiramento, che va inquadrato nell’insieme della norma: in concreto, se l’atto, il fatto o il negozio, o una loro serie, non sono sorretti da valide ragioni economiche ed hanno consentito di ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti, si è avuto l’aggiramento di obblighi o divieti¹⁶⁵.

La locuzione non è però priva di spunti problematici: la frase “diretti ad aggirare” sembra dare carattere di finalità all’aggiramento, mentre, come taluni sostengono¹⁶⁶, sarebbe forse più corretto ritenere che esso assolva alla

¹⁶⁵ Così GIUNTA, *La nuova normativa antielusione*, cit.

¹⁶⁶ COMUZZI, *Qualche commento (da straniero) sulla norma antielusione*, in *Il Fisco*, n. 39/1997.

funzione di *mezzo* per l’ottenimento dell’unico e solo fine delle riduzioni di imposta o dei rimborsi indebiti: e non si tratta di una semplice questione interpretativa teorica, in quanto riconoscere all’aggiramento il carattere di strumentalità sposta l’esame del comportamento del contribuente prevalente verso la finalità che lo stesso vuole raggiungere, in tal modo evitando possibili riconduzioni all’elusione di comportamenti che attuano un semplice e lecito risparmio di imposta.

Pur sotto diversa angolatura, anche altri Autori¹⁶⁷ ritengono che sarebbe opportuno spostare l’accento dal termine “aggiramento” al termine “indebiti”, considerando l’ipotesi di vantaggi tributari che, pur non conseguiti attraverso l’aggiramento di un obbligo o di un divieto previsto dall’ordinamento tributario, siano non previsti dall’ordinamento stesso e, ordinariamente, non consentiti dal sistema ed indirettamente disapprovati.

In merito ci si chiede inoltre quale senso abbia il richiamo all’intero ordinamento tributario, posto che la norma dovrebbe trovare applicazione solo in relazione alle imposte dirette¹⁶⁸.

Come già dianzi anticipato, il problema non è di poco conto, se viene collegato con la successiva disposizione del secondo comma, laddove si prevede che l’Amministrazione applichi le imposte determinate in base alle disposizioni

¹⁶⁷ VASAPOLLI G.e A , *Analisi critica della nuova norma antielusiva*, cit., ritengono che siano questi i comportamenti elusivi di più alta ingegneria fiscale, e che essi, per effetto del requisito dell’aggiramento, non siano colpiti dalla norma antielusiva.

¹⁶⁸ In questo senso trova cittadinanza l’opinione di COMUZZI, *Qualche commento (da straniero) sulla norma antielusione*, cit., il quale ritiene che l’art. 37 bis rappresenti, a differenza del precedente art. 10, una vera norma antielusiva di carattere generale, essendo sufficiente togliere dal corpo dell’articolo la lista delle operazioni per ottenere una antielusiva totale. Del resto, è la stessa relazione Ministeriale ad affermare che “i primi due commipotrebbero costituire una norma antielusiva generale....”

eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all’Amministrazione stessa, nonché del 7° comma, che prevede il rimborso a soggetti terzi delle eventuali imposte pagate a seguito dei comportamenti disconosciuti.

Alla prima lettura della norma, parrebbe che la sola pretesa fiscale della differenza tra il debito tributario emergente dal comportamento elusivo e il *quantum* dovuto in base al comportamento eluso risponda ad una volontà di progresso fiscale, di civiltà giuridica¹⁶⁹: sta di fatto però che ciò è in tanto vero in quanto venga attribuita alle “imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all’amministrazione” un’interpretazione estensiva.

Invece non è affatto chiaro se, a fronte della riqualificazione dell’operazione operata dall’Amministrazione, l’accertamento di maggiori imposte dirette dovute tenga conto o meno di imposte indirette eventualmente assolte nell’ambito del comportamento disconosciuto¹⁷⁰, nè è chiaro il riferimento ai soggetti terzi contenuto nel 7° comma, se l’ambito applicativo è quello delle imposte sui redditi¹⁷¹.

¹⁶⁹ Si veda GIUNTA, *La nuova normativa antielusione*, cit.

¹⁷⁰ DE LEVA-ERTMAN-FAILLA, *Elusione fiscale*, cit., pag. 95, fanno notare che l’eventuale permanere a carico del contribuente delle imposte indirette che abbia dovuto assolvere nell’operazione elusiva configura o una sanzione implicita dell’elusione o, ove si negasse la natura sanzionatoria delle imposte non riconosciute in diminuzione della pretesa erariale ex art. 37 bis, si dovrebbe necessariamente imputare allo Stato il potere di moltiplicare il presupposto di imposta e, quindi, creare materiale imponibile oltre l’effettiva capacità contributiva del soggetto passivo. Esprime inoltre preoccupazione COMUZZI, *Qualche commento (da straniero) sulla norma antielusione*, cit., ritenendo che la poca chiarezza della norma in proposito possa costituire un notevole problema per lo straniero, sicuramente abituato a rapporti di maggiore “lealtà” con l’Amministrazione.

¹⁷¹ TABELLINI, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, cit., scrive che, dato l’ambito applicativo, è difficile prefigurarsi in quali casi possa sussistere un diritto al rimborso da parte del terzo.
Per una approfondita analisi dei riflessi del disconoscimento delle operazioni elusive nei confronti dei terzi, si rinvia a PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva*

7. *Requisiti applicativi: il perseguimento di vantaggi tributari indebiti.*

L’ultimo requisito previsto è il perseguimento di riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.

Relativamente al significato del termine “indebiti”, sembra possa farsi riferimento, per circoscriverne l’accezione tributaria, alla legge penale tributaria, in cui esso è sinonimo di “non dovuto”, posto che nell’ipotesi contraria mancherebbe il dolo necessario al reato. In pratica, può ritenersi che la norma vieti di porre in essere situazioni che siano generatrici di crediti di imposta al fine di ottenere rimborsi che, senza il comportamento elusivo, non sarebbero sorti.

Con riferimento alla locuzione “riduzioni di imposte”, si pone il problema di comprendere se essa si riferisca alla riduzione del pagamento del tributo o alla riduzione del *quantum* dovuto.

Sembra però di poter arguire, sia dalla genericità dei termini usati dal legislatore, sia dalle incongruenze che deriverebbero dalla limitazione all’uno o all’altro dei due possibili significati della locuzione, che essa debba essere interpretata nella sua accezione più ampia, e debbano quindi essere ricompresi sia il pagamento che il *quantum* d’imposta.

8. *Le procedure di applicazione.*

Nel predisporre l’iter procedimentale, il legislatore dell’art. 37-bis ha evidentemente tenuto conto della delicatezza della materia regolata,

introdotta dall’art. 7 del D.Lgs. n. 358/1997 (art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973), cit.

disponendo un procedimento diretto a rafforzare le garanzie del contribuente, consentendogli un'ampia difesa di fronte alle pretese erariali, anche preventiva rispetto all'emissione dell'avviso di accertamento.

L'avviso di accertamento non può, infatti, essere emesso, se previamente non sono stati richiesti al contribuente chiarimenti in ordine all'operazione oggetto dell'attenzione dell'Ufficio accertatore, contemporaneamente indicando i motivi per cui si reputa applicabile la disciplina antielusiva.

Ne consegue che, l'avviso di accertamento deve essere non solo motivato, ma deve fare esplicito riferimento alle giustificazioni addotte dal contribuente.

L'obbligo di motivare l'accertamento in relazione alle ragioni addotte dal contribuente nella risposta¹⁷² impedisce all'ufficio l'emanazione dell'atto impositivo anteriormente allo spirare del termine di 60 giorni, dalla ricezione della richiesta, assegnato al contribuente per il suo invio¹⁷³.

Si deve ritenere che nel caso in cui l'ufficio, dopo aver richiesto i chiarimenti, emettesse l'avviso di accertamento prima della decorrenza dei suddetti termini, non incorrerebbe nella sanzione della nullità, non è prevista dalla legge, ma non potrebbe sottrarsi ad una dichiarazione di nullità (per effetto della mancata osservanza dell'obbligo di motivazione) se ed in quanto il contribuente fornisse, nei termini, le spiegazioni richieste. In merito alla richiesta di chiarimenti, la disposizione non ne specifica i requisiti formali, limitandosi a consentire la sua trasmissione a mezzo di lettera raccomandata, per cui essa potrà essere formulata sia per il tramite di un apposito "atto", sia nell'ambito di un'attività

¹⁷² Per la motivazione è richiesta la forma scritta.

¹⁷³ In merito bisogna precisare che i chiarimenti in questione devono essere "inviati" - e non necessariamente "pervenire" all'ufficio richiedente - entro quel termine.

istruttoria (accesso o comparizione ex artt. 33 e 32 del D.P.R. n. 600/1973) alla quale partecipi il contribuente¹⁷⁴.

Relativamente alla riscossione, vengono integralmente ripresi i criteri che, in deroga alla normativa comune, erano già stati opportunamente utilizzati per l’applicazione dell’art. 10 della legge n. 408/1990. Si stabilisce quindi che la notifica dell’atto di accertamento non comporta l’iscrizione a ruolo, a titolo provvisorio, del “terzo” delle maggiori imposte pretese (e dei relativi interessi); la riscossione potrà iniziare solo dopo la sentenza della Commissione tributaria provinciale e avverrà in misura pari alla maggiore imposta ritenuta dovuta dalla stessa Commissione e, comunque, non superiore ai due terzi dell’intero tributo controverso.

Sul fronte della tutela del contribuente, è da segnalare infine che l’art. 37-bis prevede, all’ultimo comma, la possibile disapplicazione delle norme antielusive *specifiche*, attuabile mediante specifica istanza indirizzata al direttore regionale delle entrate competente per territorio, ove il contribuente dimostri che gli effetti elusivi contrastati attraverso le norme di cui si chiede la disapplicazione non potevano, nella fattispecie che lo riguarda, verificarsi¹⁷⁵.

Si tratta di una norma veramente innovativa, che, così come dichiarato dalla relazione ministeriale, “introduce un principio di civiltà giuridica e di pari opportunità tra il Fisco ed i contribuenti. E’ noto che sono state introdotte nel

¹⁷⁴ LUNELLI: “L’elusione tributaria. Le disposizioni per contrastarla, le difficoltà applicative, le modalità per superare le incertezze” op. cit.

¹⁷⁵ Si segnala che, con decreto del Ministero delle Finanze 19 giugno 1998, n. 259, è stato emanato il regolamento di attuazione della norma. Esso contiene soprattutto aspetti procedurali, tra i quali suscita particolare perplessità, sotto il profilo della tutela del contribuente, la previsione di definitività dell’eventuale risposta negativa della direzione regionale delle entrate.

nostro ordinamento una pluralità di norme sostanziali, con lo scopo di limitare comportamenti elusivi: spesso queste norme, a causa della loro inevitabile imprecisione, provocano indebite penalizzazioni per comportamenti che non hanno nulla di elusivo. Se le norme possono essere disapplicate quando il contribuente le manipola per ottenere vantaggi indebiti, occorre che non lo siano quando l’obiettivo condurrebbe a penalizzazioni altrettanto indebite”.

Il principio così introdotto è sicuramente improntato ad una maturità impositiva del legislatore fiscale finora sconosciuta nel nostro ordinamento.

Sempre sul fronte della tutela del contribuente, si segnala che l’art. 7 del D.Lgs. n. 358/97 ha opportunamente modificato l’art. 21 della legge n. 413/1990, rendendo così applicabile alle operazioni elencate dall’art. 37-bis il diritto di interpello, di cui parleremo più avanti.

9. La tipologia delle operazioni: casistica.

Sulla base del comma 3 dell’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, le fattispecie "potenzialmente elusive" attualmente previste sono le seguenti:

- a) *le trasformazioni societarie*: in quanto "neutrali", esse non rilevano di per se stesse, ma come possibile "anello" di una "catena", anche se è stata dichiarata "elusiva" una trasformazione di Società commerciale in Società semplice (posta in essere con l'intento di fruire delle agevolazioni di cui all’art. 29 della L. 27 dicembre 1997, n. 449): perché l’assoggettamento ad imposta sostitutiva delle plusvalenze sugli immobili avrebbe impedito di conseguire la

(maggiore) imposta ordinaria dovuta al momento della cessione¹⁷⁶ ;

b) *le fusioni societarie*: prima previste (dall'art. 10 della L. n. 408/1990), poi escluse e ora riammesse, non hanno rilievo in sé, in quanto operazioni neutrali, ma come segmenti di un eventuale disegno elusivo. È stata considerata non elusiva¹⁷⁷ una fusione volta a conseguire un'integrazione verticale delle fasi successive dello stesso processo produttivo che consentiva di conseguire economie di scala e la Corte di Giustizia CE ha sostenuto che "in tema di fusioni (n.d.s. con scambio di azioni) non è richiesto che la società acquirente... eserciti essa stessa un'impresa, né che vi sia una riunione durevole

¹⁷⁶ **PARERE n. 21 del 7 settembre 1999 Comitato Consultivo**

Oggetto della richiesta: Trasformazione in soc. semplice - Intenti elusivi - Fattispecie.

Massima: L'operazione di trasformazione in società semplice rientra nel concetto di "trasformazione", cui fa riferimento l'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973, in quanto quest'ultimo articolo ha portata generale e non presuppone una sua coincidenza con l'ambito applicativo delle trasformazioni tipizzate di cui agli artt. 2498 del cod. civ. (che contempla unicamente la c.d. trasformazione progressiva) e 122 del Tuir (che contempla unicamente le trasformazioni delle società lucrative). Deve considerarsi quindi elusiva l'operazione di trasformazione in società semplice quando è posta in essere con l'intento di fruire delle agevolazioni di cui all'art. 29 della L. 449/1997, n. (assoggettando ad imposta sostitutiva le plusvalenze sugli immobili) al fine di sottrarre all'imposizione le plusvalenze realizzate sugli immobili stessi a seguito della loro cessione.

¹⁷⁷ **PARERE n. 5 del 4 febbraio 1999 del Comitato Consultivo**

Oggetto della richiesta: Fusione per incorporazione -Valide ragioni economiche – Sussistenza - Fattispecie.

Massima: Laddove vengano rispettate le previsioni contenute nell'art. 76, comma 5, del Tuir, in base alle quali la cessione di partecipazioni deve avvenire ad un valore non superiore al "valore normale", come definito dall'art. 9 dello stesso Tuir, l'operazione di fusione per incorporazione non può considerarsi elusiva allorquando sussistano le valide ragioni economiche che ne giustificano la realizzazione, rappresentate, nella fattispecie, dalla integrazione verticale delle fasi successive dello stesso processo produttivo e dal raggiungimento di rilevanti vantaggi in termini di economia di scala con conseguente risparmio di costi ed aumento della produttività, atteso che il risparmio d'imposta realizzato non è in contrasto con la normativa fiscale e civilistica.

(da un punto di vista finanziario ed economico)¹⁷⁸ ;

- c) *le scissioni societarie*: venuta meno la presunzione "assoluta" dell'art. 123-bis (ora 173), comma 16¹⁷⁹, del testo unico, si tratta, ancora una volta, di operazioni di per sé "neutrali", che possono però, se "combinare" con un atto successivo, prestarsi a manovre elusive: è il caso, ad esempio, della cessione delle partecipazioni di società beneficiaria (di una scissione parziale), che si riveli preordinata a "svuotare" la scissa del suo contenuto economico. Così come le trasformazioni e le fusioni, le scissioni, di per sé, non possono dare "vantaggi fiscali, ma possono costituire un anello di una "catena societaria", i cui anelli precedenti e successivi sono, ad esempio, l'acquisto o la cessione di partecipazioni sociali¹⁸⁰
- d) *le liquidazioni volontarie*: anche per queste operazioni valgono le considerazioni appena fatte; e, in più, la constatazione che si tratta di un procedimento a formazione progressiva, che parte dalla "causa" di scioglimento e si chiude solo dopo una fase (più o meno lunga) di liquidazione, nel corso della quale possono intervenire "fatti nuovi";
- e) *la distribuzione ai soci di somme prelevate dal patrimonio netto*,

¹⁷⁸ Sentenza 17 luglio 1997, causa n. C-28/95

¹⁷⁹ Comma soppresso per effetto delle modifiche apportate al TUIR dal Decreto Legislativo del 08/10/1997 n. 358 art. 9. Il comma 16 così recitava "Le disposizioni dell'art. 10 della legge 29 dicembre 1990, n. 408, sono da interpretare nel senso che si applicano anche alle operazioni di scissione, disconoscendosi in ogni caso i vantaggi tributari nell'ipotesi di scissioni non aventi per oggetto aziende o complessi aziendali, anche sotto forma di partecipazioni, ovvero in quelle di assegnazione ai partecipanti di ciascuno dei soggetti beneficiari di azioni o quote in misura non proporzionale alle rispettive partecipazioni nella società scissa".

¹⁸⁰ Cfr. ris. n. 114/E del 2001;

diverse da quelle formate con utili (con impoverimento della struttura societaria e senza imposizione);

- f) *il trasferimento o il godimento di aziende* (o complesso aziendale): come si è già rilevato, vi rientrano le cessioni, ma anche i conferimenti e le permutate di aziende o di complessi aziendali, cioè tutti i trasferimenti a titolo oneroso, ma anche i trasferimenti a titolo gratuito; ed anche l'affitto e l'usufrutto di aziende o di rami aziendali;
- g) *i "conferimenti in società"*: in questo caso, oggetto di conferimento non è necessariamente un complesso aziendale (già previsto nella lettera precedente), ma qualsiasi bene o diritto, anche immateriale; tale negozio viene considerato "pericoloso" dall'Erario, in quanto non basato (come la vendita) su un prezzo, ma su un "valore" (come tale, più indeterminato);
- h) *le cessioni di crediti e di eccedenze d'imposta*: per integrare una operazione "potenzialmente elusiva", deve trattarsi di situazioni diverse da quelle regolamentate dall'art. 43-ter del D.P.R. n. 602/1973¹⁸¹ e dal "Regolamento recante norme per la cessione di crediti di imposta"¹⁸² ;
- i) *le operazioni di cui al D.Lgs. n. 544/1992*: che riguarda il "regime fiscale da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli altri scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi", in attuazione della Direttiva del Consiglio 90/434/CEE, cioè

¹⁸¹ L'articolo in questione disciplina la cessione di tutte o di parte delle eccedenze di imposta per i tributi diretti - Irpeg e Ilor - tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo societario

¹⁸² Approvato con il decreto del Ministro delle finanze del 30 settembre 1997, n. 384.

operazioni societarie o scambi azionari "intracomunitari" con il coinvolgimento di una società italiana (e di un'altra società appartenente ad altro Stato della UE);

- j) *le operazioni e le valutazioni* aventi ad oggetto partecipazioni societarie, titoli obbligazionari, valute, divise estere, prodotti finanziari "derivati", eccetera, "da chiunque effettuate";
- k) *le cessioni di beni e le prestazioni di servizi* effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'art. 117 del tur;
- l) *i pagamenti di interessi e canoni* previsti dalla lettera f-ter.

10. Le modalità per superare le incertezze sulle norme antielusive

10.1 Considerazioni preliminari

Nell'ordinamento tributario italiano, di recente, sono stati introdotti una serie di istituti giuridici volti a snellire il contenzioso, a prevenire le liti tributarie e a chiarire le regole del rapporto tributario, come l'interpello.

Il diritto di interpello o "tax ruling" è un procedimento amministrativo attraverso il quale il contribuente può richiedere all'Amministrazione finanziaria il preventivo parere sul regime fiscale di un atto, fatto o negozio che intende porre in essere.

Con l'interpello il contribuente richiede al Ministero dell'economia e delle finanze di "anticipare" il suo giudizio sul trattamento fiscale di una certa fattispecie, al

fine di conoscere, a priori, il suo parere ed evitare di subire, a posteriori, le conseguenze di maggiori e inaspettate pretese tributarie, che lo costringerebbero o a sostenere ulteriori oneri rispetto a quelli preventivati, o ad intraprendere la via del contenzioso, che a sua volta comporta oneri e rischi.

Si tratta di un istituto di "civiltà giuridica", che attua, nei fatti, una maggiore trasparenza nei rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria, dato che: sul primo incombe l'onere di rappresentare con chiarezza la situazione e formulare un'ipotesi di soluzione; sulla seconda, quello di indicare le conseguenze tributarie che, a suo parere, derivano da quell'atto, fatto, o negozio¹⁸³. Spetta, poi, al primo decidere se conformarsi a quella valutazione o disattenderla: il parere, infatti, non è, di per sé, vincolante per il contribuente e nel caso in cui volesse prescindere si verificherà solo una inversione dell'onere della prova, per cui, non incomberà più sull'Amministrazione la prova delle ragioni della maggiore pretesa erariale, ma spetterà al contribuente provare la correttezza, fiscale, del proprio operato.

L'interpello presenta caratteristiche diverse in base alla tipologia dei quesiti proposti, ai soggetti che lo formulano, alle modalità di presentazione e alle conseguenze che derivano, al contribuente, dalle risposte e/o dal silenzio dell'organo di volta in volta investito del parere. Tra le varie tipologie di interpello, sono "connesse" con l'elusione prevalentemente:

- quello cosiddetto "antielusivo" disciplinato dall'art. 21, comma 2, della L. n. 413/1991 e successive modificazioni (art. 7, comma 4, del D.Lgs. n. 358/1997);

¹⁸³ Così LUNELLI, *Diritto di interpello*, in *Il Fisco*, n. 38/97.

- quello "disapplicativo", la disciplina è contenuta nel comma 8 dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 disposizione antielusiva "generale e fattispecie predeterminate".

10.2 L'interpello "antielusivo"

Questo tipo di interpello consente al contribuente di conoscere preventivamente il parere dell'Amministrazione finanziaria circa la corretta "qualificazione fiscale" di situazioni fattuali in itinere, al fine di evitare a posteriori le conseguenze di maggiori o inaspettate pretese tributarie¹⁸⁴. La richiesta deve essere formulata, a pena di inammissibilità, prima di porre in essere una determinata operazione o di tenere un certo comportamento e, comunque, prima dell'avvio dell'attività di verifica e/o accertamento nei suoi confronti.

Tutto nasce con la L. n. 413/1991, il cui art. 21 istituisce il cosiddetto "Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive"¹⁸⁵, al quale è demandato, per l'appunto, il compito di emettere pareri su richiesta dei contribuenti.

La richiesta di parere al Comitato può riguardare solo l'applicazione, ai casi concreti rappresentati dal contribuente, delle disposizioni richiamate o dallo stesso art. 21 (comma 2), che identifica tre fattispecie, o dall'art. 11 (comma 13) della stessa L. n. 413/1991.

In particolare l'art. 21, comma 2, identifica le prime tre fattispecie che sono:

- a) le operazioni, considerate potenzialmente elusive, dall'art. 37-bis 3 comma del D.P.R. n. 600/1973 (normativa antielusiva);

¹⁸⁴ Il contribuente, dunque, si cautela chiedendo conferma che l'operazione descritta nell'istanza di parere inoltrata all'Amministrazione Finanziaria non darà luogo, al perfezionarsi dell'operazione stessa, all'applicazione di una norma antielusiva

¹⁸⁵ Per motivi di opportunità si omette la composizione.

- b) l'ipotesi di interposizione fittizia di persona di cui l'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973;
- c) la qualificazione di determinate spese, sostenute dal contribuente, tra quelle di pubblicità, di propaganda o di rappresentanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 74 (ora 108), comma 2, del Tuir, che prevede limitazioni - diversificate, nel tempo e nell'entità - della deducibilità dei costi, nella determinazione del reddito imponibile di impresa.

L'art. 11, comma 13, della stessa L. n. 413/1991, individua la quarta fattispecie, che ha per oggetto la valutazione della economicità delle spese sostenute da società italiane in relazione ad operazioni poste in essere in Paesi considerati "paradisi fiscali", a norma del combinato disposto dei commi 2-bis e 7-ter dell'art. 76 (ora 110) del TUIR.

Quanto alle modalità per utilizzare l'interpello "antielusivo", l'istanza, in carta semplice, dovrà essere rivolta all'Agenzia delle Entrate - Direzione centrale "Normativa e Contenzioso", ma dovrà essere indirizzata alla Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate, territorialmente competente in base al domicilio fiscale del contribuente.

La richiesta dovrà contenere, a pena di inammissibilità¹⁸⁶:

- ◇ i dati identificativi del contribuente, ed eventualmente del suo legale rappresentante;
- ◇ la circostanziata e specifica descrizione del caso concreto e personale da trattare ai fini tributari sul quale sussistono concrete condizioni di incertezza,

¹⁸⁶ D.M. 26/04/2001 n. 209 art. 3

- ◇ l'indicazione del domicilio del contribuente o dell'eventuale domiciliatario presso il quale devono essere effettuate le comunicazioni dell'amministrazione finanziaria (ad esempio il professionista che ha formulato la richiesta e "istruito la pratica");
- ◇ la sottoscrizione del contribuente o del suo legale rappresentante.

10.3. I pareri del Comitato per l'applicazione delle norme antielusive

L'art. 21, comma 3, della L. 413/1991 dispone che "... *nell'eventuale fase contenziosa l'onere della prova viene posto a carico della parte che non si è uniformata al parere del comitato*". Ne deriva che, anche in presenza di un parere positivo espresso dal Comitato o del silenzio-assenso (maturato a seguito della mancata risposta del Comitato entro 60 giorni dalla richiesta e dopo ulteriori 60 giorni dalla formale diffida ad adempiere, da parte dell'istante), il contribuente, in teoria, non è del tutto "garantito", soprattutto se si instaura un contenzioso tributario; tuttavia il fatto che l'onere della prova sia posto a carico della parte che non si è uniformata al parere, assume rilievo (spesso) decisivo ai fini dell'esito del contenzioso.

In particolare:

- ◇ se il contribuente si è attenuto al parere del Comitato (anche a seguito di silenzio-assenso) e tuttavia l'ufficio emette avviso di accertamento o di rettifica, spetterà a quest'ultimo dimostrare non solo la sua pretesa (come avviene in base ai principi sull'onere della prova), ma anche le ragioni per cui, nonostante quell'autorevole parere, ritiene di insistere nella propria pretesa;

- ◇ se il contribuente ha disatteso il parere, sarà più ardua la sua difesa, perché incomberà su di lui l'onere di dimostrare la correttezza del proprio comportamento; e, laddove non riesca in questo intento, sarà sottoposto a tutte le relative conseguenze (impositive e sanzionatorie).

Quanto alle sanzioni amministrative, se il contribuente si è adeguato al parere del Comitato (sia esso espresso che tacito, sotto forma di silenzio-assenso), si realizza una delle cause di non punibilità previste dall'art. 6 del D.Lgs. n. 472/1997, anche nei casi, assai infrequenti, in cui venisse emesso l'atto di imposizione.

Quanto alle sanzioni penali, l'interpello assume rilievo ai sensi dell'art. 16 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (recante la nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto), dato che è prevista la non punibilità dei soggetti che, avvalendosi della procedura di interpello di cui all'art. 21 della L. n. 413/1991, si siano uniformati al parere della Direzione centrale "Normativa e Contenzioso" o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive; non vale, però, il contrario, dato che nel caso di mancata adesione al parere del Comitato non scatta, se non in presenza di situazioni particolari, una ipotesi di reato.

L'art. 6 del D.M. 13 giugno 1997, n. 194 precisa che il parere reso dal Comitato è inefficace nel caso di incompletezza o di difetto di corrispondenza alla situazione reale, di elementi e circostanze indicati dal contribuente e rilevanti ai fini della pronuncia: ed è logico che sia così, dato che il parere viene rilasciato sulla base di una certa rappresentazione dei fatti e con la riserva che si tratti della situazione "vera" (non può, infatti, escludersi che, nel predisporre l'istanza,

vengano omesse talune circostanze o venga addirittura rappresentata una situazione diversa da quella reale).

La previsione dell'art. 6 si riferisce al (solo) parere reso dal Comitato, ma si deve ritenere che la stessa conclusione valga anche per il parere (di I istanza) reso dall'Amministrazione: qualora dovessero emergere delle divergenze, è chiaro che le conclusioni dell'organo interessato – sia esso la Direzione centrale o il comitato - vengono meno, essendo carente quel principio di buona fede che è alla base dell'istituto dell'interpello.

La domanda che, in tale situazione, ci si potrebbe porre e se, oltre alle conseguenze "tributarie" previste per le operazioni qualificate come elusive, vi siano altri profili di responsabilità, in specie penali, a carico dell'istante, dato che i componenti del Comitato rivestono la qualifica di pubblici ufficiali, ai sensi dell'art. 357 del codice penale, in quanto si tratta di soggetti che "esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa": una "falsa" rappresentazione della realtà potrebbe configurare il reato di falsità ideologica commessa da un privato in un atto pubblico ex art. 483 del codice penale (*"chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con ..."*); autorevole dottrina¹⁸⁷, in merito, ritiene che, a ben vedere, il "problema non sussiste", dato che l'eventuale risposta favorevole ottenuta dall'istante sulla base di una esposizione dei fatti "falsa" o "non vera" o, comunque, diversa da quella reale, il parere del Comitato (o della Direzione centrale dell'Agenzia delle Entrate) non sortirebbe alcun effetto; per cui mancherebbe quell'ingiusto "profitto", costituito

¹⁸⁷ LUNELLI: "L'elusione tributaria. Le disposizioni per contrastarla, le difficoltà applicative, le modalità per superare le incertezze" op. cit.

dal parere favorevole, che, secondo taluni, starebbe alla base dell'ipotesi delittuosa sopra indicata.

L'attività del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive costituisce un importante momento di incontro e confronto tra cittadino e Amministrazione finanziaria, anche, e soprattutto, perché il parere del Comitato va chiesto prima della conclusione di un contratto, di una convenzione o di un atto che possa dare luogo alla applicazione delle "disposizioni antielusive", per cui si persegue, da un lato, la "certezza del diritto", e dall'altro, il "legittimo affidamento" e la "buona fede" che deve improntare il rapporto tra contribuente e Amministrazione finanziaria.

Tuttavia, non mancano critiche da parte della dottrina che osserva che tale organo consultivo ha dimostrato, in più di qualche circostanza, poca dimestichezza con i problemi connessi con l'elusione tributaria, dato che talora ha confuso un vantaggio fiscale del tutto lecito con un comportamento elusivo; altre volte ha dato importanza decisiva alle "valide ragioni economiche" omettendo di tener conto che l'elusione si manifesta in presenza di diversi e concomitanti presupposti, e non di uno solo; altre volte, ancora, non ha tenuto separata la lecita pianificazione fiscale dalla vera e propria elusione tributaria...

10.4. L'interpello disapplicativo

Come già detto nelle pagine precedenti, il **comma 8 dell'art. 37-bis** disciplina il c.d. "interpello disapplicativo".

Rifacendoci al testo, già riportato, del comma 8 c'è da dire che il riferimento alle *"deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario"* non deve ritenersi tassativo, ma ricognitivo del principio generale in base al quale la disposizione antielusiva è suscettibile di disapplicazione quando, con riferimento al caso specifico, non ha motivo di esistere e non reca, al contribuente, vantaggi tributari disapprovati dal sistema.

Il delicato compito di accertare che nel caso prospettato quella specifica disposizione penalizza il contribuente, e, quindi, nei suoi confronti "va disapplicata", o meglio non va applicata, è attribuito al Direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate.

La disapplicazione delle norme che, in casi concreti si rivelano pregiudizievoli per un certo contribuente, deve avvenire su iniziativa di quest'ultimo ed è a lui che incombe l'onere di dimostrare che la sua situazione specifica non è quella astrattamente considerata dal legislatore.

Il D.M. 19 giugno 1998, n. 259 e le circolari di alcune Direzioni regionali, si soffermano anche sui requisiti formali e sostanziali dell'istanza.

L'istanza, da un lato, deve:

- essere rivolta al Direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate competente per territorio, ma spedita valendosi del servizio postale, in plico raccomandato con avviso di ricevimento, all'ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competente per l'accertamento;
- indicare i dati identificativi del contribuente, del suo legale rappresentante e dell'eventuale domiciliatario, che ben può essere un professionista;

- essere sottoscritta dall'istante;

dall'altro, deve contenere:

- la descrizione completa della fattispecie;
- l'indicazione delle disposizioni di legge di cui viene richiesta la disapplicazione;
- l'enunciazione dei motivi e l'indicazione degli elementi sulla base dei quali il contribuente intende dimostrare che, nella fattispecie concreta, gli effetti elusivi non si verificano;
- l'elenco di tutti i documenti e atti allegati che, sono idonei a qualificare la fattispecie prospettata.

**11 *La limitata efficacia dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973
in relazione alle nuove strategie elusive.***

Tra i limiti che l'art. 37 bis presenta, uno in particolare, legato alle nuove strategie elusive, è meritevole, a mio avviso, di menzione.

In considerazione che l'attività di tax planning può incorrere, in taluni casi, nell'utilizzo di istituti civilistici per finalità elusive¹⁸⁸, di recente, su alcune riviste specializzate¹⁸⁹ è stato evidenziato l'utilizzo improprio, tra società appartenenti al medesimo gruppo multinazionale o nazionale, degli istituti della clausola

¹⁸⁸ A. e C. MUSELLI, *Transfer pricing*, il "Sole-24 Ore", Milano, 2000, pag. 7: "L'obiettivo del gruppo è quello di massimizzare i profitti, obiettivo che ha, dal punto di vista fiscale, la necessità di ridurre al minimo il carico complessivo nel rispetto di tutte le regole previste dalle giurisdizioni fiscali coinvolte."

¹⁸⁹ Si veda in proposito C. ROTONDARO, Penal clause, confirming earnest, penalty and earnest as compensation for withdrawal in intragroups transactions: tax issues and tax planning opportunities, in "Riv. di Dir. trib. Int.", n. 2/2000, pagg. 59 e seguenti.

penale, della multa, della caparra confirmatoria o penitenziale per finalità elusive.

Il pagamento di somme di denaro, anche in linea con i normali valori di mercato, a titolo di penale o multa, tra società appartenenti allo stesso gruppo, può consentire il trasferimento di utili verso giurisdizioni fiscali più compiacenti ovvero da una società in utile ad una società in perdita, anche all'interno della stessa giurisdizione fiscale. Analogamente, può accadere che il pagamento di somme a titolo di caparra, tra imprese appartenenti al medesimo assetto societario, prelude a manovre elusive che si concretizzano, a seguito del mancato rispetto degli accordi contrattuali, nella perdita della caparra versata o nella restituzione del doppio della caparra ricevuta e, dunque, nel trasferimento di utili da un soggetto ad un altro.

Il mancato o il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali sono elemento fondante della strategia elusiva, finalizzata unicamente allo spostamento di materia imponibile¹⁹⁰.

La previsione di una clausola penale o di una multa, in una transazione infragruppo, pone non pochi problemi in ordine alle conseguenze fiscali derivanti dall'inadempimento degli obblighi contrattuali e dunque dalla corresponsione degli importi pattuiti a titolo di penale o multa.

¹⁹⁰ Sul punto, ROTONDARO, *op. cit.*, pag. 61: "If the italian company does not provide the service by the contractual deadline, the latter will be obliged to pay the amount fixed in the penal clause, thus bearing a cost wich is deductible in Italy and allocating an income to its foreign associate: in practical terms, drawing taxable income in Italy and possibly causing it to arise abroad".

La somma versata costituisce un costo deducibile per la società italiana¹⁹¹, la quale può ridurre per un importo corrispondente la propria base imponibile.

Operazioni di questa natura pongono alcuni interrogativi tra cui le domande se il mancato adempimento degli obblighi imposti dal contratto può nascondere un intento elusivo? e, se, tali operazioni di trasferimento di materia imponibile possono incorrere in una reazione dell'ordinamento tributario?

La risposta univoca, afferma che in simili casi, il trasferimento di materia imponibile dall'Italia verso altre giurisdizioni e la conseguente riduzione della base imponibile della società italiana non può essere qualificata come legittimo risparmio d'imposta.

Appare evidente, che il ricorso a tali istituti, che rientra nella normale dinamica delle relazioni negoziali e commerciali tra imprese indipendenti, quando diviene strumento di pianificazione economica e fiscale, tra entità giuridico-economiche appartenenti al medesimo gruppo societario, dà luogo a pratiche elusive che sfuggono agli attuali strumenti normativi.

Se, come è stato ripetutamente osservato, nell'ambito del mercato globale, ai fini della competizione tra imprese assume sempre maggiore importanza la funzione della pianificazione fiscale su scala internazionale¹⁹², tesa a ridurre al

¹⁹¹ Il riferimento è ad operazioni di trasferimento di materia imponibile tra una società italiana ed una società estera. Tali operazioni possono, tuttavia, avvenire anche nell'ambito di gruppi nazionali, consentendo il travaso di utili da società in attivo a società in perdita, con sede in Italia.

¹⁹² Sul punto, anche P. Valente e G. Rolle, *Gruppi di società*, in "Rassegna di fiscalità internazionale" n. 6/2000, pag. 5, che evidenzia la crescente importanza della funzione "di pianificazione fiscale internazionale, che concerne l'analisi delle variabili fiscali rilevanti ai fini della determinazione della struttura che permetta di ottimizzare l'utile netto consolidato dell'intero gruppo societario, nei Paesi in cui esso opera".

minimo l'onere tributario del gruppo, tale attività di pianificazione non può spingersi fino al punto di compromettere la corretta applicazione ed interpretazione degli istituti di diritto civile e tributario.

Pare opportuno ricordare che le fattispecie richiamate si sottraggono alla normativa sul “transfer pricing”¹⁹³ applicata alle ipotesi di trasferimento all'estero di imponibile mediante transazioni infragruppo, in quanto il pagamento di una multa, il versamento di una caparra penitenziale o confirmatoria ovvero di una penale non sono, in alcun modo, assimilabili ai prezzi.

In merito, con il disegno di legge A.S.4992¹⁹⁴ presentato il 14 febbraio 2001 è stato fatto un tentativo di superamento di detto limite. Il disegno contiene una proposta di modifica dell'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, la quale, recependo quanto evidenziato con sempre maggiore frequenza dalla pratica tributaria, è diretta a colmare una evidente lacuna della normativa vigente. La modifica proposta non accresce i poteri dell'Amministrazione finanziaria, ma ampliando la tipologia delle operazioni soggette al meccanismo antielusivo previsto all'art. 37-bis, ne estende l'ambito di applicazione. L'assenza dall'ordinamento di una norma antielusiva di carattere generale, rende indispensabile migliorare l'operatività degli strumenti normativi esistenti, al fine di consentire una adeguata reazione alle nuove pratiche

¹⁹³ In tal senso Rotondaro, op. cit., pag. 65, "With transfer pricing, to be intended in its strictest sense, the transfer of taxable income between two legal entities belonging to the same group is the result of the prices fixed with respect to intra-group transactions".

¹⁹⁴ L'art. 1 del disegno di legge A.S. 4992 presentato il 14 febbraio 2001, prevede che: all'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, al comma 3, dopo la lettera f) è inserita la lettera f-bis): pattuizioni intercorse tra società collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale.

elusive. In particolare la norma proposta si sofferma su uno degli aspetti problematici maggiormente rilevanti, tra quelli riferibili ai gruppi societari, quale quello delle potenzialità elusive delle operazioni infragruppo.

Concordemente la dottrina e la giurisprudenza definiscono il gruppo societario come un'entità costituita "da una pluralità di soggetti giuridicamente autonomi e tuttavia rispondenti ad una logica aziendale condivisa e soggetti ad una direzione economica unitaria e volta al perseguimento di un interesse comune".

L'attività del gruppo, ispirata al conseguimento di un interesse superiore rispetto a quello delle imprese singolarmente considerate, può, dunque, in taluni casi, porsi in conflitto con l'interesse della singola società che ne è parte. Le ipotesi esaminate, del trasferimento di utili tra imprese tra loro collegate, mediante il pagamento di penali, multe o il versamento di caparre, lo dimostrano, evidenziando le maggiori potenzialità elusive del gruppo, rispetto alle imprese indipendenti.

La proposta contenuta nel disegno di legge A.S. 4992, muove dal presupposto che l'elusione fiscale è, molto più dell'evasione, materia in continua evoluzione, attraverso la ricerca di modalità di aggiramento delle norme tributarie in essere.

La previsione di detta operazione tra quelle potenzialmente elusive, evidentemente, porterebbe ad un'estensione del campo di applicazione dell'articolo 37 bis, riducendo così le strategie elusive.

CAPITOLO IV

L’ELUSIONE TRIBUTARIA IN AMBITO INTERNAZIONALE

Sommario

1. Il diverso e più complesso modo di atteggiarsi dell’elusione sul piano internazionale
2. La cooperazione fra stati per prevenire e reprimere l’elusione fiscale internazionale
 - 2.1 Premessa
 - 2.2. Le fonti e le forme delle intese di collaborazione
3. Competizione fiscale, elusione internazionale e armonizzazione comunitaria
4. Forme di riduzione internazionale del carico tributario
 - 4.1. *Mutamento di residenza*
 - 4.1.1. La residenza delle persone fisiche
 - 4.1.2. La residenza di Enti, Società e Associazioni
 - 4.1.3. Sui mutamenti di residenza
 - 4.2. *Thin capitalization*
 - 4.3. *Treaty shopping*
 - 4.3.1. Il contrasto del treaty shopping

4.4. *Transfer pricing*

4.4.1. Norme relative al “transfer pricing” nell’ordinamento italiano

4.5. *Paradisi fiscali*

4.5.1. Sulla definizione di paradiso fiscale

4.5.2. Caratteristiche determinanti dei paradisi finanziari

4.5.3. I paradisi fiscali nella legislazione internazionale

4.5.4. I paradisi fiscali nella legislazione italiana

5. La Controlled Foreign Companies (CFC) Legislation nell’ordinamento giuridico italiano

* * * * *

1. *Il diverso e più complesso modo di atteggiarsi dell’elusione sul piano internazionale*

La problematica inerente l’elusione fiscale, finora ricondotta all’interno dei confini ordinamentali nazionali, può ovviamente essere estesa al di là di tale prospettiva in un’ottica comunitaria e internazionale¹⁹⁵.

Questa nuova prospettiva si giustifica in relazione all’accresciuto e crescente ruolo giocato dalla variabile fiscale rispetto al fenomeno dell’internazionalizzazione¹⁹⁶ delle attività economiche.

In un ambiente, caratterizzato da una sempre maggiore integrazione internazionale, le imprese e gli imprenditori¹⁹⁷ si trovano di fronte ad un numero sempre maggiore di alternative percorribili, nonché ad una crescente numerosità delle opportunità, per le quali la variabile fiscale assume un peso spesso rilevante.

Quindi, se è vero che le scelte di investimento e/o disinvestimento non vengono effettuate sulla base di mere considerazioni di natura fiscale, è altrettanto vero

¹⁹⁵ Il discorso si presenta particolarmente attuale per l’Italia ove si consideri che il gap che divideva il nostro paese dagli altri paesi maggiormente industrializzati per quanto riguarda la normativa positiva è stato in parte colmato.

¹⁹⁶ In proposito è da rammentare che il fenomeno dell’internazionalizzazione può presentarsi secondo una duplice accezione: si potrà così rilevare un’internazionalizzazione positiva, così definita poichè arricchisce il comparto nazionale imprenditoriale, ed un’internazionalizzazione negativa così detta poichè tende semplicemente a far defluire i risultati di un’attività interamente svolta in un paese verso altri caratterizzati da un regime fiscale particolarmente favorevole. Va da sè che la prima deve essere tendenzialmente premiata mentre la seconda dev’essere tendenzialmente repressa.

¹⁹⁷ E’ interessante notare come il fenomeno dello sfruttamento delle possibilità che scaturiscono dalla concorrenza fiscale tra gli stati, per lungo tempo appannaggio esclusivo, in ragione della loro stessa organizzazione, delle imprese multinazionali, sia ad oggi, a seguito della citata maggiore integrazione delle economie, una via percorribile anche per le imprese di medie e piccole dimensioni, per le quali le risorse tecniche e il possesso delle informazioni in genere non costituiscono più una barriera all’entrata per la gravosità del relativo costo.

che i differenziali impositivi esistenti nei vari paesi sono stati oggetto di crescente attenzione da parte degli addetti al planning delle multinazionali, in quanto fonte di rendita posizionale determinante per la minimizzazione dei costi e per il successo competitivo¹⁹⁸.

Il fenomeno di crescente interdipendenza ed integrazione delle realtà economiche non ha avuto, però, un pari riscontro nelle realtà fiscali legislative dei singoli stati, generando, così, una contrapposizione fra le molteplici sovranità fiscali strettamente nazionali ed un sistema economico aperto e mondiale¹⁹⁹, i cui risultati sono: da una parte, il sorgere del problema della doppia imposizione internazionale²⁰⁰, e, dall’altra, l’inevitabile crescita di comportamenti finalizzati all’evasione e all’elusione internazionale.

Fino a questo punto, comunque, le imprese multinazionali hanno tratto dal conflitto tra le sovranità impositive dei vari stati, più benefici, in termini di esenzioni e riduzioni dell’imposizione, che costi, in quanto, mentre i problemi della doppia imposizione, in molti casi, sono stati affrontati e risolti tramite l’utilizzo di misure unilaterali o bilaterali²⁰¹; ad oggi non è stato ancora elaborato

¹⁹⁸ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 49.

¹⁹⁹ In tal senso anche GABRIELLI, *Problematiche per il controllo ai fini dell’imposizione diretta*, in *Il Fisco*, 1991, il quale evidenzia che le distorsioni fiscali internazionali “assumono la massima rilevanza proprio dal contrasto fra le territorialità della potestà impositiva dello stato e la transnazionalità degli scambi”.

²⁰⁰ Il fenomeno della doppia imposizione internazionale si realizza quando due o più stati sottopongono ad analoghe imposte un contribuente in relazione al medesimo presupposto ed in uno stesso presupposto d’imposta. Per un approfondimento si rinvia a MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, pag. 3; FANTOZZI-VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in Dig. vol. V, pag. 186 e PIRES, *International juridical double taxation of income*, Deventer, 1989, pag. 9.

²⁰¹ Ad esempio il nostro ordinamento risolve il problema della doppia imposizione internazionale tramite il ricorso alla misura unilaterale del foreign tax credit e tramite una serie di convenzioni bilaterali.

uno strumento efficace ed efficiente nel contrastare il fenomeno dell’elusione internazionale.

Questa, almeno da un punto di vista concettuale, non differisce dall’equivalente fenomeno realizzato in ambito interno, poiché a fronte di modalità operative diverse, la “struttura logica di base che li sorregge è sostanzialmente analoga”²⁰²; la minimizzazione internazionale del carico fiscale viene così a realizzarsi tramite la “delocalizzazione” del reddito imponibile da un paese ad un altro fiscalmente privilegiato, sfruttando semplicemente ed ingegnosamente le incoerenze, le molteplici contraddizioni e le profonde diversità di regime esistenti negli ordinamenti di vari paesi.

In sostanza, mediante la scelta e l’opportuno adattamento di strumenti giuridici ordinari, il contribuente “crea” e “struttura” le operazioni internazionali in funzione del particolare ordinamento tributario al cui interno vuol far ricadere la materia imponibile, e cioè in funzione dell’ordinamento che, per la data fattispecie, prevede il minor prelievo fiscale, se non un prelievo nullo.

Da un punto di vista operativo, dunque, il fatto che l’elusione tributaria internazionale sia per definizione connessa al regime normativo di più Paesi fa sì che questa, rispetto all’elusione interna, presenti dei profili di assoluta peculiarità²⁰³.

²⁰² Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 51.

²⁰³ Conformemente LOVISOLO, *Elusione ed evasione fiscale nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1984, per il quale “rispetto alla elusione ed evasione interna, quella internazionale presenta generalmente dei profili di assoluta precipuità, connessa com’è al regime normativo di più paesi, le cui frontiere facilitano spesso l’occultamento ed il mascheramento di situazioni di imponibile. Tanto più poi se la collocazione della materia imponibile avviene poi verso Paesi - Tax Havens - il cui ordinamento è caratterizzato non solo da una bassa fiscalità, ma, altresì da un segreto bancario particolarmente rigido, cui si contrappone un assai liberale (e riservato) regime di costituzione e disciplina delle società”.

Infatti, la presenza di diversi Paesi, e di diversi regimi normativi esistenti negli stessi, rende assai difficile individuare la materia imponibile e rende ancor più difficile valutare correttamente la finalità principale di una transazione commerciale, che in molti paesi (USA il “*business purpose*”, in Francia, Svizzera e Germania l’ “*abus de droit*”) è il fattore fondamentale per distinguere fra lecita e illecita riduzione d’imposta.

Inoltre l’elusione internazionale fisiologicamente consente di godere di maggiori spazi vitali, a seguito della sua discordante qualificazione e regolamentazione da parte dei diversi ordinamenti tributari²⁰⁴.

Infatti, nonostante l’intensa attività della dottrina tributaria, ed il riconoscimento dell’importanza di questo problema anche in seno ad organizzazioni e associazioni internazionali, ancor oggi si è ben lontani dal definire in modo formale l’*ubi consistam* dell’elusione a livello transnazionale, di modo che questa risulta essere solo un concetto relativo²⁰⁵ a ciascun ordinamento tributario nazionale, con tutti i vantaggi che si determinano per l’elusione stessa da tale situazione.

Si può inoltre notare come, sotto il particolare aspetto della prevedibilità e della tipicità strutturale, i componenti elusivi nella loro veste internazionale presentino una caratterizzazione diversa ed opposta rispetto a quella propria degli analoghi

²⁰⁴ Tale situazione era già stata riscontrata dall’organizzazione per la Cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nella raccomandazione che quest’ultima ha adottato al termine della sua riunione del 21 dicembre 1977.

²⁰⁵ Circa il concetto di relatività del fenomeno elusivo si rimanda al primo capitolo del presente scritto e a CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag. 125. Da questa relatività discende la difficoltà di delineare precisamente l’area dell’elusione tributaria, operazione talvolta impossibile ove si consideri che, in alcuni ordinamenti (U.S.A.), frustrare l’intenzione della legge equivale a violarla.

comportamenti attuati sul piano “interno”: infatti, mentre, l’elusione internazionale è a “forma tipica” (sottrazione della situazione fiscalmente rilevante dal Paese ad alta imposizione), l’elusione interna è una realtà estremamente dinamica e le forme attraverso cui si manifesta sono mutevoli ed eterogenee.

Da quanto detto, risulta dunque che l’elusione tributaria internazionale si realizza secondo modalità simili al *tax saving* interno²⁰⁶, perché si realizza generalmente astenendosi dal realizzare un comportamento fiscalmente rilevante in un dato paese, comportamento che verrà poi posto in essere in un diverso paese a più elevato *tax appeal*.

In sintesi, è possibile affermare che, le differenze principali dell’elusione interna rispetto all’elusione internazionale sono riconducibili al fatto che, mentre la prima si svolge nell’ambito di uno stesso ordinamento interno, la seconda coinvolge una pluralità di ordinamenti.

Resta comunque immutata la categoria giuridica dell’elusione, la quale consente di evitare l’applicazione di una imposta scegliendo di porre in essere fatti e atti giuridici differenti da quelli previsti quali presupposti d’imposta dalle norme fiscali, senza violare formalmente la legge.

A causa, però, dei problemi che sorgono e delle situazioni particolari che si creano quando una transazione supera i confini nazionali, le tradizionali misure legislative e amministrative utilizzate dai singoli stati per prevenire i fenomeni elusivi interni risultano inadeguate a fronteggiare i medesimi fenomeni in veste internazionale.

²⁰⁶ Cfr. LOVISOLO, *Elusione ed evasione fiscale nei rapporti internazionali*, cit.

Infatti, tali norme sono generalmente formulate in maniera generica e non implicano quindi esplicitamente il riferimento a fattispecie transnazionali. Ciononostante la loro armonizzazione²⁰⁷ sarebbe comunque auspicabile.

Infatti, da un lato esse sono astrattamente applicabili anche a fattispecie transnazionali e dall’altro, anche ove fossero applicabili solo a fattispecie interne, sono suscettibili di influenzare la localizzazione degli investimenti. Ciò in quanto la presenza di un efficace sistema antielusivo in un ordinamento può evidentemente indurre ad investire altrove, in particolar modo se le differenze che sussistono tra le normative nei vari Paesi sono particolarmente pronunciate.

Per tutte queste ragioni, è possibile affermare che un’efficace controllo dei fenomeni elusivi sul piano internazionale non possa prescindere sia dall’elaborazione di norme e principi *ad hoc*²⁰⁸ sia da una valida cooperazione internazionale fra le Amministrazioni fiscali dei diversi paesi.

2. La cooperazione fra stati per prevenire e reprimere l’elusione fiscale internazionale

²⁰⁷ Il processo di armonizzazione delle normative nazionali mirate a contrastare l’elusione internazionale servirebbe presumibilmente anche a scoraggiare l’attività di quegli stati che, a discapito di altri, sembrano voler agevolare l’elusione internazionale, favorendo le fughe di capitali da altri stati e l’afflusso di essi nel proprio territorio.

²⁰⁸ Cfr. LOVISOLO, *Elusione ed evasione fiscale nei rapporti internazionali*, cit., puntualmente sottolinea che “allo stato attuale, nei vari ordinamenti, non sono rinvenibili misure generali contro i fenomeni di elusione e di evasione internazionali, ma, in alcuni casi, solo singole disposizioni dirette ad intervenire su specifiche fattispecie che hanno rilievo sul piano della fiscalità internazionale”.

2.1 *Premessa*

Il relevantissimo fenomeno dell’internazionalizzazione dell’economia, generando un enorme sviluppo delle transazioni economiche e finanziarie tra operatori di diversi Paesi, determina il bisogno di un’effettiva ed efficace collaborazione tra i competenti organismi degli Stati interessati, al fine di frenare sia i fenomeni di doppia imposizione sia quelli di evasione ed elusione in genere.

Tale bisogno si è estrinsecato in un’intensificazione della collaborazione tra le amministrazioni fiscali dei diversi Paesi, che ha portato a dei risultati positivi, suscettibili, comunque, di notevoli miglioramenti, legati principalmente ad un miglior coordinamento tra le diverse Amministrazioni Fiscali, ad una chiara definizione delle modalità di realizzazione degli scambi e ad una loro maggior rapidità e tempestività. Si deve infatti rilevare che in diversi ordinamenti interni le comunicazioni tra gli Stati in questo settore sono appesantite da pesanti pastoie burocratiche e da passaggi attraverso uffici che spesso “si trasformano in veri e propri filtri cartolari che finiscono inevitabilmente con il rallentare i flussi degli interscambi”²⁰⁹.

Inoltre, va anche tenuto presente che la disciplina concernente la mutua assistenza amministrativa in materia fiscale è generalmente dotata, di fatto, di scarsa efficacia cogente e che esiste una materiale diffidenza da parte degli Stati ad accordare collaborazione in un settore generalmente ritenuto particolarmente delicato, in virtù dei suoi intimi legami con il sistema economico.

²⁰⁹ Cfr. MARIELLA-PEZZUTO, *La collaborazione internazionale amministrativa in materia fiscale*, in *Fisco*, n. 17/1996, per i quali “Al di là del volume più o meno rilevante delle informazioni scambiate, gli ostacoli tuttora riscontrabili, in diversi casi, nei singoli ordinamenti giuridici fanno sì che spesso la qualità degli elementi non sia tale da consentirne l’utilizzo”.

Tuttavia, man mano che la spinta verso l'internazionalizzazione dei rapporti economici si è fatta più pressante, e in assenza di norme di diritto internazionale, che impongano obblighi di collaborazione, è parallelamente cresciuta la propensione degli stati impositori a ricercare vie negoziali di accordo, al fine di prevenire e reprimere le evasioni che potrebbero nascondersi in operazioni economiche internazionali o che comunque coinvolgono, anche indirettamente, due o più Stati.

Nell'ambito di questa ricerca, hanno svolto un ruolo decisamente fondamentale organismi internazionali quali l'OCSE²¹⁰ e l'ONU, attraverso i modelli di convenzione da questi elaborati, ai quali si sono adeguate la maggioranza delle convenzioni contro le doppie imposizioni internazionali effettivamente stipulate tra gli stati.

Nel più ristretto ambito della Comunità Economia Europea, il progressivo avvicinamento negli anni alla creazione dell'Europa Unita ha inoltre accresciuto l'esigenza di collaborazione tra gli stati aderenti, anche in ambito fiscale, dando luogo all'emanazione di regolamenti e direttive in materia.

Le fonti della cooperazione internazionale tra amministrazioni fiscali possono perciò riscontrarsi, sul piano bilaterale, principalmente nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, ma anche in appositi accordi amministrativi stipulati direttamente tra le Amministrazioni interessate.

²¹⁰ L'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) persegue i suoi obiettivi - favorire lo sviluppo economico ed il commercio internazionale - in un'ottica molto ampia e complessa, che comprende anche l'elaborazione di norme di indirizzo comuni in molte materie, tra cui quella tributaria gioca un ruolo di rilievo.
Australia, Austria, Belgio, Canada, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Irlanda, Italia, Giappone, Korea, Lussemburgo, Messico, Olanda, Nuova Zelanda, Norvegia, Polonia, Portogallo, Repubblica Slovacca, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti d'America, Svezia, Svizzera e Turchia.

Sul piano multilaterale, le fonti sono costituite, a livello comunitario, dalle direttive e dai regolamenti CEE, e, a più ampio livello, dagli accordi multilaterali aperti all’adesione degli Stati appartenenti a particolari organizzazioni (es. OCSE, CEE).

La diversità delle fonti non implica altrettanta diversità nelle forme della collaborazione, che possono essenzialmente consistere nello scambio di informazioni e in verifiche simultanee nei diversi Stati.

2.2 Le fonti e le forme delle intese di collaborazione

Tra le fonti delle intese di collaborazione tra stati, come sopra identificate, la prima è quella delle convenzioni contro le doppie imposizioni. Le convenzioni hanno ovviamente un contenuto ben più esteso rispetto alla sola questione delle intese di collaborazione, essendo, come del resto indica il loro stesso nome, *in primis* indirizzate a porre rimedio al possibile conflitto impositivo tra più stati che le transazioni internazionali possono generare²¹¹.

²¹¹ Si tratta del fenomeno comunemente noto come doppia imposizione internazionale, che deriva dalla pretesa impositiva di più stati sovrani fatta valere sulla stessa materia imponibile, come conseguenza del diverso criterio generale di riferimento adottato nei vari paesi (principio della fonte del reddito oppure principio della residenza o domicilio fiscale del soggetto cui il reddito è attribuibile).

Non esistendo alcuna norma di diritto internazionale che limiti la giurisdizione fiscale di qualsiasi paese, gli stati si accordano affinché i soggetti in essi residenti, nel caso di realizzo di redditi in altro paese, non subiscano una imposizione maggiore di quella che avrebbero scontato se il reddito in esame fosse stato di fonte interna.

Questo risultato può essere conseguito con diverse modalità:

- dichiarando il reddito tassabile esclusivamente nel paese di residenza del beneficiario. Di solito, questa procedura è prevista per i redditi di lavoro autonomo che non siano conseguiti tramite una “base fissa” nell’altro stato;
- dichiarando il reddito tassabile esclusivamente nel paese della fonte. Di norma questo avviene per il reddito degli immobili.
- dichiarando il reddito tassabile in linea di principio nel paese di residenza del beneficiario, ma riconoscendo la tassabilità anche in quello della fonte, con gli opportuni correttivi del caso. Usualmente, questa procedura trova applicazione per i redditi di impresa, di lavoro dipendente, e per interessi, dividendi e diritti di utilizzazione.

Anche le forme di collaborazione tra stati sono state inizialmente intese come “scambio di informazioni necessarie per applicare le disposizioni della convenzione e quelle delle leggi interne degli stati contraenti relative ad imposte previste dalla convenzione, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono è conforme alla convenzione”²¹².

L’estensione esplicita delle forme di collaborazione alla lotta contro i fenomeni evasivi ed elusivi è avvenuta ad opera dell’OCSE, con la modifica apportata, nel 1977, all’art. 26 del proprio modello di convenzione²¹³.

La caratteristica basilare delle convenzioni in parola è, comunque, che le stesse operano sistematicamente una riduzione, e mai un’estensione, del potere impositivo degli stati.

Generalmente, le convenzioni contro le doppie imposizioni seguono la falsariga di appositi modelli, predisposti da organismi internazionali quali l’OCSE e l’ONU.

Il modello convenzionale dell’OCSE, risalente nella sua originaria formulazione al 1963, nel tempo aggiornato e rivisto nel 1977 e, da ultimo, nel 1992, risolve il problema della doppia imposizione nel seguente modo: lo stato di residenza del contribuente elimina la reiterazione del prelievo tributario con il metodo dell’esenzione o del credito di imposta, mentre lo stato nel quale è ubicata la fonte del reddito riduce corrispondentemente la propria imposizione sui redditi ivi prodotti, sia limitando la categoria di redditi tassabili sulla base del requisito della territorialità, sia contenendo l’entità del prelievo.

²¹² Definizione tratta dall’art. 26 del Modello OCSE del 1963.

²¹³ Si riporta il testo integrale dell’art. 26 del modello OCSE del 1977 (non modificato dalla versione del 1992).

- 1) Le autorità competenti degli stati contraenti si scambieranno le informazioni necessarie per applicare le disposizioni della presente Convenzione o quelle della legislazione interna degli stati contraenti relativi alle imposte previste dalla Convenzione, nella misura in cui la tassazione che essa prevede non è contraria alla Convenzione, in particolare per la prevenzione della frode o dell’evasione di tali imposte. Lo scambio di informazioni non viene limitato dall’art. 1. Le informazioni ricevute da uno stato contraente saranno tenute segrete, analogamente alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto stato e saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (compresi i tribunali e gli organi amministrativi) incaricate dell’accertamento o della riscossione delle imposte previste dalla Convenzione, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, o delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte. Dette persone od autorità utilizzeranno tali informazioni soltanto per questi fini. Esse potranno servirsi di queste informazioni nel corso di udienze pubbliche di tribunali o nei giudizi.
- 2) Le disposizioni del paragrafo 1) non possono in nessuna caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno stato contraente l’obbligo:
 - a) di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla propria prassi amministrativa o a quelle dell’altro stato contraente;
 - b) di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quelle

A sua volta il modello ONU²¹⁴, che riproduce sostanzialmente la norma OCSE del 1997 nell’art. 26 del proprio modello di convenzione, richiede inoltre un ulteriore specifico impegno delle competenti autorità, invitate a “sviluppare condizioni, metodi e tecniche che siano adatti per effettuare lo scambio di informazioni, comprendendo, se del caso, lo scambio di informazioni riguardanti l’elusione fiscale”²¹⁵.

Lo strumento così identificato ha certamente un posto di prioritaria importanza

dell’altro stato contraente;

- c) di fornire informazioni che potrebbero rivelare un segreto commerciale, industriale, professionale, od un processo commerciale oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all’ordine pubblico.

²¹⁴ Il modello ONU è stato elaborato, in particolare, per essere utilizzato nei trattati tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo.

²¹⁵ Si riporta il testo integrale dell’art. 26 del modello ONU.

- 1) le autorità competenti degli stati contraenti si scambieranno le informazioni necessarie per applicare le disposizioni della presente Convenzione o quelle della legislazione interna degli stati contraenti relativi alle imposte previste dalla Convenzione, nella misura in cui la tassazione che essa prevede non è contraria alla Convenzione, in particolare per la prevenzione della frode o dell’evasione di tali imposte. Lo scambio di informazioni non viene limitato dall’art. 1. Le informazioni ricevute da uno stato contraente saranno tenute segrete, analogamente alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto stato, tuttavia, se le informazioni sono originariamente considerate segrete nello stato che le trasmette, esse saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (compresi i tribunali e gli organi amministrativi) incaricate dell’accertamento o della riscossione delle imposte previste dalla Convenzione, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, o delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte. Dette persone od autorità utilizzeranno tali informazioni soltanto per questi fini, ma potranno servirsi di queste informazioni nel corso di udienze pubbliche di tribunali o nei giudizi. Le competenti autorità, attraverso delle consultazioni, svilupperanno delle condizioni, dei metodi e delle tecniche che siano adatti per effettuare tale scambio di informazioni, comprendendo, se del caso, lo scambio di informazioni riguardanti l’elusione fiscale
- 2) Le disposizioni del paragrafo 1) non possono in nessuna caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno stato contraente l’obbligo:
 - a) di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla propria prassi amministrativa o a quelle dell’altro stato contraente;
 - b) di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quelle dell’altro stato contraente;
 - c) di fornire informazioni che potrebbero rivelare un segreto commerciale, industriale, professionale, od un processo commerciale oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all’ordine pubblico.

nell’ambito della lotta internazionale ai fenomeni evasivi e/o elusivi, poichè dotato, almeno potenzialmente, di efficacia particolarmente penetrante.

Esso consiste in una specifica forma di mutua assistenza tra le autorità contraenti nell’esplicazione delle rispettive potestà tributarie ed assolve una duplice funzione: salvaguarda, da un lato, l’esercizio dei poteri di accertamento fiscale degli Stati e tutela, dall’altro, l’interesse dei contribuenti acchè l’imposizione fiscale non avvenga in maniera reiterata e discriminata.

Analizzando le norme citate, si rileva, sotto il profilo soggettivo, che la procedura di scambio informativo si applica a tutti i contribuenti, a prescindere dalla loro nazionalità o residenza; per quanto riguarda l’ambito oggettivo, l’art. 2 del modello OCSE 1977 precisa analiticamente le imposte sui redditi ai quali lo scambio di informazioni deve riferirsi: si tratta quasi sempre delle sole imposte contemplate nei trattati stipulati, ed a solo queste si è limitata, a livello di prassi, l’attività delle varie amministrazioni²¹⁶.

La norma del Modello OCSE, e parimenti quella del Modello ONU che disciplinano tale strumento, tacciono relativamente alle modalità dello scambio; colmano però questa lacuna i commentari, secondo i quali lo scambio di informazioni potrà avvenire in tre distinti modi, e cioè:

- **su richiesta esplicita**, quindi nell’ambito di precisi procedimenti, in merito a fatti specifici e relativi a soggetti da sottoporre ad accertamento e già individuati dallo stato richiedente;
- **automaticamente**, e sulla base della reciprocità, nell’ambito di appositi

²¹⁶ Questo orientamento della prassi internazionale non è però condiviso dall’amministrazione statunitense, per la quale lo scambio di informazioni dovrebbe essere esteso alle imposte di ogni tipo.

accordi amministrativi relativi a categorie di redditi specificatamente individuate, i quali stabiliscono inoltre la periodicità del flusso informativo;

- **spontaneamente**, quindi in modo del tutto autonomo (ma sempre nell’ambito di accordi che prevedano detta forma di collaborazione), nel caso in cui uno stato venga a conoscenza di informazioni relative a soggetti non residenti utilizzabili a fini accertativi dall’autorità fiscale del paese di residenza.

Mentre il modello OCSE non delinea le precise modalità operative dei tre metodi sopraindicati, il modello ONU detta disposizioni analitiche ed esaustive sulle regole che gli stati dovrebbero fissare in relazione alle forme di collaborazione citate: bisogna però rilevare che le clausole di scambio redatte su questa base hanno avuto ben scarsa diffusione.

La seconda parte dell’art. 26 dei Modelli OCSE e ONU è dedicata alla definizione dei limiti all’obbligo di prestare assistenza.

Così, lo stato richiesto non è tenuto a soddisfare una richiesta di informazioni, quando questa comporta l’adozione di provvedimenti che vanno oltre le norme legislative e la prassi amministrativa interna propria o quella dello stato richiedente; non è altresì vincolato a fornire elementi informativi non acquisibili nell’osservanza del quadro normativo definito. Risulta così che, quanto più sono disomogenei i rispettivi sistemi giuridico- amministrativi, tanto minori sono le possibilità che lo scambio informativo possa aver luogo.

Ulteriore limite all’obbligo di fornire le informazioni richieste è rappresentato dall’eventuale carattere di segretezza delle stesse informazioni, in relazione o al valore economico che rivestono per il contribuente oggetto di indagine ovvero la

cui comunicazione potrebbe rappresentare una minaccia per l’ordine pubblico. Relativamente alla disciplina della segretezza delle informazioni, si rileva che essa, nel Modello OCSE del 1977, ha subito una sostanziale modifica rispetto a quella contenuta nel Modello del 1963²¹⁷. E’ stata infatti mitigata la precedente rigidità, sicchè, da un obbligo di segretezza assoluto, si passa ad uno relativo, basato cioè su un rinvio normativo alla legislazione interna dello stato richiedente. In merito, al rinvio normativo, è stato osservato in dottrina²¹⁸ come esso sia non solo improprio, poichè è la stessa disposizione che definisce l’ambito in cui le informazioni possono essere divulgate ed utilizzate, ma anche potenzialmente discriminante, tenuto conto dei differenti livelli di segretezza garantiti, dai vari Stati, sulla base dei rispettivi sistemi giuridico - amministrativi. Sempre in materia di segretezza delle informazioni, nel modello ONU ingenera perplessità la locuzione: *“tuttavia, se le informazioni sono originariamente considerate segrete nello stato che le trasmette, esse saranno comunicate soltanto alle persone od autorità”* .

Al riguardo due sono le interpretazioni prospettabili: la prima è che, se l’informazione è considerata segreta dallo stato richiesto, essa è soggetta ai limiti di pubblicità e di utilizzazione poi specificati; la seconda, prevalente, è che tale frase sarebbe stata inserita per evidenziare che lo scambio informativo non dovrà essere limitato nel caso in cui l’informazione non sia considerata segreta

²¹⁷ Sull’argomento, il Modello OCSE 1963 prevedeva infatti che “le informazioni così scambiate saranno tenute segrete e saranno comunicate soltanto alle persone ed autorità incaricate dell’accertamento e della riscossione delle imposte che formano oggetto della presente convenzione.

²¹⁸ Sul punto, cfr. LA COMMARA-NUZZOLO, *Lo scambio di informazioni come strumento applicativo della cooperazione internazionale tra Amministrazioni fiscali*, in *Il Fisco*, n. 43/1997.

nello stato richiesto, mentre lo sarà nello stato richiedente.

In conclusione, si segnala che lo sviluppo dell’attività di scambio di informazioni si presenta piuttosto deficitario per il congiunto operare di ostacoli di natura pratica e teorica.

Fra i primi, è cruciale il diverso approccio degli Stati contraenti nei confronti dei limiti all’obbligo di prestare assistenza, della segretezza delle informazioni e delle procedure di accertamento delle imposte sui redditi; fra i secondi, invece si segnalano:

- la sostanziale insufficiente delimitazione, nell’ambito dei Modelli Convenzionali, della relativa clausola;
- la vaghezza delle finalità dell’attività in esame;
- l’ampia discrezionalità riservata alle autorità competenti di aderire o meno alla richiesta sulla base delle esaminate limitazioni;
- la scarsa tutela degli interessi del contribuente oggetto di indagine.

Ulteriore fonte di collaborazione internazionale sul piano fiscale è rappresentata dagli accordi amministrativi, che sono solitamente conclusi in applicazione o a margine delle convenzioni internazionali sottoscritte dagli stati.

A differenza delle convenzioni contro le doppie imposizioni, gli accordi, essendo di natura amministrativa, non sono soggetti a ratifica, e sono direttamente operanti nei termini convenuti.

Lo strumento operativo più incisivo in essi contenuto, sotto il profilo della lotta ai fenomeni evasivo-elusivi, è costituito dalla possibilità di eseguire verifiche simultanee in capo a soggetti fra loro collegati che effettuano operazioni economiche nei due stati contraenti.

Anche l’Amministrazione fiscale italiana ha stipulato, negli anni ‘80, alcuni accordi amministrativi²¹⁹ con i competenti organismi di altri Paesi, appunto finalizzati all’effettuazione di verifiche simultanee.

In base a tali accordi, è previsto che le competenti Amministrazioni dei due stati, possono consultarsi, su iniziativa di una di esse, per stabilire in quali casi e attraverso quali procedure effettuare verifiche fiscali, contestuali ed autonome, nei rispettivi territori.

Il principio fondamentale di riferimento da tenere presente è che ciascun Paese mantiene un elevato margine di autonomia e discrezionalità circa le modalità di esecuzione dei controlli, che ovviamente vengono posti in essere conformemente agli ordinamenti tributari rispettivamente vigenti.

Le verifiche simultanee sono infatti essenzialmente finalizzate a porre in essere uno scambio di informazioni quanto mai efficace e tempestivo nell’immediatezza dei controlli ma, naturalmente, non possono essere vincolanti per gli stati se non nell’ambito della legislazione e della prassi amministrativa nazionale interna.

In base agli accordi, ogni paese individua autonomamente i contribuenti suscettibili di essere sottoposti a verifica simultanea, e comunica la sua scelta all’altro stato.

La particolare procedura è stabilita al fine di consentire allo stato richiesto di mantenere uno spazio di autonomia e discrezionalità circa l’adesione o meno alle proposte ricevute. Infatti, considerato che le autorità competenti nei vari paesi assumono il formale impegno di scambiarsi informazioni specifiche, è

²¹⁹ Allo stato attuale, l’Italia ha adottato strumenti pattizi della specie con gli Stati Uniti, la Francia e l’Austria.

evidente che, tramite questo canale, potrebbero essere rivelate all’estero informazioni che possono essere considerate di carattere strategico e quindi, in quanto tali, non divulgabili²²⁰.

Di particolare interesse appaiono i criteri²²¹ individuati dagli accordi per la scelta dei casi. In particolare, è previsto che le verifiche simultanee devono interessare contribuenti fra loro collegati, i quali effettuano consistenti operazioni in entrambi gli stati.

Si segnala che la collaborazione tra paesi assume una connotazione più attiva nella fase inerente la pianificazione e l’esecuzione della verifica.

Durante queste fasi, i funzionari designati dei due paesi dapprima esaminano congiuntamente i dettagli dell’attività ispettiva, i rispettivi programmi e le modalità operative, poi organizzano riunioni al fine di elaborare ed analizzare congiuntamente le risultanze acquisite sino a quel momento. Completato il necessario coordinamento di carattere informativo, la verifica si conclude secondo le procedure rispettivamente in vigore in ciascuno dei due stati²²².

Per quanto riguarda le fonti CEE, si segnala la direttiva 19 dicembre 1977 n. 77, che disciplina la cooperazione amministrativa in materia di imposte dirette e sul

²²⁰ Al fine di prevenire tale rischio, nell’accordo fra gli stati è previsto che lo stato cui è rivolta la richiesta, prima di aderirvi o meno, possa chiedere informazioni supplementari di carattere preliminare in ordine alle operazioni connesse o ritenute connesse al contribuente, o contribuenti, o persone fisiche, imprese o enti alle stesse collegati direttamente o indirettamente.

²²¹ In merito ai criteri di selezione, un discorso a parte va fatto con riferimento all’accordo stipulato dall’Italia con gli U.S.A., il quale contiene anche previsioni concernenti violazioni fiscali connesse a fattispecie penalmente rilevanti.

²²² Il principio di autonomia con il quale vengono effettuate le verifiche è ulteriormente confermato dal fatto che, a differenza di quanto previsto da altri strumenti internazionali di collaborazione, gli accordi amministrativi in esame non ammettono lo scambio di personale fra i due stati.

patrimonio. Tale regolamentazione è stata estesa anche all’IVA, con la direttiva n. 79/1070 del 6 dicembre 1979, ed alle accise in virtù delle modifiche apportate con la direttiva n. 92/12 del 25 febbraio 1992.

La direttiva n. 77, originariamente recepita nell’ordinamento italiano con il D.P.R. 5 giugno 1982 n. 506, la cui importanza appare di tutta evidenza in considerazione del vastissimo ambito di applicazione assunto nel tempo, parte dal presupposto di base che le pratiche della frode, dell’elusione e dell’evasione fiscale, al di là dei confini degli stati membri, conducono a perdite di bilancio e all’inosservanza del basilare principio della giustizia fiscale, oltre ad essere suscettibili di provocare distorsioni dei movimenti di capitali e delle condizioni di concorrenza, pregiudicando quindi il funzionamento del mercato comune.

In tal senso, la disposizione comunitaria prevede tre tipi di collaborazione tra le autorità competenti degli stati membri, ed in particolare l’assistenza su richiesta, quella su base automatica e, infine, quella spontanea.

Per quanto concerne i termini per l’adesione alla richiesta e la trasmissione delle relative informazioni, è previsto che gli stati richiesti vi diano corso “con la massima sollecitudine”, ma non sono imposti termini specifici da rispettare, va ricordato inoltre che lo stato che riceve la richiesta di collaborazione può anche non darvi corso, nelle ipotesi espressamente previste. Dette ipotesi ricalcano, in pratica, quelle già esaminate in relazione ai modelli OCSE ed ONU, consistendo nel mancato obbligo di effettuare ricerche e di trasmettere informazioni quando la legislazione o la pratica amministrativa dello stato adito non prevedono tali facoltà, nè quando la trasmissione delle informazioni comporterebbe la divulgazione di segreti industriali, commerciali, professionali o

il rischio di turbativa dell’ordine pubblico.

Dal punto di vista procedurale, non essendo previste disposizioni specifiche al riguardo, le richieste vengono presentate, e le informazioni scambiate, in forma libera.

Infine, come è prassi in ambito internazionale, la direttiva prevede la condizione di reciprocità, disponendo espressamente che le autorità competenti di uno stato membro possono rifiutare di fornire informazioni allorché, per motivi di fatto o di diritto, lo stato richiedente non sia in grado, anche solo a livello potenziale, di fornire informazioni equipollenti.

Un’ultima disposizione di questa direttiva che riveste particolare interesse è quella che sancisce la possibilità di attuare una collaborazione diretta in loco, all’evidente fine di snellire le procedure e di risolvere, di persona, ogni tipo di problematica applicativa, nell’ottica di una sempre più efficace collaborazione.

Rimanendo in ambito CEE, è da segnalare il regolamento n. 218/92 del 27 gennaio 1992, emanato in prossimità della soppressione delle barriere doganali tra gli stati membri dell’Unione Europea, avvenuta il 1° gennaio 1993, ed inteso a fronteggiare il rischio di frode ed evasione fiscale connesso all’introduzione del nuovo regime IVA sugli scambi intracomunitari.

Lo strumento prescelto dal Consiglio europeo, quello del regolamento, ha reso le norme adottate direttamente applicabili agli stati membri, senza necessità di alcuna forma di recepimento da parte degli stessi stati, e con la garanzia quindi di una perfetta uniformità.

In dettaglio, il regolamento citato stabilisce che ciascun stato membro costituisca un apposito *data base* contenente i codici identificativi dei propri

operatori intracomunitari ed ogni altra informazione relativa ai medesimi, prevedendo altresì la nomina di “Autorità competenti”, designate quali corrispondenti a fini specifici, nonché l’individuazione, o laddove necessario, la costituzione di un ufficio centrale²²³ quale responsabile “principale” per i collegamenti con gli altri paesi dell’Unione nel settore della cooperazione amministrativa.

Va inoltre ricordato che, a mente del regolamento di cui trattasi, è stato costituito in ambito comunitario un apposito Comitato permanente per la cooperazione amministrativa, denominato S.C.A.C. (*Standing Committee on Administrative Cooperation*), con la principale funzione di sviluppare il sistema di cooperazione amministrativa fra gli stati membri, al cui coordinamento il Comitato è preposto.

In tale consesso internazionale vengono in particolare delineate le linee strategiche a livello comunitario per il controllo in materia di IVA sugli scambi tra paesi membri, essenzialmente in tema di procedure per la gestione degli accordi, con rilevamento e soluzione delle problematiche applicative, nonché individuazione di possibili miglioramenti dell’assetto della collaborazione ed adozione di azioni antifrode.

Venendo all’ultima delle fonti indicate in premessa per la cooperazione fiscale internazionale, quella degli accordi multilaterali aperti all’adesione degli stati appartenenti a varie organizzazioni internazionali, è tipica la Convenzione del Consiglio d’Europa sull’assistenza amministrativa reciproca in materia fiscale, aperta all’adesione dei paesi membri della CEE e dell’OCSE.

²²³ Essi vengono generalmente indicati con la sigla C.L.O. (Central Liaison Office). Il nome italiano per l’ufficio appositamente costituito è quello di Ufficio centrale di collegamento.

Detta assistenza, nonché lo scambio di informazioni in materia fiscale riguarda praticamente tutte le più note imposte dirette ed indirette, nonché i contributi obbligatori di previdenza sociale dovuti alle amministrazioni pubbliche o agli organismi di previdenza sociale di diritto pubblico.

E’ peraltro previsto che uno stato possa legittimamente rifiutarsi di fornire determinate informazioni, nonché riservarsi il diritto di non collaborare, in alcuni casi tassativamente previsti.

In relazione a questa Convenzione, va detto che l’esercizio dei diritti e l’assolvimento dei doveri dei diversi stati aderenti è talmente articolato e diversificabile da non consentirne un rapido riassunto unitario, dovendosi peraltro avere riguardo al grado di adesione iniziale dei singoli paesi e delle loro eventuali successive notifiche di riserve ed astensioni, ovvero di eventuali ritrattazioni di queste ultime.

3. Competizione fiscale, elusione internazionale e armonizzazione comunitaria

Nell’attuale sistema di relazioni economiche, caratterizzato dalla progressiva internazionalizzazione delle imprese, riveste carattere preminente la tematica della competitività fiscale degli stati. La vocazione transnazionale di sempre più soggetti impone ai vari Paesi di ripensare le modalità per attrarre capitali esteri, e nel contempo di individuare efficaci disposizioni per evitarne l’abuso.

Si tratta, in particolare, di politiche economiche volte a concedere incentivi ed agevolazioni fiscali di vario genere, al fine di favorire l’insediamento e lo sviluppo delle imprese estere in un determinato stato o territorio.

Così, la competizione fiscale²²⁴, favorita dalle diversità tra i sistemi fiscali nazionali, può comportare fenomeni distorsivi non solo a livello di investimenti, ma anche a livello di strutture societarie e finanziarie nei gruppi transnazionali di imprese.

Infatti, come si legge nel rapporto Ruding²²⁵, poiché “le differenze fiscali tra gli Stati membri hanno un’influenza reale sulle decisioni delle imprese multinazionali di insediarsi all’estero”, lo stadio attuale di incompiutezza di un processo di armonizzazione favorisce la localizzazione degli investimenti nelle aree a più bassa tassazione.

A questo proposito si rileva che, almeno a breve termine, non è prevedibile un’accelerazione del processo di armonizzazione fiscale mondiale, trovando esso un forte limite nell’opposto interesse dei singoli Stati a calamitare presso di sé capitali e redditi.

In questo panorama fa eccezione la situazione relativa ai Paesi appartenenti alla comunità europea, laddove il superiore obiettivo della libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone richiede, come fondamentale prerequisito,

²²⁴ Tale competizione fiscale non è legata esclusivamente all’esistenza di regimi fiscali sensibilmente diversi tra loro, ma è favorita dalla concessione da parte di altri paesi di mirate e specifiche agevolazioni e privilegi di natura fiscale, che conducono a fenomeni cosiddetti di “*dumping* fiscale”, ovvero di una vera e propria concorrenza fiscale sleale tra gli stati.

²²⁵ Il Rapporto Ruding costituisce il risultato finale del lavoro svolto da un apposito comitato, istituito nel dicembre 1990 dalla Commissione CEE con il seguente mandato:

- valutare se esistono distorsioni, di origine fiscale, alla localizzazione degli investimenti all’interno della CEE,
- proporre misure e tempi di realizzazione, per ridurre tali distorsioni,
- dire se obiettivo della CEE debba essere quello di armonizzare i sistemi fiscali nazionali oppure di limitarsi a fissare dei principi comuni per le legislazioni fiscali nazionali.

l’armonizzazione dei sistemi tributari degli stati membri ²²⁶ per la parte relativa a fattispecie aventi ad oggetto operazioni poste in essere tra residenti di due o più Stati appartenenti all’Unione.

Comunque, anche in questo ambito, si tratta di un processo né semplice né immediato; v’è altresì evidenziata l’esistenza di un duplice legame tra i temi della competizione e armonizzazione fiscale e quello dell’elusione internazionale. Da un lato infatti, l’elusione in ambito internazionale, traducendosi in comportamenti volti a sfruttare le divergenze normative esistenti nei vari ordinamenti, vede ridursi i suoi spazi operativi a seguito di un processo di armonizzazione dei vari ordinamenti tributari, dall’altro l’eliminazione degli elementi distorsivi della concorrenza, obiettivo del processo di armonizzazione, non può prescindere da un’efficace lotta al fenomeno dell’elusione fiscale.

Questo stretto collegamento tra i due temi è ben espresso nel programma di armonizzazione delle imposte dirette del 26 giugno 1967, dove la Commissione Europea osserva che “oltre all’armonizzazione dei sistemi fiscali, la realizzazione di condizioni di effettiva concorrenza richiede una specifica azione finalizzata a combattere l’elusione fiscale. Per ciascuno stato membro, essa comporta perdite di gettito e violazione del principio di equità fiscale; per la comunità, essa è causa di distorsioni nei movimenti di capitali e nelle condizioni di concorrenza”.

Quali conseguenze di queste considerazioni vanno inquadrate sia la

²²⁶ Rileviamo che il sistema fiscale, quindi, che può essere condizione di impedimento allo sviluppo armonico delle energie di lavoro, di impresa e di idee di un aggregato, quale l’Unione europea, se opportunamente modificato, può essere invece condizione di sviluppo o comunque rimanere neutrale rispetto a una perfetta allocazione economica di beni, servizi, iniziative e capitali.

Risoluzione della Commissione del 10 febbraio 1975, concernente le misure da adottare in sede comunitaria per combattere l’evasione e l’elusione fiscale, sia la stessa Direttiva n. 77/779 CEE adottata nel 1977 e relativa allo sviluppo dell’assistenza reciproca tra le autorità competenti degli Stati membri nel campo dell’imposizione diretta.

Tornando al processo di armonizzazione fiscale in ambito comunitario, dobbiamo dire che si tratta di un fenomeno già da tempo in corso per quanto attiene alle principali imposte sugli affari (IVA, tributi doganali e accise) ed a quelle sulla raccolta di capitali. Esso è invece in una fase preliminare per quanto attiene alle imposte sul reddito. Questo trova la sua giustificazione da un lato, certo, nella maggiore complessità tecnica delle materie; dall’altro nella più rilevante divaricazione di partenza esistente fra gli ordinamenti coinvolti.

Ma anche, e questa certamente non è l’ultima delle ragioni, nella ritrosia di ciascuno degli stati membri ad “abdicare - a favore del legislatore comunitario - su un tema i cui risvolti politici sono immediatamente percepibili”²²⁷.

Inoltre, mentre l’art. 99 del Trattato CEE, anche nella formulazione modificata dell’art. 17 dell’Atto unico europeo, attribuisce, fin dall’origine all’armonizzazione delle imposte indirette (IVA e imposte di consumo ecc.) il valore necessario e pregiudiziale per assicurare l’instaurazione e il buon funzionamento del mercato interno, non si rinviene nelle fonti giuridiche fondamentali della Comunità un’analoga disposizione di principio e programmatica per quanto concerne l’armonizzazione in materia di imposizione diretta.

²²⁷ Cfr. DI TANNO, *Le direttive comunitarie sulla fiscalità delle imprese: stato di emanazione e di attuazione*, Intervento al Convegno su “Fisco, finanza pubblica e pressione sulle imprese: misure tributarie in corso di attuazione”, organizzato da Paradigma e svoltosi a Roma il 29 e 30 ottobre 1992.

Tuttavia, non è mancata da parte degli organi comunitari la necessaria attenzione alle esigenze e ai problemi armonizzativi anche per il settore della fiscalità diretta, che ha condotto all’adozione il 23 luglio 1990 di due Direttive e di una Convenzione²²⁸.

- La Direttiva CEE n. 90/434, cosiddetta “Direttiva fusioni”, relativa al regime comune applicabile a fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e scambio di azioni effettuati da società di Stati membri diversi.
- La Direttiva CEE n. 90/435, cosiddetta “Direttiva madre-figlia”, concernente il regime fiscale da applicare alle società madri e figlie di stati membri diversi per evitare la duplice imposizione degli utili delle affiliate estere;²²⁹
- La Convenzione CEE n. 90/436, relativa all’eliminazione della doppia imposizione in caso di rettifica degli utili di imprese associate²³⁰.

Le citate direttive ci offrono lo spunto per un’ulteriore considerazione in tema di legame tra i temi dell’armonizzazione fiscale e dell’elusione tributaria.

Occorre infatti osservare che, mentre nella Direttiva n. 90/435, cosiddetta “madre figlia”, viene sostanzialmente evitata la previsione di norme antielusive di portata generale, facendosi unicamente riferimento, nell’attuazione della Direttiva, alle norme antielusive nazionali o convenzionali previste dalla legislazione degli stati membri, nella Direttiva n. 90/434, cosiddetta “fusioni”, viene riconosciuta agli stati membri la facoltà di rifiutare l’applicazione dei

²²⁸ In GUCE n. L 225 del 20 agosto 1990.

²²⁹ Le due Direttive suindicate hanno avuto recepimento nell’ordinamento italiano rispettivamente tramite il D. Lgs. 30 dicembre 1992 n. 544 e il D. Lgs. 6 marzo 1993, n. 136.

²³⁰ La Convenzione è stata ratificata dall’Italia con la L. 22 marzo 1993, n. 99, che ha introdotto importanti novità anche sul piano interno, in merito agli effetti dell’arbitrato internazionale in materia fiscale.

benefici previsti dalla Direttiva quando le operazioni in essa contemplate ”hanno come obiettivo principale, o come uno degli obiettivi principali, la frode o l’evasione fiscale”.

4. Forme di riduzione internazionale del carico tributario

In questi ultimi decenni, i contribuenti sono passati dalle episodiche ottimizzazioni del prelievo d’imposta relativo alle operazioni di carattere transnazionale all’organico, sistematico e stabile sfruttamento delle varie possibilità, di riduzioni del carico tributario complessivo, offerte dalla concorrenza tra i sistemi fiscali.

Si è così progressivamente consolidata la così detta “pianificazione fiscale internazionale”²³¹ che consiste nell’elaborazione di uno schema operativo destinato ad individuare ed ottenere la soluzione ottimale dal punto di vista fiscale. Così, tramite la scelta di forme giuridiche e contrattuali *ad hoc*, tramite l’individuazione delle localizzazioni societarie e delle tipologie di reddito più consone, e sfruttando al meglio istituti giuridici e situazioni ambientali proprie di altri paesi, si può soddisfare l’obiettivo di riduzione internazionale del prelievo tributario.

Invero, appare opportuno precisare che il legame tra pianificazione fiscale e

²³¹ Una esaustiva definizione del fenomeno è fornita da SPITZ, *International Tax Planning*, voce “Tax Havens”, Encyclopedia, Londra, 1994, secondo cui “The object of international tax planning is to determinate, from the tax point of view, wether or not to embark on a project, and if it is embarked upon or has already been commenced, then to minimize or defer the imposition of the tax burden falling on taxable persons and events and to do so lawfully, in the attainment of the desidered business and other objectives, while taking into consideration all relevant tax factors with particular regards to the danger of double taxation and the advantages which may be derived from the interrelationship of two or more tax systems, and in the light of the material non-tax factors”.

l’elusione, non è sempre automatico o scontato; però la ricerca della massimizzazione del risultato fiscale dell’utilizzo dell’estero è spesso fatta con reconditi intenti di carattere elusivo²³².

Tra gli eterogenei strumenti elusivi di carattere transnazionale, meritano sicuramente un approfondimento²³³ quelli di:

- *mutamento di residenza*;
- *Thin capitalization*;
- *Treaty shopping*;
- *Transfer price*;
- paradisi fiscali.

4.1. Il mutamento di residenza

Una delle più immediate e diffuse tecniche di elusione internazionale consiste nel trasferimento di residenza, ai fini fiscali, del soggetto passivo d’imposta sia esso persona fisica o giuridica.

Ovviamente la possibilità di utilizzare la residenza quale strumento per ridurre il carico tributario dipende dal criterio d’imposizione adottato dai diversi ordinamenti tributari²³⁴; così il luogo di residenza è non funzionale al

²³² Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 57, secondo il quale la prassi di elaborare veri e propri piani di minimizzazione internazionale del carico fiscale, diffusasi negli ultimi periodi, prelude al compimento di atti di carattere elusivo.

²³³ Invero, ciascuna delle operazioni elencate meriterebbe una trattazione ben più esaustiva di quella che, per motivi di spazio, verrà in questa sede condotta; pertanto, per un approfondimento dei temi in esame, si rimanda alla copiosa dottrina che nel prosieguo sarà di volta in volta indicata in nota.

²³⁴ Due sono i possibili criteri con cui applicare le imposte sui redditi: a) il principio di “world wide income taxation”, in base al quale i soggetti fiscalmente residenti in un dato paese sono ivi sottoposti ad imposta con riferimento a tutti i redditi ovunque essi siano prodotti;

perseguimento di finalità elusive quando un paese adotta il *source-based principle*, oltre che per l’imposizione reale, anche ai fini dell’imposizione personale²³⁵.

Il contrario accade in quei paesi che, adottando il principio di *worldwide taxation*, rivendicano il loro diritto a prelevare le imposte anche sui redditi realizzati al di fuori dei propri confini dai loro residenti.

In quest’ultimo caso, è del tutto evidente come sia conveniente collocare la propria residenza in un paese a bassa fiscalità che adotta tale principio, in modo che tutti i redditi ovunque prodotti siano assoggettati alla sovranità fiscale di quel paese, scontando nel paese di origine solo un prelievo tributario sui redditi eventualmente realizzati nel territorio dello stesso²³⁶.

Prima di procedere con la disamina dell’utilizzo della residenza come mezzo elusivo pare opportuno andare ad individuare il concetto di residenza.

4.1.1 La residenza delle persone fisiche.

Come detto, il concetto di residenza assume un ruolo fondamentale nel regolare i rapporti tributari interni ed internazionali, infatti il collegamento del

b) il principio di territorialità o della fonte (*source-based principle*), per il quale sono assoggettabili ad imposizione in un dato paese solo quei redditi che hanno un collegamento di carattere oggettivo con il territorio dello stato, cioè sono ivi prodotti.

²³⁵ Tale sistema è adottato solo da pochi paesi, fra cui la Francia. Per quanto riguarda il nostro paese, sono soli i soggetti non residenti che scontreranno le imposte dirette solo sui redditi che presentano un collegamento con il territorio dello stato. I criteri con i quali stabilire l’esistenza del collegamento sono specifici per le varie categorie di reddito, e sono contenuti nell’art. 23 del nuovo TUIR. Per un approfondimento di tali criteri si rinvia a PERRONE, *L’imposizione del reddito dei residenti con attività all’estero e dei non residenti*, in *Rass. Trib.*, 1989.

²³⁶ Non è però superfluo notare come spesso i paesi a bassa fiscalità, proprio per questa loro caratteristica, non dispongano di una rete di Trattati internazionali contro le doppie imposizioni. Questo significa che, con riferimento ai soli redditi prodotti nel territorio di origine, si manifesterà il fenomeno della doppia imposizione internazionale.

soggetto passivo con il soggetto attivo si basa, nei paesi che hanno un sistema tributario fondato sulla imposizione personale, proprio sulla residenza.

L’analisi del concetto di residenza assume rilievo sia nella normativa interna che in quella internazionale dettata per risolvere i casi di doppie imposizioni.

La residenza ai fini fiscali va analizzata osservando le disposizioni sia per le imposte dirette, per le imposte indirette ed ai fini valutari.

La residenza della persona fisica viene individuata all’art.2, comma 2, del T.U.I.R., il quale recita: *“ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d’imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del Codice civile²³⁷.”*

Dalla disamina di detta disposizione emerge che il legislatore tributario identifica il soggetto residente con due criteri, tra loro alternativi e non concorrenti²³⁸; uno “formale” ed uno “sostanziale”.

Il criterio formalistico identifica come residente il soggetto iscritto per la maggior parte del periodo di imposta all’anagrafe della popolazione residente. Ciò comporta che l’iscrizione è un dato di fatto di natura formale che prescinde dalla situazione reale del contribuente. Infatti, il contribuente potrebbe risiedere all’estero sostanzialmente senza essersi cancellato dal registro della popolazione residente e quindi essere per la legge Italiana soggetto ad imposta sul reddito. Per risolvere in parte questo problema , la legge obbliga il cittadino

²³⁷ Art. 43 codice civile: *“il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi. La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale.”*

²³⁸ Melis G., *La nozione di residenza delle persone fisiche nell’ordinamento tributario Italiano*, in Rass. Tributaria, 1995 ,p.1034

italiano, che si reca all’estero (tranne il caso in cui il soggetto si reca all’estero per occupazioni stagionali, e per i dipendenti di ruolo dello Stato in servizio all’estero) per un periodo di durata superiore ai dodici mesi, a cancellarsi dall’anagrafe della popolazione residente ed iscriversi all’anagrafe degli Italiani residenti all’estero (AIRE)²³⁹.

Ma l’iscrizione all’AIRE non è un requisito sostanziale, bensì un requisito solo formale, per cui gli uffici finanziari, ricorrendo al criterio sostanziale, possono considerare il soggetto “residente per situazioni di fatto”. Infatti, con il criterio sostanziale viene identificato come residente, il soggetto che ha nel territorio dello Stato il Domicilio o la Residenza ai sensi del codice civile.

Nell’art. 43 c.c., ai fini del domicilio si rileva un elemento soggettivo dato dall’intenzione (ha stabilito), cioè il domicilio dipende da una volontà del soggetto mirata a creare e mantenere il centro dei propri affari ed interessi in un dato luogo.

Per ciò che attiene, la definizione di “sede principale di affari ed interessi” vi sono due correnti di pensiero. La prima, che fa capo ad una parte della dottrina, limita l’attenzione ai soli “interessi di natura patrimoniale”.

L’altra, che fa capo alla Giurisprudenza ed a parte della dottrina, individua il concetto di “interessi”, non solo nell’ambito patrimoniale, ma anche in quello familiare e dei rapporti personali.

Quest’ultima, che è quella prevalente, è stata marcata dalla Cassazione in un intervento del 12/02/1973 n.435, la quale afferma che *“per la determinazione del domicilio occorre far riferimento non soltanto ai rapporti economici e*

²³⁹ GALLISAY S. *I principi generali del diritto tributario internazionale ed il concetto di residenza ai fini fiscali*, in Boll.Trib.3,1995,p. 173

patrimoniali di una persona, ma anche e soprattutto ai suoi interessi morali, sociali e familiari che confluiscono normalmente nel luogo in cui essa vive”, nonché ribadita successivamente con l’intervento del 05/05/1980 n.2936 che afferma *“essa va desunta alla stregua di tutti gli elementi di fatto che, direttamente o indirettamente, denunciano la presenza in un certo luogo di tale complesso di rapporti e il carattere principale che esso ha nella vita della persone”*²⁴⁰.

E’, altresì importante, ai fini della residenza, la permanenza stabile del soggetto in un determinato luogo e l’intenzione di avere in tale luogo “stabile dimora”.

Ai fini delle imposte dirette sul reddito troviamo due ulteriori elementi, il primo è dato dal requisito temporale (per la maggior parte del periodo d’imposta)²⁴¹ di iscrizione nel registro della popolazione residente, requisito tra l’altro non richiamato dalla disciplina civilistica. Di contro, la figura del non residente, non essendo disciplinata, sarà individuata in negativo, ovvero “è non residente chi non è residente”.

Per quanto attiene il secondo, sempre al fine di limitare i fenomeni elusivi legati al mutamento di residenza, con il collegato alla finanziaria del 1999 è stato inserito, all’art. 2 del tuir, il comma 2-bis²⁴² che ha introdotto una presunzione relativa di residenza in Italia nei confronti di coloro che dichiarano di trasferirsi in

²⁴⁰ Melis G. ,op. cit.,p.1051

²⁴¹ Il requisito temporale prescinde dalla continuità dell’iscrizione. Assume fondamentale importanza la sommatoria dei giorni di residenza (almeno 183) in un dato periodo d’imposta.

²⁴² Comma 2-bis art. 2 DPR 917/1986: “si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente ed emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con decreto del Ministro delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale.”

Paesi a fiscalità agevolata, indicati in un apposito decreto ministeriale e caratterizzati da bassa o inesistente forma di tassazione personale, nonché da un grado di trasparenza e di collaborazione informativa insufficiente. Pertanto, nell’ipotesi di specie, toccherà al contribuente dimostrare l’effettività del trasferimento nel Paese estero. La disposizione si applica anche nelle ipotesi di trasferimenti indiretti, e cioè transitando da un altro Stato non ricompreso nella lista²⁴³.

4.1.2 La residenza di Enti, Società e Associazioni.

Fin qui ci siamo limitati a tentare di definire il concetto di residenza, sia ai fini civili che fiscali, delle sole persone fisiche. Per gli enti, le società e le associazioni, il legislatore tributario ha dettato regole specifiche al fine di individuare la loro residenza fiscale.

Così come per le persone fisiche, la normativa sulla residenza rappresenta un punto nevralgico di tensioni elusive ed evasive, anche in questo caso, la qualifica di residente è elemento determinante dei rapporti tra soggetto attivo e soggetto passivo. Per intenderci, potremmo spostare la residenza di una società, ente o associazione all’estero, al solo scopo di scontare una tassazione meno elevata.

Per tali motivi il legislatore tributario, è stato piuttosto preciso nella definizione di residenza; gli interventi legislativi in merito trovano, infatti, richiami in più norme, in particolare all’art.5 comma 3 lettera d e all’art. 73 comma 3 (già art. 87 3 comma) del TUIR. Il legislatore tributario prevede tre criteri, operanti in modo

²⁴³ Nuzzolo – La Commara; “L’elusione fiscale” in Riv. G.diF. nr. 2/2002 pag. 777

autonomo, e cioè basta uno solo di essi, per la determinazione dello status di residente: Sede legale, Sede dell’amministrazione, Oggetto principale²⁴⁴.

Anche qui, come per le persone fisiche, i requisiti, sostanziali e formali, scontano il generale requisito temporale, ovvero devono essere posseduti per la maggior parte del periodo di imposta.

La sede legale, che assume la veste di requisito formale, si desume dallo statuto, e non è il luogo di costituzione bensì il luogo in cui il soggetto passivo ha eletto esplicitamente la sua sede. Occorre però rilevare, come già fatto per le persone fisiche, che il solo requisito formale non può esaurire la problematica in questione, infatti i requisiti sostanziali, sede dell’amministrazione e oggetto principale, prevalgono quando la sede legale è stata fittiziamente collocata all’estero al solo scopo di non pagare i tributi in Italia. Pertanto assume valenza la “la sede effettiva”, conseguentemente se, ad esempio, il soggetto passivo indica come sede legale “la Liberia”, ma di fatto ha l’amministrazione oppure l’oggetto principale della attività in Italia, sarà comunque considerata fiscalmente residente in Italia.

Procedendo con l’analisi degli altri due criteri, e cioè sede amministrativa e oggetto principale avremo che:

- **la sede amministrativa** è il luogo in cui l’organo amministrativo esercita le proprie funzioni, conseguentemente l’ente, l’associazione o la società, seppur estera, è considerata residente in Italia quando l’azione dell’amministrare, inteso come “impulso volitivo”, parte dall’Italia. A tal fine è da rilevare l’assenza dall’ordinamento giuridico italiano di una

²⁴⁴ Novara G., *Residenza di enti e società nella imposizione sui redditi*, in Boll. Trib., 1990, p.19

esatta definizione di “amministrazione”. Tale lacuna presta, agevolmente, il fianco ad operazioni elusive. Infatti, qualora l’organo volitivo esercitasse le sue funzioni direttive da una “sala regia” messa a disposizione da un soggetto bancario residente in Italia, tenuto al segreto bancario, verrebbe coperta l’effettiva sede dell’amministrazione.

- **per oggetto principale** si intende “lo scopo” per cui si è costituito il soggetto passivo; scopo che, secondo la giurisprudenza²⁴⁵, non è quello indicato nello statuto bensì quello effettivamente perseguito. Quindi l’esistenza di un atto pubblico o scrittura privata autenticata che indichi l’oggetto principale dell’attività all’estero, assume rilevanza secondaria quando l’oggetto è “effettivamente” svolto in Italia. Avremo anche qui, benché la norma taccia, un orientamento prevalente della “effettività”²⁴⁶ (sostanza sulla forma).

Il concetto di residenza fin qui analizzato si riferisce a tutti quei soggetti diversi dalle persone fisiche, in particolare ai soggetti pubblici o privati, con o senza personalità giuridica. Pare necessario però rammentare che alcuni istituti (fondi comuni di investimento; associazione in partecipazione; Joint Ventures; GEIE, ed altre particolari figure) che, per espresse disposizioni normativa, vengono esclusi da queste impostazioni. Per questi soggetti il criterio seguito dal legislatore è quello della “trasparenza”, cioè prevale il requisito formale.

Un altro concetto rilevante in campo internazionale, per l’individuazione del

²⁴⁵ In tal senso si è espressa la Commissione tributaria centrale, 22/01/1992 n.415, la quale ha ritenuto che, al fine di determinare la natura commerciale di un ente, sia possibile riferirsi all’attività in concreto esercitata e non solo a quella indicata nello statuto ed atto costitutivo.

²⁴⁶ Gallisay, op. cit., p.175

soggetto passivo, è quello di “stabile organizzazione”. Il Ministero delle Finanze, con una sua circolare, (7/1946 del 30/04/1977), come strumento per individuare l’esatta definizione di stabile organizzazione, ha indicato le Convenzioni Internazionali. Un modello al quanto preciso è quello dell’OCSE del 1977, sulle doppie imposizioni, dove all’art. 5 vengono elencate le attività che fanno emergere la “stabile organizzazione”. In particolare detta convenzione citata afferma: *l’espressione stabile organizzazione designa una sede di affari in cui l’impresa esercita in tutto o in parte la sua attività, in particolare essa comprende: una sede di direzione, una succursale, un ufficio, un’officina, un laboratorio, un luogo di estrazione di risorse naturali,..... ecc.*”. Pertanto laddove vi sia una stabile organizzazione il soggetto, benché residente all’estero, per la parte di attività esercitata con la stabile organizzazione in Italia, verrà sottoposto alla normativa fiscale Italiana.

4.1.3 Sui mutamenti di residenza

L’analisi fin qui svolta è stata di natura concettuale, per capire le relazioni tributarie internazionali occorre avere chiari i concetti di collegamento del soggetto passivo con il soggetto attivo, nonché i principi che guidano gli stati nella predisposizione normativa della tassazione.

Le rilevanti perdite di gettito fiscale, causate dalla pratica del mutamento di residenza ai fini fiscali, hanno indotto molti Paesi a munirsi di specifiche disposizioni di contrasto del suddetto fenomeno.

Per le persone fisiche, allo scopo di ostacolare l’utilizzo della residenza per fini elusivi, la maggior parte degli ordinamenti stranieri contiene delle norme che,

seppur diverse, prevedono tutte una sorta di “ultrattività” della vecchia residenza nello Stato “abbandonato”²⁴⁷: in buona sostanza, anche dopo il trasferimento, la persona rimane comunque soggetta alla sovranità impositiva dello stato *a quo*, tranne che riesca a comprovare l’effettiva esistenza di legami con il luogo di nuova residenza²⁴⁸.

Per quanto riguarda invece le persone giuridiche la maggior parte degli ordinamenti contiene delle norme che equiparano, ai fini fiscali, lo spostamento della residenza di società (generalmente mediante il trasferimento della sede o della direzione effettiva) alla messa in liquidazione della medesima società, con conseguente imponibilità delle plusvalenze latenti nel patrimonio sociale.

Occorre considerare, a questo punto, se ed in che modo l’Italia ha affrontato il problema del trasferimento elusivo della residenza all’estero.

Per quanto concerne l’ambito societario, dopo anni di incertezza sulle possibili conseguenze fiscali connesse al trasferimento all’estero della sede sociale di

²⁴⁷ Nell’ordinamento tedesco, se un soggetto, dopo aver abbandonato la residenza, conserva interessi economici nel Paese, è considerato fiscalmente residente, e quindi assoggettabile ad imposta per i redditi ovunque prodotti per i dieci anni successivi al suo trasferimento; l’operatività di tale norma è comunque subordinata ad una condizione, e cioè che il soggetto sia stato residente nello Stato per almeno cinque anni nel corso degli ultimi dieci.

In Finlandia e Svezia, l’estensione della residenza (per i tre anni successivi alla data di trasferimento della stessa all’estero), si configura come una presunzione relativa (*juris tantum*), che può cioè essere vinta dal contribuente che è in grado di dimostrare di non aver avuto, nel periodo d’imposta, alcun legame economico con il paese *a quo*.

Lo stesso criterio di “ultrattività” della residenza anima anche l’ordinamento danese, per il quale continuano ad essere passibili d’imposizione i soggetti che, pur avendo trasferito la residenza in un altro paese, conservano un’abitazione sul territorio danese e comunque fino al quarto anno successivo all’eventuale abbandono dell’alloggio. La disposizione non si applica solo se il soggetto riesce a dimostrare di essere soggetto ad imposizione mondiale nel paese di nuova residenza.

²⁴⁸ Cfr. UCKMAR, *Tax avoidance and tax evasion*, cit. e LOVISOLO, *Elusione ed evasione fiscale nei rapporti internazionali*, cit.

una società italiana, il legislatore tributario è intervenuto²⁴⁹ disciplinandone gli effetti con l’art. 30, comma 1, del D.L. 23 febbraio 1995 n. 41 (“Manovra Dini”), convertito nella legge n. 85/1995 che ha integrato il D.P.R. n. 917/1986 T.U.I.R. inserendo l’art. 20 bis (ora at. 166)²⁵⁰, rubricato “trasferimento di sede all’estero”. Secondo tale articolo, il trasferimento della residenza all’estero da parte di tutti i soggetti d’imposta, persone fisiche o giuridiche, residenti che “esercitino imprese commerciali” viene considerato alla stregua di una cessione o liquidazione d’azienda, comportando il realizzo al valore normale²⁵¹ dei singoli componenti d’azienda o dell’intero complesso aziendale.

La tassazione in base al valore normale non trova, però, applicazione nei confronti dei beni che *“siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato” e fino a quando non ne vengano distolti*²⁵²; ed ancora, *“i fondi in sospensione d’imposta, inclusi quelli tassabili in caso di distribuzione, iscritti nell’ultimo bilancio prima del trasferimento della residenza, sono*

²⁴⁹ In passato, l’assenza di una espressa regolamentazione degli effetti tributari del trasferimento di sede all’estero nell’ambito del testo unico delle imposte sui redditi aveva fatto sorgere il dubbio che tale mancanza potesse *in re ipsa* legittimarne l’irrelevanza fiscale. Il citato intervento legislativo ha dunque fugato definitivamente questi dubbi, contro i quali si era già espresso MARINO, *Brevi note sul trasferimento della sede all’estero*, in Dir. Prat. Trib., 1993, per il quale “il silenzio della normativa tributaria in materia di trasferimento non può ritenersi probante, in quanto, là dove il legislatore *minus dixit quam voluit*, è ormai largamente consentita l’interpretazione estensiva, che consiste nell’estendere la portata di una norma (nel caso di specie potrebbe essere l’attuale art. 182 D.P.R. 917/1986 relativo alla liquidazione ordinaria) fino al più ampio significato con essa compatibile”.

²⁵⁰ In particolare la prima parte del comma 1° di tale articolo stabilisce che “Il trasferimento all’estero della residenza dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell’azienda o del complesso aziendale, salvo che gli stessi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.”.

²⁵¹ Ai fini della determinazione della base imponibile, il valore normale è da determinare secondo i principi generali dettati dall’art. 9 del T.U.I.R..

²⁵² In questo caso, infatti, non si realizza, sotto il profilo fiscale, il trasferimento all’estero, in quanto una stabile organizzazione di impresa estero-residente situata nel territorio dello stato è assimilata, ai fini delle imposte sul reddito, ad un’impresa residente.

*assoggettati a tassazione nella misura in cui non siano stati ricostituiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione in Italia*²⁵³”.

Infine l’ultimo periodo del comma 1 dell’art. 166 dispone che “*si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero*” prevedendo, l’applicabilità dell’art. 17 comma 1 lettere g) e l) “*per le imprese individuali e le società di persone*”²⁵⁴. Tale norma si caratterizza per avere un indubbio contenuto sanzionatorio nei confronti delle operazioni di trasferimento all’estero della sede sociale, delle quali costituisce un formidabile deterrente.

Per quanto riguarda le persone fisiche, invece, oltre a quanto detto in merito all’introduzione del comma 2-bis all’art. 2 del TUIR giova ricordare le disposizioni, tese a contrastare il fenomeno in esame, presenti in ambito convenzionale²⁵⁵ tra cui si segnala il comma 5 dell’art. 13 delle Convenzioni italo-britannica e italo-olandese in base al quale, derogando al principio della

²⁵³ La relazione governativa precisa che, per quanto riguarda i fondi che per qualche motivo sono ancora in sospensione di imposta, gli stessi devono comunque essere assoggettati ad imposizione tenuto conto che questa non sarebbe più possibile in caso di trasferimento di sede all’estero. Tale trattamento, però, non può riguardare i fondi che vengono recepiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione eventualmente costituita in Italia.

²⁵⁴ L’art. 17, comma 1°, del TUIR, assoggetta a tassazione separata, con la lettera g) *le plusvalenze, compreso il valore di avviamento, realizzate mediante cessione a titolo oneroso di aziende possedute da più di cinque anni e redditi conseguiti in dipendenza di liquidazione, anche concorsuale, di imprese commerciali esercitate da più di cinque anni;* mentre con la lettera l) assoggetta i “*redditi compresi nelle somme attribuite o nel valore normale dei beni assegnati ai soci delle società indicate nell’art. 5 nei casi di recesso, esclusione e riduzione del capitale o agli eredi in caso di morte del socio, e redditi imputati ai soci in dipendenza di liquidazione, anche concorsuale, delle società stesse, se il periodo di tempo intercorso tra la costituzione della società e la comunicazione del recesso o dell’esclusione, la deliberazione di riduzione del capitale, la morte del socio o l’inizio della liquidazione e’ superiore a cinque anni;*”

²⁵⁵ Il problema del trasferimento a fini elusivi della residenza è infatti stato trattato, seppur indirettamente, in ambito internazionale nelle Convenzione che l’Italia ha siglato con l’Olanda (Aja, 8 maggio 1990) e con il Regno Unito (Pallanza, 21 ottobre 1988).

tassazione degli utili nello Stato di residenza della alienante, sancisce il diritto di uno stato contraente a prelevare un’imposta sugli utili, derivanti dall’alienazione di un qualsiasi bene, realizzati da una persona fisica residente dell’altro Stato contraente. Così, detto comma 5 prevede, che, al sussistere di alcune condizioni²⁵⁶, prevale la residenza originaria del soggetto alienante rispetto alla nuova residenza, attribuendo conseguentemente ad essa quell’ultrattività che in generale caratterizza le norme statali volte a reprimere l’utilizzo elusivo del trasferimento di residenza da parte delle persone fisiche; a differenza di queste ultime norme, tuttavia, la disposizione contenuta nelle due Convenzioni sembra specificamente costruita al fine di evitare che un residente in Italia possa trasferirsi in Olanda e nel Regno Unito, acquistandone la residenza, e vendere partecipazioni azionarie senza scontare l’imposta in alcuno dei due stati contraenti²⁵⁷.

4.2. *Thin capitalization*

Punto di partenza per l’esame del fenomeno della *thin capitalization* è l’osservazione che la distribuzione di dividendi, pur costituendo la forma più comune e ricorrente attraverso cui ha luogo l’erogazione di utili societari, non è però certamente l’unica. Altre forme possono essere attuate, nel tentativo di

²⁵⁶ Per quanto riguarda la Convenzione con l’Olanda, si richiede che il soggetto alienante (di azioni e diritti di godimento): - abbia la nazionalità del primo stato senza possedere quella dell’altro; - sia stato residente del primo stato contraente durante gli ultimi cinque anni antecedenti l’alienazione.

Nel caso della Convenzione italo-britannica, si richiede invece che il soggetto alienante (di qualsiasi bene): - sia stato residente nel primo stato in qualsiasi momento nel corso di cinque anni precedenti l’alienazione del bene; - non sia soggetto ad imposta per tali utili nell’altro stato contraente.

²⁵⁷ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 64.

eludere in tutto o in parte il prelievo tributario, specie nell’ambito delle transazioni internazionali²⁵⁸.

Tra queste, particolare interesse suscita la tecnica elusiva, che prende il nome di *thin capitalization*, la quale si attua attraverso un finanziamento fittizio concesso da una società - formalmente mutuante, ma sostanzialmente socia - ad altra società localizzata in una diversa nazione, apparentemente mutuataria ma in realtà partecipata dalla prima.

Il fenomeno in esame si caratterizza dunque per la non corrispondenza tra l’aspetto formale (mutuo) e quello sostanziale (assunzione di partecipazione) dei finanziamenti infragruppo, finalizzati all’ottenimento di vantaggi in termini di riduzione del carico fiscale.

Per meglio comprendere il fenomeno in questione è opportuno ricordare che una società, allo scopo di reperire i mezzi finanziari necessari alla sua attività, può aumentare il capitale di rischio oppure ricorrere al capitale di prestito²⁵⁹.

La scelta tra queste due differenti opzioni dipende normalmente da fattori di ordine prevalentemente economico e commerciale, e comunque di natura extrafiscale. Perciò le autorità fiscali sono orientate, in assenza di indicazioni contrarie, ad accettare la modalità di finanziamento scelta dal contribuente. Se

²⁵⁸ Oltre alla tecnica della “thin capitalization”, rappresentano forme di elusione in materia di utili societari il “dividend washing”, la concessione delle azioni in usufrutto, l’acquisto di azioni proprie. Scopo comune delle dette operazioni è realizzare il trasferimento di utili societari in capo ai soci senza dover sopportare il carico fiscale normalmente previsto per l’ordinaria distribuzione di dividendi.

²⁵⁹ In merito LUTHI, *Thin capitalization of companies in international tax law*, in Inter. Tax. n. 11/1991, sottolinea: “In principle, a company may be financed by equity or borrowing. It’s in most cases up to the shareholders to make the choice of financing. Within a group of companies, this decision may not only be influenced by the tax situation of the parent company and subsidiaries, by also by other factors such as taxation at the source of dividends and interest, the existence of double taxation agreements as well as the possibilities to eliminate double taxation in the resident country of the recipient”.

però all’operazione di finanziamento partecipano soltanto società facenti parte del medesimo gruppo, allora il fattore fiscale diventerà determinante nella scelta del sistema di provvista dei fondi cui accedere.

Nello specifico, facendo apparire come prestiti infragruppo operazione che in realtà sono sottoscrizioni di capitale, si possono sfruttare al meglio le disposizioni che, nei vari ordinamenti, permettono la deducibilità degli interessi passivi e, dunque, si può abbattere artificiosamente l’imposizione sui profitti complessivi del gruppo: infatti, a fronte dell’imponibilità ordinaria o convenzionale in capo alla consociata percepente, gli interessi (passivi) sono deducibili in capo alla consociata erogante, a differenza dei dividendi che sono imponibili esclusivamente per il soggetto che li riceve²⁶⁰.

Assumono inoltre rilievo, in ordine alla scelta della modalità di reperimento di mezzi finanziari, l’eventuale esistenza di imposte indirette sugli aumenti di capitale e di imposte patrimoniali commisurate al patrimonio netto delle società. Dunque, il differente, e più conveniente, trattamento tributario degli interessi rispetto ai dividendi rappresenta un forte stimolo per gli azionisti a finanziare le società tramite mutuo, anche quando considerazioni di natura strettamente economica - e perciò non influenzate da valutazioni fiscali - dovrebbero far propendere per l’assunzione di ulteriori quote di partecipazione²⁶¹.

²⁶⁰ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione d’imposta e strumenti di contrasto*, cit., pag. 82, per il quale il risparmio di imposta che consegue alla pratica elusiva della “thin capitalization” può essere abilmente amplificato innestando su questa operazione la “diversa e complementare pratica del transfer pricing e cioè, quando le consociate si accordano per l’erogazione di un prestito “improprio” e, nel contempo, pattuiscono per tale prestito il pagamento di un tasso di interesse diverso da quello “normale”.

²⁶¹ In merito CALDERON CARRERO, *Spanish thin capitalization in light of non discrimination principle: its compatibility with double tax treaties and E.C. law*, in *Inter.Tax.*, n. 8-9/1006 osserva: “Fiscal treatment of debt financing is generally more advantageous for groups than by resorting to financing through stockholders’ equity. We

L’effetto di una tale scelta è così quello di dar luogo alla formazione delle cosiddette partecipazioni occulte, la cui esistenza è suscettibile di essere rivelata da svariati indicatori o fatti sintomatici: ad esempio, la facoltà concessa al creditore di convertire il proprio prestito in azioni, oppure la determinazione di un tasso d’interesse in qualche modo collegato ai risultati di gestione conseguiti dalla mutuataria; o, ancora, l’assunzione di mutui a lungo termine, l’esistenza di uno squilibrio nel rapporto tra capitale proprio e capitale di terzi, nonché la circostanza che gli azionisti contribuiscono alla somma da prestare in misura proporzionale alle quote di partecipazione da ciascuno di essi posseduta nella mutuataria.

Naturalmente, il ricorso a questa forma impropria di finanziamento fa sì che nel bilancio della mutuataria la voce di patrimonio netto si attesti su un valore inferiore a quello che si sarebbe registrato qualora la forma giuridica dell’operazione di provvista avesse rispecchiato l’effettiva e sottostante natura economica della stessa, giustificando il perché tale tecnica elusiva sia denominata con l’espressione di sottocapitalizzazione delle imprese.

Il fenomeno in esame è suscettibile di produrre un ulteriore e particolare effetto di natura collaterale che investe specificamente le Convenzioni internazionali, e cioè quello di stimolare la già diffusa pratica del *rule shopping*²⁶², che si palesa nella ricerca, all’interno di una convenzione internazionale, di quella

must bear in mind that not only is the interest paid to the lender not subject to economic double taxation, but it also constitutes a deductible operating expense on the taxable income of the borrower. At the same time, the interest in the international taxation arena is usually subject to lower rates of tax than that applicable to dividends.”

²⁶² Cfr. VOGEL, *On double taxation Conventions*, Deventer, 1990, pag. 52, e FANTOZZI-VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in Dig. Disc. Priv., sez. Comm., vol. V, 1990, pag. 198.

disposizione che comporta il minor prelievo fiscale, adeguando ad essa, almeno da un punto di vista formale, le operazioni economiche che si intende porre in essere.

Una tale tecnica, pur non violando direttamente né le norme dell’ordinamento interno, né quelle delle convenzioni, e pertanto non determinando alcuna fattispecie di evasione fiscale, viola tuttavia lo spirito dell’accordo e in definitiva, la sua stessa ragion d’essere, costituendo un ipotesi di elusione fiscale internazionale²⁶³.

Proprio la natura tipicamente transnazionale²⁶⁴ della tecnica elusiva della “*thin capitalization*” ha indotto il Comitato per gli Affari Fiscali dell’OCSE a farsi carico del problema, e ad elaborare perciò dei criteri uniformi all’uopo applicabili.

Su tale argomento l’OCSE ha predisposto, nel 1987, un importante Rapporto, nel quale vengono analizzate le problematiche connesse con l’applicazione delle normative nazionali volte a scoraggiare l’uso di tale pratica elusiva, tra le quali spiccano i problemi di doppia imposizione e di discriminazione.

Le conclusioni raggiunte dall’OCSE nel rapporto del 1987 sono state parzialmente trasportate nel Commentario dell’OCSE del 1992, dove, all’art. 9, si afferma che il disposto di tale norma - il quale predispone lo strumento normativo, in seno alla Convenzione, per l’eliminazione di fattispecie elusive in

²⁶³ Cfr. PISTONE, *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Padova, 1994.

²⁶⁴ E’ opportuno rilevare che la “*thin capitalization*” è una tecnica elusiva utilizzata prevalentemente, ma non solo, sul piano internazionale. L’operazione in questione può infatti risultare appetibile anche sul piano interno quando, ad esempio, coinvolga due consociate residenti nello stesso paese, l’una - la mutuante - con costanti perdite e l’altra - la mutuataria - in perenne utile. In questo caso, tramite un’operazione di *thin capitalization*, l’apparente mutuataria può compensare una quota dei suoi utili con le perdite dell’apparente mutuante.

materia di *transfer pricing* - deve essere interpretato nel senso per cui la stessa disposizione può essere “rilevante non solo per determinare se il tasso di interesse stabilito in un contratto di finanziamento sia congruo in base al principio del valore normale, ma anche per stabilire se ciò che assume la forma giuridica di un finanziamento debba essere riclassificato come un conferimento di capitale”.

La posizione dell’OCSE, emergente dal contenuto del commento citato, appare particolarmente degna di nota. Essa infatti estende l’ambito oggettivo di applicazione di una norma tradizionalmente interpretata come applicabile all’unico fine di stabilire il valore normale dei beni e servizi in oggetto di una cessione transnazionale per farla assorgere a norma di per sé stessa sufficiente per contestare la deducibilità degli interessi passivi. In sostanza, la norma in questione diventerebbe idonea a disciplinare una fattispecie parzialmente elusiva non soltanto nel “*quantum*” ma anche nell’ “*an*”.

Nonostante l’impegno prefissosi, il Comitato per gli Affari Fiscali dell’OCSE non è ancora riuscito completamente a far luce sull’argomento, sicché gravi e numerose sono le incertezze che permangono circa l’individuazione sia di una precisa linea di demarcazione tra interessi fittizi e dividendi²⁶⁵, sia delle procedure da utilizzare per addivenire alla riqualificazione degli interessi passivi²⁶⁶.

²⁶⁵ Nel paragrafo 19 del Commentario all’art. 11 del Modello OCSE si legge che “nelle situazioni di sottocapitalizzazione, è difficile distinguere i dividendi dagli interessi, e, per evitare ogni possibilità di confondere queste categorie di redditi in considerazione degli artt. 10 e 11, si deve intendere che il termine “interessi” utilizzato all’art. 11 non ricomprende gli elementi di reddito previsti sotto l’applicazione dell’art. 10”.

²⁶⁶ Il Comitato per gli affari fiscali dell’OCSE non è inoltre riuscito a risolvere i grossi problemi connessi alla riqualificazione dell’operazione. In particolare, l’OCSE omette di individuare una soluzione per:

Attualmente, pertanto, i vantaggi indebiti e le perdite fiscali che si riconnettono al fenomeno della “capitalizzazione dissimulata” possono essere neutralizzati solo attraverso le specifiche misure anti-*thin capitalization* esistenti negli ordinamenti interni dei vari Stati²⁶⁷.

Per lungo tempo l’Italia non ha apportato alcuna specifica regolamentazione tesa a contrastare, o quanto meno a scoraggiare, il fenomeno della *thin capitalization*, anche se la norma di cui all’art. 2410 C.C. (ora 2412 cc), che così disponeva “*la società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per somma non eccedente il capitale versato ed esistente secondo l’ultimo bilancio approvato*”, ha rappresenta un indubbio limite all’indebitamento societario, ma altrettanto vero è che questa disposizione non poteva essere trasposta nell’ambito tributario, rivelandosi perciò assolutamente insufficiente ed inadeguata a fornire un qualche ausilio nella lotta alle elusioni fiscali realizzate attraverso operazioni di fittizio finanziamento tra società collegate²⁶⁸.

Solo dal 1 gennaio 2004, tra le disposizioni che hanno modificato in maniera significativa il DPR 917/86, troviamo una disposizione mirata ad affrontare la

-
- la doppia imposizione che scaturisce dal disconoscimento della deducibilità degli interessi in capo al soggetto che li eroga in combinazione con la permanente tassazione di tali interessi in capo al soggetto che li riceve;
 - lo svuotamento di significato delle norme in materia di non discriminazione, anch’esse contenute nel Modello OCSE all’art. 24, relativamente alla deducibilità degli interessi passivi, con ciò di fatto autorizzando gli stati contraenti ad inserire norme discriminatorie nei confronti dei soggetti residenti nell’altro stato contraente. Tale ultima conseguenza appare particolarmente grave, in particolare se si ha riguardo all’importanza assunta dalle norme contro la discriminazione quali strumento di salvaguardia e di agevolazione degli investimenti internazionali.

²⁶⁷ Cfr. CONTRINO, *Elusione, evasione d’imposta e strumenti di contrasto*, cit., pag. 84.

²⁶⁸ Cfr. PISTONE, *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, cit., pag. 329.

questione e cioè, l'articolo 98, recante “ Contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione”.

L'art. 98 prevede l'indeducibilità degli interessi passivi per quelle imprese (società di capitale, società di persone e ditte individuali) che contraggono finanziamenti con propri soci qualificati e loro parti correlate ovvero che ottengono da questi il rilascio di garanzie in relazione a finanziamenti ricevuti a opera di soggetti terzi. A tale disposizione viene comunemente dato il nome di capitalizzazione sottile o thin capitalization.

Rispetto al sistema precedente, che premiava gli apporti dei soci a titolo di capitale (vedi la Dit), si è passati ad una prospettiva diversa, vale a dire ad un regime che penalizza gli apporti effettuati a titolo di finanziamento, anche se comunque l'obiettivo finale è lo stesso. Si vuole pertanto eliminare ogni vantaggio fiscale scaturente dalla sottocapitalizzazione, che la precedente normativa riconosceva ai soci attraverso l'applicazione di una tassazione ridotta del 12,5% applicata ai proventi finanziari conseguiti mediante indebitamento da parte dei soci anziché ad aliquote normali, il cui costo veniva poi interamente dedotto, consentendo un notevole risparmio d'imposta.

Come detto, in via generale, la disposizione si applica a tutti i soggetti imprenditori, ma vi sono delle eccezioni che sono:

- le banche ed agli imprenditori del credito;
- le imprese i cui soci qualificati siano gli organi e le amministrazioni dello Stato o gli altri soggetti elencati nell'art. 74 del TUIR;
- alle imprese il cui volume di ricavi è inferiore alle soglie previste per l'applicazione degli studi di settore, ossia euro 5.164.569,00. Questa

specifica eccezione non si applica però alle società che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di assunzione di partecipazioni.

Oltre ai casi sopra elencati, la disposizione non trova applicazione qualora l'ammontare complessivo dei finanziamenti erogati o garantiti dai soci qualificati o loro parti correlate, non eccede quattro volte (cinque volte per il 2004) il patrimonio netto contabile riferibile agli stessi soci. Pertanto prima di procedere alla determinazione del rapporto finanziamenti/PN relativo al singolo socio, si deve verificare se il rapporto complessivo tra i finanziamenti di tutti i soci e il patrimonio netto risulta superiore a quello di 4 a 1. Se detto rapporto è inferiore o uguale a quello di 4 a 1, non trova applicazione la thin capitalization e quindi non opera alcuna limitazione alla deduzione delle remunerazioni dei finanziamenti erogati o garantiti dai soci. In pratica il livello d'indebitamento inferiore a tale rapporto viene considerato fisiologico dal legislatore e quindi non punibile.

La norma si applica invece in ogni caso alle società che esercitano in via esclusiva o prevalente l'attività di assunzione di partecipazioni.

Prima di procedere oltre con l'analisi dell'art. 98, sembra opportuno identificare il socio qualificato. Ebbene, per socio qualificato s'intende quello che direttamente o indirettamente controlla, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, il soggetto debitore oppure, partecipa al capitale sociale dello stesso debitore con una percentuale pari o superiore al 25%. A questo proposito giova sottolineare che la norma parla di partecipazioni detenute indirettamente, questo significa che un socio potrebbe anche non apparire nel libro soci della società, qualora detenga un partecipazione qualificata di una società socia. Si

pensi, ad esempio, al caso in cui "A" partecipa in "B" all'90%, e "B" a sua volta partecipa in "C" al 40%. In questa situazione "A" partecipa indirettamente in "C" al 36% determinando così una situazione d'incertezza nella rilevanza di eventuali finanziamenti erogati dalla partecipazione indiretta di "A" in "B".

Ritornando all'articolo 98, una volta verificate le condizioni per l'applicabilità della thin capitalization, occorrerà determinare il rapporto d'indebitamento relativo al singolo socio qualificato.

La quota indeducibile di interessi passivi andrà determinata sulla base del rapporto tra la consistenza media durante il periodo d'imposta dei finanziamenti erogati e garantiti dal socio qualificato o da sue parti correlate e la quota parte del patrimonio netto contabile di pertinenza del socio medesimo, aumentato degli apporti di capitale effettuati dallo stesso socio.

Il rapporto finanziamenti/mezzi propri deve essere determinato considerando al numeratore la consistenza media durante il periodo d'imposta.

Per finanziamenti s'intendono quelli derivanti da mutui, da depositi in denaro e da ogni altro rapporto di natura finanziaria. I finanziamenti infruttiferi, erogati o garantiti dai soci qualificati o da loro parti correlate, concorrono alla determinazione di tale consistenza media soltanto se la remunerazione media dei finanziamenti, risulta superiore al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di un punto percentuale. Se il rapporto tra detta consistenza media e il patrimonio netto opportunamente rettificato, di pertinenza del socio, è superiore a quello di 4 a 1 (5 a 1 per il 2004), la remunerazione dei finanziamenti "eccedenti" risulterà indeducibile. Al denominatore del rapporto di cui sopra occorre indicare il patrimonio netto contabile di pertinenza del socio, così come risulta

dal bilancio relativo all'esercizio precedente, comprensivo dell'utile dello stesso esercizio non distribuito.

Questo valore dovrà poi essere rettificato in diminuzione per tenere conto:

- dei crediti relativi a conferimenti non ancora eseguiti;
- del valore di libro delle azioni proprie in portafoglio;
- delle perdite subite nella misura in cui, entro la data di approvazione del bilancio relativo al secondo esercizio successivo a quello in cui le stesse si riferiscono, non avvenga la ricostruzione del patrimonio netto mediante l'accantonamento di utili o l'esecuzione di conferimenti;
- del minore tra il valore di libro e il patrimonio netto contabile delle partecipazioni in società controllate o collegate.

Inoltre devono essere considerate anche eventuali perdite pregresse qualora non siano ripianate nei due esercizi successivi.

Essendo delle variazioni per lo più in diminuzione, comportano una diminuzione del denominatore rendendo così più facile il superamento del rapporto sopra individuato, con la conseguenza di rendere più facilmente indeducibili gli interessi.

4.3. Treaty shopping

L'autonoma potestà d'imposizione dei singoli stati è causa del fenomeno della doppia imposizione internazionale²⁶⁹, per il quale un medesimo soggetto è

²⁶⁹ Il fenomeno della doppia imposizione di cui stiamo trattando viene definita "giuridica" per differenziarla da quella economica, che prevede che uno stesso reddito o patrimonio sia tassato da due o più stati in capo a soggetti diversi. Ne discende che il fenomeno della doppia imposizione economica può avere anche una dimensione "interna"; in merito ADONNINO, *Doppia imposizione*, in Enc. Giur., vol. XII, p. 1. Per un approfondimento sul tema della doppia imposizione internazionale si rinvia a GARBARINO, *La tassazione del*

sottoposto in due o più stati ad imposte analoghe afferenti lo stesso presupposto. Tale fenomeno, pur costituendo un serio ostacolo allo svolgersi delle relazioni economiche internazionali, non è esplicitamente vietato dall’ordinamento internazionale²⁷⁰, sicché i singoli Stati lo hanno affrontato mediante l’impiego di misure unilaterali²⁷¹ e, nel contempo, ricorrendo alla conclusione di trattati bilaterali, o addirittura multilaterali, contenenti le dichiarazioni di volontà tramite cui gli stati regolano e limitano reciprocamente le proprie pretese impositive, al fine di creare un clima di favore per i flussi internazionali garantendo forme di maggior tutela per gli operatori economici. Le convenzioni stipulate dagli stati per eliminare il fenomeno della doppia imposizione²⁷² possono, però, essere oggetto di un “impiego distorto” e di

reddito transnazionale, Padova, 1990, p. 123; PIRES, *International Juridical Double Taxation of Income*, Deventer, 1989 e VAN HOORN, *La concorrenza internazionale e la eliminazione della doppia imposizione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1967.

²⁷⁰ In merito FANTOZZI-VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, cit., osservano che “la conseguenza di un eventuale divieto della doppia imposizione che si rinvenisse nell’ordinamento internazionale non potrebbe che essere quella dell’inapplicabilità delle disposizioni di entrambi gli Stati. Questo sarebbe tuttavia un risultato privo di senso poiché determinerebbe vuoti d’imposizione che sarebbero sul piano internazionale altrettanto ingiustificati che la doppia imposizione”.

²⁷¹ Le misure unilaterali adottate al fine di eliminare il fenomeno della doppia imposizione internazionale sono:

- *il “metodo dell’esenzione”*, che consiste nell’esentare dalla tassazione interna i redditi prodotti all’estero,
- *il “metodo del foreign tax credit”*, con il quale si riconosce al contribuente di detrarre l’imposta assolta all’estero dall’imposta che si deve nell’ambito dell’ordinamento che concede il credito,
- *il “metodo della deduzione”*, con cui si concede la deducibilità dell’imposta pagata all’estero dal reddito imponibile interno.

L’attuale soluzione vigente in Italia è quella del “metodo foreign tax credit”, esplicitamente disciplinato dagli art. 15 e 92 D.P.R. 917/86 (TUIR): per un approfondimento si rinvia a NOBILI, *Il credito per le imposte assolte all’estero: problemi applicativi e proposte di modifica*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali* (a cura di Uckmar-Garbarino) e CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., p. 201 e ss.

²⁷² UCKMAR, *Le convenzioni contro le doppie imposizioni con riguardo all’America Latina*, in *Dir. Pr. Trib.* n. 4/1996 evidenzia, in relazione alla utilità dei trattati contro le doppie

“abuso” ai fini di elusione e/o evasione internazionale.

In tali casi, attraverso l’abuso delle disposizioni convenzionali, si realizza la trasformazione di provvedimenti volti all’eliminazione della doppia imposizione in provvedimenti utilizzati per eliminare qualsiasi forma di imposizione, attraverso il meccanismo della cosiddetta “doppia esenzione”, il tutto con evidente svantaggio per l’erario degli stati convenzionati.

Così, accanto a fenomeni di violazione diretta delle disposizioni convenzionali, si possono scorgere fenomeni di violazione cosiddetta indiretta, poiché al rispetto formale della “lettera” si accompagna la violazione sostanziale dello “spirito” e della “finalità” del trattato.

Quest’ultimo fenomeno è noto con il nome di “*Treaty Shopping*”²⁷³ – ossia abuso di trattati - e, per la precisione, consiste nello sfruttamento di un regime vantaggioso contro la doppia imposizione esistente fra due paesi, mediante l’inserimento di una struttura economica in uno dei paesi stipulanti la convenzione, affinché essa divenga sponda per la fruizione delle agevolazioni previste dal trattato, che altrimenti non si sarebbero potuto godere.

Normalmente, quindi, l’operazione di *treaty shopping* è il risultato di un processo logico che parte dall’identificazione del risparmio d’imposta che si

imposizioni, la diversa prospettiva dello stato, che “spera che il trattato prevenga l’evasione fiscale.”, rispetto a quella del contribuente, che “spera che il trattato prevenga la doppia imposizione sul reddito”.

²⁷³ Analoghe definizioni del fenomeno del Treaty shopping si trovano in LOVISOLO, *Evasione ed elusione nei rapporti internazionali*, cit.; NOCERA, *Treaty shopping*, in *Il Fisco* n. 45/94; UCKMAR, *Le convenzioni contro le doppie imposizioni con riguardo all’America Latina*, cit.; WURM, *Treaty shopping in the 1992 OECD Model Convention*, in *Inter. tax.* n. 12/1992 e ROSENBLOOM, *Review: OECD report “Double Taxation Convention and use of conduit companies*, in *Intertax*, n 3/1988.

vuole realizzare²⁷⁴, prosegue attraverso lo sviluppo di una serie di ipotesi alternative di sfruttamento delle norme convenzionali e termina con la definizione della struttura ottimale dell’operazione, e cioè di quella struttura che permette di conseguire il maggior risparmio d’imposta con il minimo “rischio fiscale”²⁷⁵.

Sotto questo aspetto, anche se non esistono schemi predefiniti aventi una valenza generale, è possibile identificare delle strutture che nella pratica sono quelle più frequentemente utilizzate:

- a) *direct conduit companies*;
- b) *stepping stone conduit companies*;
- c) *holding structure*;

La tecnica delle *direct conduit companies* consiste nello sfruttamento del trattato stipulato tra due paesi da parte di una società residente in un paese terzo, che ha in essere una convenzione solo con uno dei due paesi che hanno dato vita al trattato. Essa si sostanzia nell’interposizione di un’entità societaria nello Stato individuato, denominata “*conduit vehicle*”, che fa da sponda nei trasferimenti dei redditi dal Paese in cui sono prodotti a quelli di residenza, realizzando così un risparmio d’imposta rispetto all’ipotesi di trasferimento diretto²⁷⁶.

²⁷⁴ Pur essendo difficile rinvenire le disposizioni convenzionali che più facilmente si prestano a questo tipo di utilizzazione elusiva da parte dell’operatore economico, il Treaty shopping tende normalmente ad avvalersi delle seguenti disposizioni convenzionali: regime di tassazione, di royalties, interessi, dividendi, capital gains, nozione di residenza, previsione di foreign tax credit fittizio, regimi di esenzione dello Stato in cui è sita la fonte produttiva del reddito, regime di tassazione delle S.O.

²⁷⁵ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 77.

²⁷⁶ Nuzzolo – La Commara; “L’elusione fiscale” op. cit.

Ad esempio ipotizziamo la stipula del trattato tra due paesi. La società residente in un terzo paese, avente una convenzione esclusivamente con il primo paese, troverà vantaggioso, sotto il profilo puramente fiscale, investire nel secondo paese tramite una società controllata localizzata nel primo. In tal modo la società residente nel terzo paese non solo potrà sfruttare le opportunità del trattato esistente tra il primo e il proprio paese, ma anche quelle previste dalla nuova convenzione tra il primo e il secondo paese, che senza questa costruzione le sarebbero stati preclusi.

La tecnica delle *stepping stone conduit companies* (struttura conduit a scacchiera) si caratterizza per la necessità di dover far transitare il reddito in più nazioni “sponda” legate tra loro da convenzioni bilaterali.

Si ipotizza che una società residente in un determinato Stato (primo paese) sia intenzionata ad effettuare un investimento in un altro stato (secondo paese) tra cui non è stato precedentemente sottoscritto un trattato contro le doppie imposizioni. Il primo paese dispone, però, di un simile trattato con un terzo paese, il quale tuttavia non ha stipulato nessun trattato con il paese (secondo) dove si vuole effettuare l’investimento. Esiste però una convenzione tra il terzo paese ed un quarto paese, dotato di un trattato con il secondo paese, sede prescelta dell’investimento.

Come si può arguire, attraverso la costituzione di due società ponte localizzate nel terzo e nel quarto paese, la società investitrice potrà conseguire un vantaggio fiscale sui flussi di reddito (dividendi, interessi, royalties) provenienti dal secondo paese, in cui si è localizzato l’investimento.

L’utilizzo della *stepping stone* presuppone il rispetto di taluni criteri²⁷⁷:

- 1) le società interposte devono risultare effettivamente residenti nei rispettivi paesi;
- 2) le “eventuali” discipline anti-abuso dei Paesi considerati non devono risultare applicabili;
- 3) il controllo dei cambi del Paese da cui promanano i redditi deve facilitare lo spostamento della ricchezza ivi generata nel paese dove opera la società intermediaria.

Il limite di tale architetture è nell’incremento dei costi extrafiscali connessi alla creazione delle conduit ed ai vari trasferimenti²⁷⁸.

L’ultima tecnica, quella della *holding-structure*, viene solitamente adottata con il fine di canalizzare i flussi di dividendi provenienti dai paesi nei quali si effettuano gli investimenti. L’inserimento di una *holding* tra la società investitrice e la partecipata permette, in un’ottica meramente fiscale, di ottimizzare il rendimento dell’investimento in termini di dividendi distribuiti o di altre categorie di reddito, per le quali il trattato prevede una disciplina favorevole²⁷⁹.

Così, un’impresa italiana, frapponendo tra sé e le sue consociate estere una *holding company* comunitaria, può raggiungere i seguenti obiettivi:

- eliminare la doppia imposizione internazionale

²⁷⁷ Evidenzia la crucialità del rispetto di tale criteri VALENTE, *Elusione fiscale internazionale: strumenti bilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di Treaty shopping*, in Dir. Pr. Trib., 1996.

²⁷⁸ Nuzzolo – La Commara; “L’elusione fiscale” op. cit.

²⁷⁹ Taluni trattati bilaterali contro le doppie imposizioni offrono la possibilità di ridurre il carico fiscale gravante sui dividendi a condizione che la partecipata soddisfi determinati requisiti (cosiddetta partecipazione qualificata). In genere il requisito è rappresentato da un livello minimo (o massimo) di partecipazione al capitale sociale (o dei diritti di voto) delle subsidiaries.

- beneficiare del differimento della tassazione, in capo alla *holding* italiana, sulle plusvalenze da cessione delle partecipazioni
- beneficiare delle ritenute “in uscita”, in particolare, sui flussi di dividendi provenienti dai Paesi di residenza delle consociate della *holding* verso la *holding* stessa²⁸⁰.

Rammentiamo, inoltre, che la *holding structure* può identificarsi con le strutture *conduit* descritte nei precedenti punti sub (1) e sub (2).

Comunque, quale che sia la precisa tecnica in concreto prescelta per attuare il *treaty shopping*, la sua messa in opera presuppone una conoscenza molto approfondita sia delle norme contenute nei trattati sia delle apposite contromisure adottate dai paesi firmatari delle convenzioni, proprio al fine di evitare poco piacevoli intrusioni di operatori economici del tutto estranei alle realtà economiche dei Paesi stessi.

4.3.1 Il contrasto del *treaty shopping*

Le misure adottate per contrastare il *treaty shopping*, quale particolare forma di elusione fiscale internazionale, possono essere distinte in unilaterali, bilaterali e indirette.

Nel primo caso, sono i singoli paesi che unilateralmente provvedono all’emanazione di disposizioni normative, volte a prevenire o reprimere l’impiego abusivo delle Convenzioni fiscali. Ovviamente questa soluzione non è percorribile in quegli ordinamenti in cui la norma convenzionale prevale sempre

²⁸⁰ Cfr. VALENTE, *Profili fiscali delle International Holding Companies*, in Dir. Pr. Trib., 1997.

e comunque sulle disposizioni interne²⁸¹.

La maggior parte dei paesi membri dell’OCSE, però, ritiene che alcune norme interne, quali la regola della “*substance over form*” o altre norme anti-abuso, non sono indirizzate ai trattati contro le doppie imposizioni e perciò non sono ostacolate da questi. Dunque, secondo la maggioranza dei paesi membri dell’OCSE, le regole interne possono essere applicate sullo stesso piano dei trattati, almeno finché non diano luogo a fenomeni di doppia imposizione.

In particolare modo, nella maggior parte degli ordinamenti, si ritiene che una norma interna possa modificare o abrogare una disposizione di origine convenzionale, a condizione però che tale norma sia “successiva” ed esprima in modo “inequivoco” (ancorché implicitamente) la volontà del legislatore di contravvenire agli obblighi scaturenti dal Trattato²⁸².

Nel secondo caso, invece, si parla di misure bilaterali perché sono le stesse convenzioni internazionali a contenere le disposizioni limitative del *treaty shopping*.

Un notevole contributo in merito ai limiti da apporre alla pratica del *treaty shopping*, perfezionata attraverso società *conduit*, viene dal Modello OCSE di convenzione bilaterale pubblicato nel 1992²⁸³, nel quale (commentario all’art. 1)

²⁸¹ Questa situazione si riscontra ad esempio in Francia e nei Paesi Bassi.

²⁸² Questa è anche la posizione della prevalente dottrina internazionalistica italiana come rileva PISANO, *Il rapporto tra norme interne, diritto convenzionale e diritto comunitario*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, cit., pag. 420. Si rileva inoltre che i problemi di cui ci stiamo preoccupando possono essere eliminati alla radice inserendo all’interno delle convenzioni previsioni che fanno espressamente salvi i provvedimenti che sono stati o saranno presi da uno stato contraente per impedire che venga preteso abusivamente lo sgravio di un’imposta riscossa alla fonte dall’altro stato contraente.

²⁸³ L’OCSE aveva comunque già affrontato il problema del Treaty shopping nel 1987 nel rapporto intitolato “International tax avoidance and evasion - Four related studies”, in cui aveva esaminato in dettaglio il problema delle cosiddette società conduit, e cioè delle

vengono suggeriti agli stati contraenti alcuni testi di disposizioni inseribili nelle loro convenzioni²⁸⁴:

Si tratta in particolare delle seguenti:

- *the look-through approach*
- *the exclusion approach*
- *the subject to tax approach*
- *the channel approach*

La clausola di “*look-through*”²⁸⁵ affronta il problema delle società *conduit* disconoscendo i benefici derivanti dal trattato nei confronti di quelle società, che non sono nè possedute, nè controllate, direttamente o indirettamente, da residenti del medesimo stato della società. Il principio di “*look-through*” identifica una società attraverso i suoi azionisti, così attribuendo loro gli affari, le attività e i redditi realizzati dalla società. In tal senso, diviene rilevante valutare non tanto il sito della residenza fiscale della società, quanto il domicilio dei soci. Può essere talora opportuno fare riferimento non tanto al socio (aspetto formale) quanto al “beneficiario effettivo” (aspetto sostanziale)²⁸⁶.

società costituite in uno stato allo scopo elusivo o principale di beneficiare dei vantaggi previsti dalle convenzioni stipulate da tale stato, i quali vantaggi non sarebbero altrimenti disponibili per il socio della società, evidentemente residente in un diverso stato.

²⁸⁴ Pur non rientrando esplicitamente fra le misure citate dall’OCSE, è da dirsi dell’ “abstinence approach”, secondo il quale autorità fiscali di uno stato si astengono dal concludere un trattato contro la doppia imposizione con quei paesi che sono riconosciuti come paradisi fiscali: l’Italia non ha infatti alcun trattato con paesi ritenuti paradisi fiscali ad eccezione di Cipro e Malta.

²⁸⁵ Il testo suggerito al par. 13 del Commentario all’art. 1 del modello OCSE del 1992 così recita: “A company which is resident of a Contracting State shall not be entitled to relief from taxation under this Convention with respect to any item of income, gains or profit unless it is neither owned or controlled directly or through one or more companies, wherever resident, by persons who are not residents of the first - mentioned State”.

²⁸⁶ Tale clausola si ritrova molto spesso nel network di Convenzioni concluse dall’Italia, al punto che il requisito dell’effettivo beneficiario è presente infatti (per quanto riguarda

Da ultimo, si rileva come una tale clausola sia particolarmente utile nelle convenzioni concluse con paesi a bassa fiscalità, che non risultino sede abituale di attività commerciali.

Tale tecnica viene considerata dai paesi membri dell’OCSE, il modo più diretto e chiaro per fronteggiare il problema delle società *conduit*, nonostante questo principio risulti essere molto generico nella sua formulazione, sì da indurre l’OCSE a suggerirne un uso combinato con metodologie di verifica basate sul “*bona fide commercial purpose*”.

La combinazione dell’approccio “*look-through*” con le clausole di “*bona fide*”, comunque, conduce a regole che sono complicate e onerose da gestire; cosicché differenti modalità di applicazione in situazioni simili non possono essere escluse a priori, sebbene l’intenzione degli stati contraenti sia solo quella di evitare la doppia tassazione e l’ingiustificato rifiuto dei benefici derivanti dalla applicazione del trattato. In merito, proprio al fine di prevenire un ingiusto rifiuto dei benefici convenzionali, è inoltre necessario che gli stati contraenti individuino dei criteri comuni in base ai quali stabilire quando una società possa considerarsi posseduta o controllata da un non residente.

Per il principio cosiddetto “*exclusion approach*” le disposizioni agevolative contenute nei trattati contro le doppie imposizioni non trovano applicazione nei confronti di quelle società, che per normativa interna, godono di regimi fiscali particolarmente favorevoli.²⁸⁷

dividendi e royalties) in 45 dei 58 trattati in vigore al 31 dicembre 1996.

²⁸⁷ L’OCSE (paragrafo 15 Commentario art. 1 OCSE/92) suggerisce di introdurre una clausola del tipo: “No provision of the Convention conferring a exemption from, or reduction of, tax shall apply to income received or paid by a company as defined under section of the Act, or under any similar provision enacted by after the

Stante la suddetta definizione, l’applicazione del principio dell’ “*exclusion approach*” risulta chiara e semplice, almeno finchè i tipi di società che saranno escluse sono precisamente definiti; in caso contrario, infatti, è dubbio se l’esclusione dai benefici del trattato operi o meno anche nei confronti di quelle società che presentano alcune caratteristiche in comune con quelle esplicitamente estese dai *treaty benefits*.

Secondo tale principio, alcuni tipi di società sono parzialmente o totalmente escluse dalla fruizione dei benefici fiscali convenzionali, indipendentemente dal fatto che la società sia posseduta o controllata da un soggetto residente in un terzo paese. Quindi, l’esclusione di alcune società dalla fruizione dei benefici convenzionali in applicazione di tale principio non costituisce in realtà un attacco diretto e frontale al fenomeno del *treaty shopping*, pur riuscendo ad evitarlo.

Il principio del “*subject to tax approach*” stabilisce che i due stati contraenti una convenzione ripartiscano fra di loro le rispettive pretese impositive di modo che il paese erogante un certo tipo di reddito conceda un’esenzione o una riduzione delle imprese solo se questo reddito è tassato nell’altro stato secondo le “ordinarie regole della sua legge fiscale”, al fine di evitare che il reddito in questione sia escluso dalla tassazione in entrambi i paesi²⁸⁸.

signature of the Convention”.

²⁸⁸ Il testo suggerito dall’OCSE (paragrafo 17, Commentario art. 1 OCSE/92) così recita: “Where income arising in the Contracting State is received by a company resident of the other Contracting State and one or more persons not resident in that other Contracting State

- a) have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of participation or otherwise, and
- b) exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company,

any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall

Il richiamo alle “ordinarie regole della sua legge fiscale”, pur sembrando a prima vista chiaro e appropriato, risulta fonte di seri dubbi. Infatti i privilegi fiscali compatibili con un minimo livello di prelievo fiscale garantiti a certi tipi di organizzazioni, potrebbero essere considerati come “ordinarie regole fiscali” del paese di residenza del soggetto percepente il reddito.

Da notare come l’ampiezza della clausola generale del “*subject to tax approach*” possa richiedere l’integrazione con clausole di “*bona fide*”, le quali sono però estremamente complesse. Parrebbe, dunque, essere più proficuo prevedere una clausola “*subject to tax*” di tipo specifico in relazione al tipo di reddito percepito dagli stati contraenti come suscettibile di un uso improprio alla luce del trattato.

La clausola “*channel approach*”²⁸⁹, secondo l’OCSE, può trovare applicazione quando l’abuso delle convenzioni si realizza mediante il ricorso a strutture

apply to income which is subject to tax in the last- mentioned State under the ordinary rules of its tax law”.

La prima parte di tale clausola richiama quella di “look-through”, con l’eccezione che il requisito del possesso è qui sostituito da quello dell’interesse sostanziale di un non residente nella società e in aggiunta è richiesto il requisito del governo o controllo della società. Al riguardo, l’OCSE suggerisce di inserire la definizione di “interesse sostanziale” nella Convenzione, facendo riferimento ad una determinata percentuale del capitale o dei diritti di voto della società.

²⁸⁹ Il testo suggerito dall’OCSE (paragrafo 17, Commentario art. 1 OCSE/92) così recita: “Where income arising in a Contracting State is received by a company which is resident of the other Contracting States and one or more persons who are not residents of that other Contracting State

- a) have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company in the form of a participation or otherwise, and
- b) exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company

any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall not apply if more than 50 per cent of such income is used to satisfy claims by such persons (including interest, royalties, development, advertising, initial and travel expenses, depreciation of any kind of business assets, including those of immaterial goods, processes etc.)”.

Questa clausola, simile nella parte iniziale a quella di “Subjet - tax approach” necessita di un ulteriore definizione dei termini “interesse sostanziale” e “controllo” di una società interposta.

cosiddette “*stepping stone*”, che permettono all’interposto di beneficiare congiuntamente sia delle agevolazioni convenzionali che delle possibilità di ridurre il proprio carico fiscale, utilizzando i redditi che hanno precedentemente goduto delle suddette agevolazioni per effettuare pagamenti di varia natura a favore di terzi estranei all’ambito di applicazione del trattato.

Le clausole di tipo “*channel approach*”, impediscono ai soggetti residenti di un Paese contraente di beneficiare della riduzione e/o esenzione d’imposta su un reddito proveniente da altro Stato contraente nel momento in cui questi, al fine di ridurre la propria base imponibile, utilizzano una quota superiore al 50% di tale reddito per effettuare pagamenti (dividendi, royalties, pubblicità, etc) a favore di soggetti non residenti in alcuno degli stati contraenti.

La gestione di tale clausola pare però estremamente difficile in concreto, poiché il reddito ricevuto dall’interposto potrebbe essere mischiato con la liquidità o i depositi bancari di questo, e sarebbe così impossibile dire se le richieste “*intercompany*” sono state soddisfatte con questo reddito o per mezzo di altri fondi. Inoltre, un’approccio così rigido potrebbe far sì che il “*treaty benefit*” sia disponibile un anno e rifiutato quello dopo, perchè in un anno si è superato il limite del 50 per cento mentre l’anno dopo il reddito ricevuto è stato usato per pagare i terzi creditori.

Anche in questo caso, vi è pertanto, da parte dell’OCSE la raccomandazione dell’abbinamento di tale clausola a metodologie di verifica basate sul “*bona fide commercial purpose*”²⁹⁰.

²⁹⁰ La verifica del “*bona fide commercial purpose*” passa attraverso un test in cui si verificano i 2 seguenti requisiti: a) la società interposta dev’essere non solo la formale ma anche l’effettiva beneficiaria dei redditi percepiti b) l’esistenza della società interposta deve trovare solide giustificazioni di ordine economico e commerciale.

La peculiarità di tutte le sopracitate clausole è quella di costituire delle misure anti-*treaty shopping* “generali”, in quanto prevedono l’esclusione dai benefici del trattato per alcune categorie di reddito e società aventi determinate caratteristiche.

Tuttavia, alcune di queste caratteristiche sono così genericamente definite che i Paesi membri dell’OCSE possono trovare necessario completare con specifiche clausole finalizzate alla protezione dei casi di “*bona fide*”.

Perciò il paragrafo 21 del Commentario all’art. 1 dell’OCSE/1992 suggerisce le seguenti clausole supplementari²⁹¹:

- *the general bona fide provision*
- *the activity provision*
- *the amount of tax provision*
- *the stock exchange provision*

²⁹¹ Tali clausole prevedono che:

a) General bona fide provision - “the foregoing provision shall not apply where the company establishes that the principal purpose of the company, the conduct of its business and the acquisition or maintenance by it of the shareholding or the other property from which the income is derived, are motivated by sound business reason and this do not have as primary purpose the obtaining of any benefit under this Convention”.

b) Activity provision “the foregoing provision shall not apply where the company is engaged in substantive business operations in the Contracting State which it is a resident and the relief from taxation claimed from the other Contracting State is which respect to income which is connected with such operations”.

c) Amount of tax provision - “the foregoing provision shall not apply where reduction of tax claimed is not greater than the tax actually imposed by Contracting State of which the company is resident”.

d) Stock exchange provision - “the foregoing provision shall not apply to a company which is a resident of a Contracting State of the principal class of its shares is registered as an approved stock exchange in a Contracting State or if such company is wholly owned - directly or through one or more companies each of which is resident of the first mentioned State - and the principal class of whose shares is so registered”.

e) Alternative relief provision “In cases where an antiabuse clause refers to non-residents of a Contracting states, it could be provided that such expression shall not be deemed to include residents of third State that have income tax convention in force with the Contracting State from which relief from taxation is claimed and such conventions provide relief from taxation not less than the relief from taxation claimed under this Convention”

- *the alternative relief provision.*

In termini più generali, possiamo rilevare come le misure *anti-treaty shopping* elaborate nel Commentario all’art. 1 del Modello OCSE si caratterizzano spesso per una mancanza di chiarezza, che può determinarne addirittura l’impraticabilità. Pertanto, il principio al quale le autorità fiscali dei singoli paesi dovrebbero adeguarsi può essere quello che ammette tutte le società ai benefici convenzionali, tranne quelle per le quali le convenzioni prevedono in modo esplicito l’esclusione.

Questo principio darebbe una grande importanza all’affermazione contenuta nel paragrafo 24 del Commentario all’art. 1 del Modello OCSE 1992, per la quale “*where the tax payer complies with such countreacting measures, it might furthermore be adequate to grant him the protection of the treaty network*”.

La rassegna delle misure attraverso cui combattere l’elusione fiscale internazionale perpetrabili attraverso il *treaty shopping*, viene completata riferendo di quelle adottate indirettamente.

Infatti il *treaty shopping* può essere validamente prevenuto (anche in via indiretta) effettuando pressioni di natura politica e/o economica sui Paesi che tradizionalmente favoriscono tale pratica, affinché questi adottino misure volte a contrastare il fenomeno in esame²⁹².

4.4. Transfer pricing

Particolare attenzione viene posta, dalle legislazioni fiscali di quasi tutti i paesi,

²⁹² Un valido esempio di lotta “indiretta” al fenomeno del Treaty- shopping è costituita dalle pressioni esercitate dagli USA sul governo svizzero, le quali portarono all’emanazione di una legislazione interna anti-treaty shopping nel 1962.

alla determinazione dei valori da attribuire alle transazioni intercorrenti tra due imprese localizzate in due differenti Stati, nel caso in cui esse siano tra loro legate da rapporti di partecipazione o di altra natura, sia diretti che indiretti.

La questione si pone in quanto il livello delle pattuizioni può, in tale ipotesi, essere graduato in modo tale da far fluire proventi o oneri dall’una all’altra gestione modificando sostanzialmente quello che sarebbe stato realizzato in condizione di inesistenza dei predetti legami. Si realizza, per tale via, la pratica elusiva²⁹³, assai diffusa a livello internazionale, denominata “*transfer pricing*”, il cui obiettivo si sostanzia nel trasferire gli utili, minimizzando l’incidenza del prelievo fiscale complessivo, da un’impresa collocata in un Paese ad alta tassazione verso un’altra consociata situata in uno Stato con una fiscalità agevolata²⁹⁴. Tale spostamento avviene ponendo in essere trasferimenti di beni e servizi a prezzi, per così dire, alterati.

²⁹³ Rileviamo che la tecnica in esame è generalmente considerata un fenomeno di natura elusiva in quanto le transazioni infragruppo sono effettive e le società altrettanto, lo scambio di beni, le prestazioni di servizi ed i relativi pagamenti sono reali, la contabilizzazione dei ricavi e dei costi non avviene in modo difforme rispetto a quanto è stato effettivamente pagato, ecc. Il fenomeno in esame può essere ricondotto nell’area dell’evasione solo nell’ipotesi di fittizietà di uno o più degli elementi considerati. Non tutta la dottrina è però conforme a questa interpretazione. cfr. LOVISOLO, *Elusione ed evasione fiscale nei rapporti internazionali*, cit., che qualifica la tecnica in oggetto come una tecnica di “evasione fiscale internazionale”.

²⁹⁴ Sui prezzi di trasferimento, in generale, CREMONA-MANARA-TARANTINO, *Transfer pricing*, in Pianificazione fiscale finanziaria, Milano, 1996; CAMOZZI, *Il transfer pricing*, in Riv. Dott. Comm., suppl. al n. 4/1992; MAISTO, *Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in Riv. Dir. Trib., n. 1/1995.

Sui prezzi di trasferimento nel diritto italiano e comparato, PILOTI, *Le politiche dei prezzi di trasferimento: organizzazione e controllo nei quasi mercati*, Milano, 1990; nonché le seguenti pubblicazioni dell’O.C.S.E., *Transfer pricing and multinational enterprises*, Parigi, 1979; *Transfer pricing and multinational enterprises: three related issues*, Parigi 1984; *Tax aspect transfer pricing within multinational enterprises: the U.S. proposed regulation*, Parigi, 1993; *Intercompany transfer pricing regulation under U.S. section 482: temporary and proposed regulation*, Parigi 1993; *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations, discussion draft and final guidelines*, Parigi 1994-1995-1996.

In altre parole, i termini di scambio che regolano tali operazioni risultano profondamente diversi rispetto ai valori normali che si sarebbero formati sul mercato. La differenza tra valore di trasferimento e valore normale rappresenta, appunto, la quota di utile fittiziamente trasferita.

La possibilità di ricorrere alla determinazione dei prezzi all’interno del gruppo quale comodo ed efficace strumento per spostare i profitti da una società all’altra trova sostanziale fondamento nella mancanza di un’effettiva alterità fra i contraenti nelle operazioni tra imprese legate da vincoli di gruppo²⁹⁵, per cui il corrispettivo può essere facilmente sganciato dal valore del bene ceduto o del servizio prestato ed essere calibrato, invece, in funzione di obiettivi di pianificazione fiscale o, comunque, di politica finanziaria, perseguiti dal gruppo come centro unitario di interessi.

La tecnica in esame può essere praticamente utilizzata non solo in presenza di operazioni tra unità operative giuridicamente distinte, ma anche in quelle che intervengono tra un’impresa ed una stabile organizzazione²⁹⁶ la quale, pur non avendo un’autonomia giuridica distinta dalla casa madre, gode di una riconosciuta autonomia fiscale nel paese in cui opera. Dunque, considerare fiscalmente autonoma la stabile organizzazione è una *fictio juris* che permette alla stessa di qualificarsi come “entità” idonea ad essere “parte” nelle operazioni

²⁹⁵ Sul concetto di gruppo nell’ambito dei rapporti tra società si veda, tra gli altri, LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova 1985 e CATTANEO, *Economia delle aziende di produzione*, Milano, 1978, pag. 221, per il quale “il gruppo è un agglomerato di imprese giuridicamente distinte, ma economicamente vincolate in maniera durevole mediante l’azione di un unico soggetto economico che ha il potere di determinare l’indirizzo di gestione e nel cui prevalente interesse l’attività di impresa è istituita e retta”.

²⁹⁶ Di questo avviso è LOVISOLO, “*Elusione ed evasione fiscale nei rapporti internazionali, cit., per il quale l’attuazione di una siffatta evasione fiscale internazionale presuppone che le unità operative possiedano una personalità giuridica distinta, o quanto meno possano essere considerate indipendenti sul piano fiscale*”.

di distrazione sull’utile dei paesi a fiscalità elevata attraverso la manipolazione dei prezzi di trasferimento²⁹⁷.

Lo schema procedimentale è usualmente uniforme e prevede che le imprese, situate in paesi a bassa pressione fiscale, aumentino il proprio reddito sottofatturando le spese e/o sovrappatturando i ricavi, quelle invece, situate in paesi ad elevata pressione fiscale procedono in modo diametralmente opposto. Qualora entrambe le società che devono concludere la transazione sono residenti in territori ad alta fiscalità si può ricorrere ad uno schema trilatero che prevede l’inserimento di una società intermediaria localizzata in un paradiso fiscale: in questa ipotesi, l’intermediaria acquista i beni a “prezzo di costo” dalla prima partecipata, rivendendoli successivamente all’altra ad un prezzo così elevato da annullare i margini di guadagno di questa. Il risultato fiscale di quest’operazione è di far confluire tutto il reddito in capo alla società “intermediaria” localizzata nel paradiso fiscale.

La struttura delle operazioni e la logica sottostante non variano quando, anziché agire sui prezzi delle merci, si opera artificialmente sull’entità dei corrispettivi per servizi di varia natura, come, ad esempio le *fees* per servizi di carattere amministrativo, tecnico o commerciale; molto spesso, inoltre, la tecnica del transfer pricing ha per oggetto anche i tassi d’interesse relativi ai prestiti effettuati all’interno del gruppo e le royalties conseguenti all’utilizzo su licenza di brevetti e/o di altri beni immateriali²⁹⁸.

Così i legislatori fiscali di molti paesi, temendo l’impiego del sistema dei prezzi

²⁹⁷ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 68.

²⁹⁸ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 70.

di trasferimento come strumento per attuare politiche di redistribuzione dell'imponibile fiscale fra i vari paesi in cui opera l'azienda, si sono preoccupati di limitare la discrezionalità degli operatori entro limiti il più possibile definiti.

4.4.1. Norme relative al “transfer pricing” nell’ordinamento italiano

In Italia, i “prezzi di trasferimento” per operazioni intercorse tra società residenti e società non residenti vengono disciplinati nel Nuovo TUIR all’art. 110 comma 7²⁹⁹ (già art. 76 comma 5).

La ratio di tale norma - come esplicitamente chiarito nella relazione illustrativa all’analogica previgente norma di cui al D.P.R. n. 597/73, nelle Circolari del Ministero dell’Economia e Finanze n. 32/9/2267, del 1980 e n. 42/12/1587, del 12 dicembre 1981, nonché nella relazione governativa al T.U.I.R. e nella R.M. n. 9/198, del 10 marzo 1992 - è quella di impedire il trasferimento di utili da un’impresa residente a società non residenti nel territorio dello Stato (*c.d. transfer pricing*), appartenenti ad un unico gruppo aziendale, mediante il recupero a tassazione, della differenza tra il valore normale delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi, rispetto ai prezzi praticati tra le consociate³⁰⁰.

²⁹⁹ L’art. 110, co. 7, così recita: “*i componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l’impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l’impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali “procedure amichevoli” previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l’impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti”.*

³⁰⁰ La norma, come da più parti rilevato, ha una specifica ratio di notevole valenza sotto il profilo politico economico: impedire l’elusione, ergo la sottrazione (altrimenti lecita) di materia imponibile mediante la sottofatturazione delle esportazioni e la sopraffatturazione

Va infatti sottolineato che, nell’ambito del *consociate pricing*, l’obiettivo del Fisco di ciascun Paese in cui opera un’unità del gruppo è quello di determinare il «reale» utile attribuibile a detta unità, introducendo un elemento oggettivo sulla base del quale misurare la congruità dei corrispettivi praticati nelle transazioni infragruppo.

Il legislatore nazionale, recependo il principio dell’*arm’s length*, raccomandato dal rapporto OCSE del 1979, ma anche dall’ONU e dall’OSA (Organizzazione degli Stati Americani), per determinare il reale utile attribuibile all’unità operante in Italia, ha imposto di rispettare il principio del *valore normale* espressamente disciplinato dall’articolo 9 del T.U.I.R..

Il concetto di valore normale, come legislativamente definito, recepisce infatti il principio del prezzo di libera concorrenza consigliato dall’OCSE per la determinazione del prezzo di trasferimento, ovvero il prezzo che sarebbe stato pattuito per transazioni simili da imprese indipendenti.

Questo metodo è ritenuto dalla nostra Amministrazione Finanziaria e dall’OCSE il più idoneo ad individuare quella parte del prezzo praticato che non trova la sua giustificazione in condizioni economiche e commerciali, bensì solo nella condizione di influenza di un soggetto su un altro³⁰¹.

La disposizione *de qua* impone la sussistenza di due requisiti, uno soggettivo e l’altro oggettivo.

delle importazioni, che – secondo l’*id quod plerumque accidit* – sono più facilmente e correntemente poste in essere tra imprese di diversa nazionalità riconducibili allo stesso soggetto economico

³⁰¹ La stessa O.C.S.E., nel proprio documento del 1995-1996 *Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, ha ribadito che il metodo del prezzo comparabile di libero mercato risulta essere il modo più corretto per stabilire se le condizioni convenute tra le imprese associate rispettino il principio di libera concorrenza.

➤ **Presupposto soggettivo.**

Il citato articolo 110, comma 7, del nuovo T.U.I.R., relativamente alle operazioni attive, prescrive:

- al contribuente, di valutare i relativi ricavi per vendite infragruppo, al c.d. *valore normale*, qualora ne derivi un aumento del reddito;
- all’Amministrazione finanziaria, laddove non abbia in tal senso provveduto il contribuente, di rettificare detti ricavi a siffatto *valore normale*.

Presupposto soggettivo per rettificare i ricavi al *valore normale* è che le cessioni dei beni in esame siano avvenute fra un’impresa italiana ed una società non residente nel territorio dello Stato, tra le quali esista un rapporto di controllo, diretto od indiretto.

Al riguardo va anzitutto chiarito che la nozione di *controllo* deve essere intesa in senso più ampio rispetto a quanto prevede l’articolo 2359, comma 1, del Codice Civile poiché - come esplicitato dalla Direzione Generale delle Imposte Dirette con la Circolare n. 32, del 1980³⁰², ribadito dal Ministero delle Finanze nelle istruzioni per la compilazione della dichiarazione dei redditi (Mod. 760/A dell’esercizio d’imposta 1991 e seguenti) ed, infine, precisato nella Settima Direttiva del 13 giugno 1983 del Consiglio delle Comunità Europee - per controllo deve intendersi ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale

³⁰² La nozione estensiva di *controllo* contenuta nella Circ. n.32/1980 è stata ribadita nella Circ. 12 dicembre 1981, n.42 di commento all’articolo 32 del D.P.R. 30 dicembre 1980, n.897 con il quale il termine *controllo* era stato sostituito con la locuzione *influenza dominante*.

desumibile dalle singole circostanze, e non la stretta sussistenza di uno dei criteri dettati dalla norma del Codice Civile³⁰³.

Più in dettaglio, sono suscettibili di rettifica i ricavi relativi a:

- operazioni economiche tra imprese italiane ed imprese non residenti *controllanti*;
- operazioni economiche tra imprese italiane ed imprese non residenti *controllate*;
- operazioni economiche tra imprese residenti ed imprese non residenti, tutte a loro volta riconducibili, direttamente od indirettamente, ad una comune direzione unitaria, c.d. *capogruppo* o *casa madre*.

Il Ministero delle Finanze, al fine di individuare le società alle quali deve applicarsi l’articolo 110, comma 7, T.U.I.R.³⁰⁴, a partire dall’esercizio d’imposta 1991, ha inserito nel Mod. 760, quadro A, un’apposita sezione contenente tre diverse caselle individuate con le lettere A, B e C, nelle quali il contribuente dichiarante, in caso di rapporti commerciali tenuti con società non residenti nel territorio dello Stato, deve specificare il legame con queste esistente. In particolare, questa sezione, come testualmente chiarito dallo stesso Ministero³⁰⁵, interessa i soggetti “(...)che

³⁰³ In dottrina, comunque, si è ormai consolidato l’orientamento secondo cui la nozione di controllo contenuta nell’articolo 76, comma 5 del Testo unico deve essere letta in senso estensivo.

³⁰⁴ Cfr. Flavio DEZZANI, *Il «Transfer Price» nel mirino della dichiarazione dei redditi*, «Il Fisco» n. 21 del 25 maggio 1992, pag. 5405.

³⁰⁵ Nelle istruzioni emanate per la compilazione del Mod. 760/91 e seguenti. Nel testo viene riportato quanto scritto nelle istruzioni per la compilazione del quadro RF del modello “Unico 2006 – SC”. (da presentare nell’anno 2006 da parte delle società ed enti commerciali residenti nel territorio dello Stato e dei soggetti non residenti equiparati)

direttamente o indirettamente controllano società non residenti, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società non residente. La nozione di controllo include ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale anche al di fuori dei casi contemplati dall’art. 2359 del cod. civ. Trattasi di ipotesi che concretano modalità di direzione unitaria delle attività, quali, ad esempio, la vendita esclusiva di prodotti fabbricati dall’altra impresa, l’impossibilità di funzionamento dell’impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell’altra impresa (fattispecie comprensiva della joint venture), il diritto di nomina della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione o direttivi della società, l’esistenza di membri comuni dei consigli di amministrazione, la dipendenza finanziaria, la partecipazione a centrali di approvvigionamento e vendita ovvero a cartelli e consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione di prezzi, ecc. I soggetti interessati devono barrare:

- **la casella A**, se trattasi di impresa direttamente o indirettamente controllata da società non residente;*
- **la casella B**, se trattasi di impresa che direttamente o indirettamente controlla società non residente;*
- **la casella C**, se trattasi di impresa che intrattiene rapporti con società non residente, entrambe direttamente o indirettamente controllate da un’altra società (...).”*

approvato con provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate in data 22 febbraio 2006.

➤ **Presupposto oggettivo.**

Il presupposto oggettivo per l’applicazione della norma *de qua* ricorre allorquando, nel caso di cessioni di beni o prestazioni di servizi a consociate estere, il relativo prezzo è inferiore al valore normale dei medesimi beni o servizi, determinato secondo le disposizioni all’uopo previste, senza che il contribuente abbia proceduto a variazioni in aumento in sede di dichiarazione dei redditi. Constatata una differenza negativa tra il corrispettivo realizzato dalle cessioni di beni e dalle prestazioni di servizio e il loro valore normale, occorrerà procedere alle conseguenti rettifiche fiscali nei confronti del soggetto verificato.

E’ opportuno precisare che tale disposizione si applica solamente se, rettificando il corrispettivo, ne deriva un aumento del reddito per l’impresa residente. Qualora, invece, la rettifica del corrispettivo comportasse una diminuzione dello stesso, l’art. 110 potrebbe trovare attuazione *“soltanto in esecuzione degli accordi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi”*.

Il legislatore, dunque, prescinde dallo scopo - fiscale o extrafiscale - del *transfer pricing*, presumendone in via assoluta la natura elusiva e subordinando l’applicazione del correttivo soltanto alla presenza di una divergenza tra il prezzo convenuto e il valore normale di un bene o di un servizio di una operazione transnazionale intragruppo.

Detto ciò, bisogna procedere alla determinazione del valore normale individuandone i criteri di determinazione.

In merito, l’articolo 9 del T.U.I.R., cui rimandano i commi 2 e 7, dell’articolo 110, al comma 3, stabilisce che *“per valore normale (...) si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d’uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore”*.

La norma segue cronologicamente, e non precede, le Circolari n. 32/9/2267, del 22 settembre 1980 e n. 42/12/1587, del 12 dicembre 1981, con cui l’Amministrazione Finanziaria ha fornito indicazioni per la determinazione del valore normale dei prezzi dei beni.

Le Circolari hanno sostanzialmente recepito il rapporto OCSE del 1979, nel quale si prende in esame il problema dei prezzi di trasferimento e si indicano le metodologie applicative da seguire per determinare il prezzo di libera concorrenza, corrispondente al principio dell’*arm’s length*³⁰⁶. Con le due

³⁰⁶ L’art. 9, 1° comma, del più recente modello OCSE di convenzione fiscale, datato 1992, testualmente così recita: “Allorchè:

- a) un’impresa di uno stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di una impresa dell’altro stato contraente, oppure
- b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di una impresa dell’altro stato contraente e di una impresa dell’altro stato contraente e, nell’uno e nell’altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali e finanziarie, sono vincolate da condizioni concordate o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra due imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da

Circolari sono stati individuati i metodi che devono essere utilizzati per rilevare l’eventuale eccedenza o deficienza del corrispettivo rispetto al valore normale, salvo, naturalmente, nel rispetto della gerarchia delle fonti, il dettato dell’articolo 9, del D.P.R. 597/73, allora in vigore, trasfuso, poi, sostanzialmente, nel vigente testo dell’articolo 9, del T.U.I.R..

L’art. 9 del TUIR, come sopra detto, parla di “*prezzo o corrispettivo mediamente praticato*”, per la cui determinazione l’Amministrazione Finanziaria indica, a loro volta suggeriti dall’OCSE, i seguenti metodi da applicare in ordine di preferenza, secondo l’effettiva possibilità di applicazione:

- **Metodo c.d. del confronto di prezzo** (*Comparable Uncontrolled Price*).

Tale metodo, è ritenuto preferibile dalla citata Circolare n. 32, del 1980, secondo la quale, tra l’altro:

- “la congruità della transazione viene accertata confrontando il prezzo in verifica con quello che verrebbe praticato per transazioni comparabili tra imprese indipendenti (confronto esterno), ovvero tra una delle imprese che effettuano la transazione ed un’impresa indipendente (confronto interno) ...”;
- “i beni oggetto delle due transazioni da comparare devono avere le medesime caratteristiche in quanto a qualità. Ciò riguarda l’identità fisica dei prodotti ma anche il loro aspetto esteriore qualora esso possa incidere sulla differenza di prezzo ...”;
- “oltre al mercato rilevante e alla qualità del prodotto dovrà aversi riguardo, ai fini dell’applicazione del metodo del confronto di prezzo,

una delle imprese ma che, a causa delle dette condizioni, non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza”.

ad altri elementi quali: trasporto, imballaggio, pubblicità, commercializzazione, garanzia, tassi di cambio (fatturazioni in valuta estera), condizioni generali di vendita, vendita accompagnata da diritti immateriali, tempo della vendita, vendite promozionali, sconti sulla quantità”;

- “in determinati casi le differenti caratteristiche delle due transazioni (quella in verifica e quella campione) sono suscettibili di quantificazione e, quindi, potrà ugualmente farsi ricorso al metodo del confronto di prezzo.

Ciò si verifica, ovviamente, in quelle fattispecie in cui l’elemento differenziale è facilmente quantificabile.

- **Metodo c.d. del prezzo di rivendita** (*Resale Price Method*).

Sempre secondo la citata Circolare n. 32/80 “quando la transazione oggetto di verifica impedisce, per le sue caratteristiche, il ricorso al confronto di prezzo, il mercato del prezzo di rivendita potrà costituire un valido sistema alternativo”. Tale criterio, prosegue l’anzidetta Circolare, “*potrà rivelarsi utile nei casi in cui l’acquirente/rivenditore provvede alla sola commercializzazione dei beni acquistati*”. Il suo utilizzo sarà da ritenersi, sconsigliabile quando, prima della rivendita i beni subiscono una trasformazione, oppure sono incorporati in un prodotto più complesso che alteri la loro identità impedendo la distinzione tra il valore dell’articolo finale e quello dei suoi componenti. Infatti, “*a differenza di quanto previsto per il confronto del prezzo, il criterio del prezzo di rivendita, non tiene direttamente conto della transazione oggetto di*

verifica ma considera inizialmente la cessione del bene effettuata dall’acquirente/rivenditore”. Il valore normale, quindi, verrà determinato partendo da quello di rivendita al successivo acquirente, detratto l’utile lordo.

- **Metodo c.d. del costo maggiorato (Cost - Plus).**

Nel caso di inapplicabilità dei precedenti metodi occorre ricorrere al metodo del c.d. *costo maggiorato o cost-plus*, applicabile alle ipotesi in cui il cedente dei beni oggetto delle transazioni in verifica, svolga la funzione di produttore degli stessi beni.

In base al metodo in argomento, a mente della citata Circolare, “... *il prezzo di trasferimento è determinato dal costo di produzione aumentato di un margine di utile lordo. Il margine di utile lordo è determinato moltiplicando il costo di produzione per una percentuale*”.

Al riguardo, deve essere precisato che:

- la percentuale, così come si desume dalla Circolare n. 32/80, è ricavata comparando il margine di utile della transazione in verifica con quello ricavato dalla stessa impresa in vendite a terzi di prodotti simili sullo stesso mercato e con funzioni identiche a quelle delle cessioni oggetto di valutazione³⁰⁷;
- le transazione da cui derivare la percentuale devono essere simili, in relazione al prodotto, alle funzioni esercitate dal produttore,

³⁰⁷ In conformità, peraltro, con quanto disposto dal paragrafo 2.32 del rapporto OCSE sul prezzo di trasferimento del 1995, che così si esprime: “*Il cost plus mark up del fornitore, nel corso di una transazione controllata, dovrebbe in teoria essere stabilito con riferimento al cost plus mark up che lo stesso fornitore ottiene nel corso di transazioni comparabili sul libero mercato*”.

generali e particolari, al mercato geografico, valendo gli stessi fattori indicati per il metodo del prezzo di rivendita;

- la base del costo di produzione, da ricaricare, al fine di ricostruire la transazione campione, può subire aggiustamenti, in ragione del fatto che la transazione in verifica, essendo effettuata tra soggetti dello stesso gruppo, può non comprendere costi che ricadono sull’acquirente. L’aggiustamento non deve essere effettuato allorché questi elementi del costo incidano sul margine di ricarico:
- nel determinare i costi di produzione dei beni relativamente al valore dei quali si procede a verifica, l’Amministrazione può basarsi sul sistema adottato dall’impresa, per effettuare delle modifiche a tale sistema, ovvero utilizzare un sistema completamente diverso. Il costo di produzione di questi beni rappresenta infatti un dato di contabilità analitica, difficilmente identificabile all’interno della contabilità generale.

Nell’assoluta impossibilità di applicare uno dei metodi suddetti, l’Amministrazione Finanziaria ha individuato altri criteri applicativi, definiti residuali, tra cui:

- il metodo del *profit sharing*, che fa riferimento alla ripartizione degli utili complessivi del gruppo tra le imprese che vi fanno parte, proporzionalmente ai costi che hanno sopportato per tali profitti;
- il metodo della comparazione dei profitti, che consiste nel confrontare, per imprese che operano nello stesso settore economico il saggio di

profitto lordo, calcolato come percentuale della cifra d'affari delle vendite e dei costi di esercizio;

- il metodo dei margini lordi del settore economico, ove vengono considerati i margini lordi di profitto calcolati per settore economico.

I metodi di cui sopra, si applicano anche ai beni immateriali, mentre per le prestazioni di servizio si fa riferimento ad altri fattori, quali la ripartizione dei costi tra le consociate, l'effettiva utilizzazione del servizio da parte delle imprese, i vantaggi di lungo periodo che derivano dall'utilizzazione del servizio.

È importante ancora sottolineare che l'OCSE, oltre al rapporto del 1979, ha emanato altri due rapporti, nel 1984 e nel 1995, nei quali, oltre a ribadire la validità dei metodi tradizionali di rilevazione dei prezzi di trasferimento (metodo CUP, RPM e COST-PLUS), in via innovativa ha introdotto, tra i metodi basati sul confronto del profitto, quello del *margin netto della transazione*, che consiste nel confrontare il margine netto ottenuto dalla società relativamente ad una transazione con una società collegata e il margine netto ottenuto su una transazione simile della società con una società terza (*Transactional net margin method* o, in breve, TNMM).

In ogni caso, secondo l'OCSE e l'Amministrazione Finanziaria, ciò che è fondamentale per determinare il prezzo di trasferimento di una transazione, al fine di poterlo comparare con quello della transazione in verifica, è il rispetto del «*principio del prezzo di libera concorrenza*», consistente nel prezzo che sarebbe stato pattuito per transazioni simili tra l'impresa verificata ed una società indipendente oppure tra imprese indipendenti.

Nella legislazione fiscale nazionale il principio di libera concorrenza era già stato espresso nel D.P.R. 597/73, e poi confermato nel D.P.R. 917/86, il cui articolo 9, comma 3, definisce e determina il «valore normale» di un bene e/o servizio³⁰⁸.

Per concludere l’argomento relativo al transfer pricing si ritiene opportuno analizzare ulteriori due concetti desumibile dall’art. 9 del tuir e precisamente lo **stadio di commercializzazione** e il **mercato di riferimento**.

Relativamente allo **stadio di commercializzazione** si deve precisare che la norma recepisce un dato economico con molti significati possibili, attribuendogli dignità giuridica. Si può osservare che lo stadio di commercializzazione può quanto meno essere riferito:

- *all’oggetto della transazione*; si possono distinguere prodotti finiti e prodotti non finiti, che cioè abbiano o meno una loro propria e autonoma funzionalità, a prescindere che siano suscettibili di essere ulteriormente assemblati;
 - *ai soggetti protagonisti della transazione*; si possono distinguere vendite a clienti finali e vendite a soggetti intermedi nella catena di distribuzione.
- A suffragio della distinzione, lo stesso diritto tributario, in materia di imposta sul valore aggiunto, distingue tra soggetti intermedi nella distribuzione, titolari di partita I.V.A., e clienti finali, non titolari di partita I.V.A..

In merito al **c.d. mercato di riferimento**, possiamo dire che si articola su:

³⁰⁸ Come illustrato nelle Circolari della Direzione Generale delle Imposte Dirette, sopra citate nel testo, il concetto di valore normale, così legislativamente definito, già recepisce il principio del prezzo di libera concorrenza, come calcolato sulla scorta dei criteri enunciati dall’OCSE, per la determinazione del prezzo di trasferimento del bene derivante da transazioni similari fra imprese indipendenti.

- **una condizione economica;** la transazione scelta per il confronto deve essere effettuata in condizioni di libera concorrenza, nel senso che l’operazione non deve essere stata conclusa in particolari regimi monopolistici o oligopolistici, ovvero, come indica la relazione illustrativa in commento all’articolo 14 del D.P.R. 633/72, non deve essere influenzata da eventuali rapporti di dipendenza commerciale o finanziaria esistenti tra le parti, tali da incidere sul prezzo dell’operazione. Venendo meno la condizione di libera concorrenza, la transazione scelta ai fini del controllo non sarebbe più un valido termine di paragone;
- **una dimensione temporale;** il tempo in cui è stata effettuata la transazione scelta per il confronto deve essere lo stesso di quello in cui è stata effettuata la transazione oggetto della verifica. Tra le molte possibilità, un valido criterio di riferimento è senza dubbio l’esercizio sociale, che assume anche rilevanza giuridica e fiscale. Sono quindi paragonabili le transazioni effettuate nello stesso periodo di imposta. In ogni caso, la norma ammette che possa farsi riferimento al tempo più prossimo;
- **una dimensione spaziale;** anche il luogo in cui è stata effettuata la transazione deve essere il medesimo di quello in cui è stata effettuata la transazione oggetto della verifica. Si deve precisare che il luogo non ha solo un significato geografico, ma soprattutto economico. Anche in questo caso la norma recepisce un dato esterno. Senza dubbio sono paragonabili quelle transazioni effettuate nella medesima area, anche giuridicamente circoscritta, soprattutto laddove la circoscrizione giuridica

abbia ragioni essenzialmente economiche, come nel caso classico degli Stati nazionali o in quello altamente significativo dell’Unione Europea, dove la definizione giuridica ha seguito l’identificazione di un *mercato unico*.

L’articolo 9, del T.U.I.R., come già precisato, per il caso in cui non sia possibile confrontare transazioni *nel medesimo luogo*, indica una preferenza per il luogo *più prossimo*, nel qual caso la prossimità spaziale e la comunanza di contenuti dei singoli mercati costituenti il più ampio mercato dell’Unione Europea, appare evidente.

La Circolare n. 32/80 del Ministero delle Finanze, nel trattare il mercato rilevante, per garantire il principio dell’identità delle transazioni comparabili, indica il mercato italiano quale mercato preferibile per il confronto, quando quest’ultimo presenti caratteristiche simili a quello estero di destinazione finale dei beni comparati. In tale quadro, il mercato italiano costituisce una *regione rilevante dell’unico mercato dell’Unione europea*. Conseguentemente, nel confronto da operare intra U.E., esso diviene da termine di paragone *preferibile*, termine di paragone *necessario*, in ogni caso, confrontabile, ex articolo 9, T.U.I.R., con i mercati più prossimi e, quindi, con quelli sede delle consociate

4.5. Paradisi fiscali

4.5.1. Sulla definizione di paradiso fiscale

“Home is where money is”, cioè la casa è dove si hanno i soldi; questa

citazione di Adam Starchild, alquanto significativa, può essere presa a base per cercare di dare una definizione di “paradiso fiscale”. L’espressione paradiso fiscale deriva dalla traduzione letteraria di “tax heaven”, anche se in realtà, coloro che per primi negli Stati Uniti si sono occupati dei paradisi fiscali in maniera sistematica parlavano di “tax haven”, cioè rifugio fiscale³⁰⁹, mentre è ad opera dei francesi l’introduzione del termine, ormai in uso, di “paradis fiscaux”.

La nascita dei paradisi si fa risalire al periodo storico in cui si ha la seconda guerra mondiale³¹⁰; periodo in cui lo spostamento dei capitali era dettato da esigenze politiche più che da esigenze economiche. I grandi capitalisti andavano alla ricerca di un luogo politicamente e finanziariamente stabile, con lo scopo di depositare in esso “capitali”, sia lecitamente guadagnati sia illecitamente conquistati³¹¹. Benché nati per garantire un solido rifugio per i capitali, si sono trasformati, adottando la politica della bassa fiscalità, in rifugi fiscali.

Nell’arido linguaggio del diritto tributario, la definizione di “paradisi fiscali” è senza dubbio la più suggestiva e, forse proprio per questo, di grande popolarità, anche se, rispetto ad altre, essa è pervasa di estrema vaghezza. Ciò è in parte dovuto alla relatività del concetto in esame.

³⁰⁹ BARTIMMO M., Guida al paradiso fiscale, in *Commercio Internazionale* n. 22/1992 p. 1341

³¹⁰ Anche se intorno al **1920-1930** incominciano ad apparire dei nuovi territori che si specializzano nella formulazione di legislazioni destinate a sottrarre i patrimoni alla imposte: Bahamas, Svizzera, Lussemburgo.

³¹¹ E’ proprio in tale periodo che la Svizzera inizia la sua politica di attrazione di Capitali, ancora oggi si parla del famoso e tragico “oro degli Ebrei”, che i Gerarchi Nazisti depositavano nelle sicure e protette Banche Svizzere, che garantivano, con rigido segreto bancario, l’anonimato dei titolari e la provenienza dei fondi.

Come del resto riconosce la stessa OCSE, che ritiene i “tentativi di fornire una precisa definizione di paradiso fiscale destinati all’insuccesso”³¹², qualsiasi paese può infatti essere considerato tale in relazione a particolari operazioni o situazioni.

Ai fini della presente trattazione, possiamo considerare “paradisi fiscali”³¹³ quei territori aventi non solo un regime impositivo nullo o tenue³¹⁴, ma anche un insieme di caratteristiche - quali un rigido segreto bancario, l’assenza di controlli monetari, una elevata rilevanza del sistema bancario e delle comunicazioni, favorevoli disposizioni verso i capitali stranieri - tali da renderli luoghi prediletti di destinazione o di transito delle manovre di elusione ed evasione di carattere internazionale³¹⁵.

³¹² Si veda OCSE, *International tax avoidance and evasion: four related studies*, Paris, 1987, pag. 21, dove si legge: “Attempts to provide a single definition of a “tax haven” are bound to be unsuccessful. It’s, therefore, widely recognized that there is no single, clear, objective test which permits the identification of a country as a tax haven. It can be argued that the “tax haven” concept is such a relative one that it could serve no useful purpose to make further attempts to define it. Clearly, any country might be a tax haven to a certain extent, and there are many instances where otherwise relatively light tax countries provide opportunities or devise policies to attract, by means of incentives, economic activities of certain types or in certain locations”.

³¹³ Si fa in sostanza riferimento ai cosiddetti “paradisi fiscali classici”, identificati dal Comitato fiscale dell’OCSE nel seguente modo: “The classical tax havens may be regarded as a jurisdiction actively making itself available as a tax haven for avoidance of tax which would otherwise be paid in relatively high tax countries. Usually, the aim of the legislation of a tax haven is to attract income from activities which are to be carried on outside the territory of the tax haven”.

³¹⁴ Uno dei principali approcci per definire un paradiso fiscale si basa infatti sulla comparazione delle imposte interne con quelle esterne. Tale confronto può essere fatto sul tasso di imposizione nominale, oppure effettivo. Il primo approccio è semplice ma poco sofisticato, mentre il secondo risulta di difficile determinazione; si ricorre così solitamente ad un terzo approccio, mettendo a raffronto le imposte estere effettivamente pagate da una controllata estera e le imposte interne che la stessa avrebbe pagato se fosse stata residente nel paese ove risiedono i soci di maggioranza.

³¹⁵ Sull’argomento in generale cfr. DIAMOND W. - DIAMOND D., *Tax havens of the world*, New York, 1981; HUISKAMP, *Recourse to tax havens, use and abuse*, Rotterdam, 1981; GUSBERG, *Tax havens*, New York, 1991.

Stando a tale definizione è evidente che il termine “paradiso” non abbia un campo di azione limitato alla sola problematica fiscale, bensì, l’analisi delle diverse caratteristiche che rendono uno stato o un territorio “paradiso”, nonché, il loro uso, portano ad ampliare la loro definizione anche al termine “bancario”.

Infatti, come già detto, accanto alla bassa fiscalità, tali luoghi sono caratterizzati da un rigido segreto bancario, che consente usi e attitudini che non riguardano la sola materia fiscale ma anche la materia valutaria (si pensi al fenomeno del riciclaggio di “denaro sporco”).

Rorger Brunet, direttore di ricerca presso il Consiglio Nazionale della ricerca scientifica Francese, ha posto in evidenza come, anziché distinguere i paradisi in “bancari” e “fiscali”, sia più opportuno denominarli, per una descrizione generale, con il termine di “paradisi finanziari”³¹⁶.

Di conseguenza, nell’ambito dei paradisi finanziari, si parlerà di “paradisi fiscali”, per indicare quei luoghi dove assume rilevanza “l’agevolazione fiscale”, mentre si parlerà di “paradisi bancari”, per indicare quei luoghi in cui, maggiormente, l’aspetto garantistico è correlato con l’attività bancaria e con il relativo segreto bancario.³¹⁷

Emerge, quindi, che la nozione di “paradiso”, è comunque e sempre di natura relativa e comparativa, infatti per individuare un paradiso fiscale dobbiamo confrontare i livelli di tassazione interna con quelli offerti dal luogo in esame, lo stesso vale per la individuazione dei paradisi bancari, cambiando i termini di paragone che saranno legati alla diversa normativa in materia valutaria.

³¹⁶ Cfr. PETRACCA, *La nuova frontiera dei servizi di informazione e sicurezza*, in Riv. G. di Fin., 1999 pag 229

³¹⁷ BARTOLONI - SBARRA, *Paradisi fiscali e bancari*, in Riv. G. di Fin., 1996 pag. 855

Nel caso dell’Italia, paese con un livello di tassazione molto elevato, se dovessimo individuare i paradisi in funzione del livello di fiscalità, sarebbero paradisi fiscali non solo moltissimi paesi del mondo, ma addirittura di quasi tutta Europa. Per tale motivo il nostro legislatore ha individuato, come peraltro hanno fatto gran parte dei paesi a fiscalità elevata, gli stati e i territori con regime fiscale privilegiato, con un apposito intervento legislativo (di cui si dirà più avanti).

Si ritiene, pertanto, che l’esistenza del paradiso fiscale o bancario è da collegare con l’esistenza di stati che presentano un’alta fiscalità o che non garantiscono un riserbo in materia valutaria, del resto una analisi geo-politica dei paradisi mostra come dietro uno stato a bassa fiscalità vi sia sempre una potenza protettrice, che guarda caso è un paese “high-tax”.

Gli esempi in merito sono innumerevoli, si pensi a Montecarlo e ci verrà in mente la Francia, o alle isole Channel che richiamano l’Inghilterra, o ancora ad Andorra politicamente vicina alla Spagna,.....ecc.³¹⁸

Tralasciando considerazioni di natura culturale o geografica, i paradisi fiscali, in relazione ai benefici tributari offerti, che derivano dalla legislazione interna e/o dai trattati in essere con le altre nazioni, possono a fini meramente classificatori suddividersi nelle seguenti categorie

- **Pure tax havens:** si tratta di Paesi, a fiscalità “zero”, in cui appunto non esistono imposte sul reddito, sulla ricchezza, su successioni o donazioni, per cui è possibile costituire società o trust con grande facilità. Il segreto bancario, poi, è rigidamente garantito. Le autorità percepiscono entrate

³¹⁸ Bartimmo M., op. cit., p 1344

dagli organismi giuridici qui collocati, si tratta, però, di spese fisse indipendenti dalla produzione del reddito. Di solito i pure tax havens sono luoghi di villeggiatura (ad es. Bahamas, o le Bermuda) privi di altre risorse economiche.

- **No tax foreign income havens:** sono paesi che tassano solo il reddito prodotto localmente sia da persone fisiche che giuridiche, e non applicano imposte sui redditi di fonte estera (ad es. Hong Kong e Panama).
- **Low tax havens:** è relativo ai Paesi che impongono un modesto onere fiscale sul reddito ovunque prodotto (ad es. le British Virgin Islands).
- **Special tax havens:** riguarda Paesi a normale livello impositivo caratterizzati dal fatto che permettono al loro interno la costituzione di organismi particolarmente flessibili (ad es. il Liechtenstein).

E’ quindi del tutto evidente che non tutti i paradisi fiscali sono equivalenti ai fini dell’insediamento di una determinata struttura societaria: ad ogni tipologia di società corrisponderà quindi il suo particolare “paradiso”, da scegliere non solo in ragione delle caratteristiche del sistema fiscale, ma soprattutto avendo riguardo all’esistenza o meno di una rete di convenzioni contro le doppie imposizioni³¹⁹.

Quello che invece resta comune alla stragrande maggioranza delle operazioni poste in essere con paesi a “bassa fiscalità” è la loro finalità elusiva, in grado di produrre veri e propri salti di imposta.

Si giustifica pertanto la repentina crescita della schiera di paesi dotati di

³¹⁹ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 392.

specifiche misure normative volte, se non a bloccare definitivamente, per lo meno ad arginare il fenomeno.

4.5.2 Caratteristiche determinanti dei Paradisi Finanziari

Per individuare uno stato o un territorio, definibile paradiso finanziario, si devono riscontrare le seguenti caratteristiche fondamentali:³²⁰

- il segreto bancario è rigidamente tutelato e salvaguardato;
- gli istituti di credito garantiscono alla clientela il più assoluto anonimato;
- gli accertamenti bancari o patrimoniali sono inibiti o resi di difficile attuazione;
- la bassa o inesistente tassazione sui redditi delle persone fisiche, giuridiche, nonché sui redditi di capitale rende profittevoli gli investimenti di vario tipo;

Queste caratteristiche benché siano sempre presenti non sono le sole ad orientare l’investitore internazionale, infatti, seguendo la bussola dell’investitore, che si esprime in segretezza, sicurezza, profitto, comodità, ci rendiamo conto che oltre alle caratteristiche di cui sopra, ci devono essere altri ingredienti che spingono l’investitore verso i paradisi finanziari.

A tale riguardo è possibile individuare altre caratteristiche, che potrebbero essere definite complementari alle precedenti, in quanto le caratteristiche fondamentali rispettano solo due degli elementi che compongono la bussola dell’investitore, ovvero la “segretezza e il profitto”.

Potremmo dire che la “sicurezza e la comodità” vengono a trovare risposta in

³²⁰ Bartoloni B., Sbarra G., op. cit., p.858

importanti aspetti economici e politico-sociali.

In ordine all’aspetto economico, i paradisi sono spesso albergati in nazioni, che per le modeste dimensioni offrono:

- costi vantaggiosi per la costituzione di società, uffici, e relativa gestione di affari;
- flessibilità delle strutture societarie idonea alla comodità dell’investimento realizzato;
- libertà valutaria;
- facile accessibilità e collegamenti internazionali, alto livello tecnologico e delle telecomunicazioni;
- servizi professionali qualificati (la presenza di avvocati, commercialisti e banche di rilievo mondiale è importantissima);
- possibilità di attività locali vantaggiose, per la presenza di finanziamenti agevolati, di bassi costi della manodopera, ecc.

In ordine agli aspetti politico-sociali si rileva che molti paradisi sono spesso costituiti in ex colonie dotate di piena autonomia politica e amministrativa, in tale ambito di considerazioni assume importanza:

- la stabilità politica e sociale;
- la lingua e la tradizione, spesso l’investitore si avvicina a luoghi di lingua anglosassone;

Tutte queste considerazioni mettono in luce che la individuazione dei paradisi finanziari non si può fermare alla sola considerazione del segreto bancario e della bassa fiscalità, ma deve essere realizzata con una analisi critica, molto vasta e completa, riferita alle motivazioni che spingono l’investitore allo

spostamento dei capitali, dei redditi o dalla residenza da un luogo ad un altro.³²¹

4.5.3 I paradisi fiscali nella legislazione internazionale

I paesi ad alta tassazione hanno predisposto normative per immunizzare i loro sistemi fiscali sia dall’elusione che dall’evasione, proveniente dai rapporti tributari internazionali, in particolare dall’uso dei “paradisi fiscali”.

Tali normative hanno lo scopo di disincentivare l’uso dei paradisi fiscali mediante sistemi che rendono vano il risultato delle operazioni internazionali finalizzate al solo scopo di realizzare il risparmio di imposta.

Nell’ambito del diritto tributario internazionale le normative adottate sono realizzate con criteri diversi, anche se mirano allo stesso risultato finale.

Alcuni stati hanno adottato la “Controlled Foreign Company Legislation”³²², altri il “disconoscimento dei costi provenienti da entità costituite nei paradisi fiscali”; inoltre sono state elaborate, come detto nei precedenti paragrafi, norme contro il “treaty shopping” e il “transfer pricing”.

Purtuttavia, il punto cardine che caratterizza tutte le normative è la individuazione dei paesi che con fiscalità privilegiata. In merito la via seguita è quella del confronto, riferito allo stesso tipo di imposta, tra i livelli di tassazione interna e quelli di tassazione esterna ottenibili in uno stato estero.

³²¹ Bartimmo M., op. cit., p.1342

³²² Tale termine indica nel diritto tributario internazionale, quelle legislazioni che hanno come obiettivo primario di rendere imponibile nel paese di residenza del contribuente una quota del reddito prodotto dalla struttura localizzata nel paese a fiscalità agevolata mediante l’imputazione al soggetto residente dei redditi afferenti l’attività svolta nel paese a fiscalità agevolata.

La maggior parte degli stati ha elaborato delle liste, dette “black list”³²³ se contengono Stati e territori aventi un regime fiscale privilegiato o “white list”³²⁴ se contengono stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni.

Le liste elaborate presentano notevole difformità, la cui ragione risiede, in genere, in motivazioni di ordine politico, economico e di rapporti diplomatici.³²⁵

Una indagine comparata sul tema ha mostrato come i vari paesi nella individuazione dei paradisi hanno assunto criteri simili ma disomogenei e quindi siano pervenuti alla creazione di liste diverse, infatti, per fare un esempio, la Repubblica Dominicana è paradiso fiscale nella lista italiana, mentre non lo è in quella belga.

La creazione delle liste, oltre a tenere conto delle relazioni diplomatiche, considera ed usa le aliquote d’imposta, al di sotto delle quali, il paese estero è considerato a fiscalità privilegiata, per fare un esempio:

- Il Giappone prevede un parametro fiscale caratterizzato da una aliquota inferiore al 50 % di quella interna.
- La Germania prevede un parametro fiscale caratterizzato da una aliquota inferiore al 30 % di quella interna.
- La Francia prevede un parametro fiscale caratterizzato da una aliquota inferiore ai 2/3 di quella interna.
- Il Regno Unito prevede un parametro fiscale caratterizzato da una

³²³ In Italia, il Decreto del Ministero dell’ Economia e delle Finanze del 21/11/2001, così come modificato dal D.M. 27/12/2002 fornisce un dettagliato elenco, detto “black list” dei Paesi considerati paradisi fiscali, cioè con un regime fiscale ‘privilegiato’.

³²⁴ Con Decreto del Ministero delle Finanze del 4 settembre 1996 vengono individuati gli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni la c.d. white list

³²⁵ Piergiorgio Valente, *Paradisi fiscali a confronto black lists ed esperienze straniere*, in il Fisco 39/97 p.11429

aliquota inferiore al 75 % di quella interna.

- L’Italia prevede un parametro fiscale caratterizzato da un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quella interna³²⁶.

Questa elencazione, anche se non completa, mostra come i diversi livelli di tassazione interna portino alla differenziazione delle liste sia in termini qualitativi che in termini quantitativi.

4.5.4 I Paradisi fiscali nella legislazione italiana

Con l’art. 11, comma 12 della legge 30 dicembre 1991 n. 413, sono stati aggiunti all’art. 76 del TUIR due nuovi commi, il 7-bis e il 7-ter, predisponendo una normativa anti-elusione avente per oggetto operazioni che interessano l’uso dei paesi a fiscalità privilegiata.

Per effetto dell’art. 1 del decreto legislativo nr. 344 del 12/12/2003, recante modifiche al testo unico delle imposte sui redditi, la disposizione è stata numerata in art. 110 commi 10 e 11.

L’articolo 110 comma 10 recita: *“non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti ed imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all’Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati. Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a*

³²⁶ Fino al 14/05/1998 l’art. 76 comma 7-bis prevedeva che il livello di tassazione dovesse essere inferiore al 50 % di quella interna.

quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti”

In pratica, la norma in questione, sancisce specificamente l’indeducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni concluse tra imprese residenti e società domiciliate in paradisi fiscali extra-UE, purché tali soggetti siano legati tra di loro da particolari vincoli di controllo; tale norma, inoltre, fornisce la definizione di “paese a regime fiscale privilegiato”, rinviando ad una apposita *black list* ministeriale la puntuale identificazione dei paesi che possono e debbono qualificarsi come tali.

Il verificarsi delle condizioni previste dal comma 10 fa scattare una presunzione di elusività dell’operazione transnazionale, presunzione che tuttavia è suscettibile di essere vinta in presenza delle situazioni esimenti stabilite dal comma 11, e cioè quando si è in grado di dimostrare che le società estere svolgono in prevalenza una attività commerciale effettiva, ovvero che le operazioni, concretamente eseguite, hanno effettivo contenuto economico³²⁷.

Tali prove non debbono invece essere fornite qualora il contribuente, dopo aver richiesto all’Amministrazione finanziaria un parere preventivo sull’operazione da compiere, abbia poi realizzato l’operazione stessa secondo le indicazioni ed

³²⁷ Il comma 11 statuisce espressamente che *“le disposizioni di cui al comma 10 non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che le imprese estere svolgono prevalentemente un’attività commerciale effettiva, ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione. L’Amministrazione, prima di procedere all’emissione dell’avviso di accertamento d’imposta o di maggiore imposta, deve notificare all’interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette. Ove l’Amministrazione non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell’avviso di accertamento. La deduzione delle spese e degli altri componenti negativi di cui al comma 10 è comunque subordinata alla separata indicazione nella dichiarazione dei redditi dei relativi ammontari dedotti”*

ottemperando alle prescrizioni in esso contenute³²⁸.

La disciplina sui paradisi fiscali presenta, dunque, dei profili di assoluta novità, in quanto introduce una reale discriminazione, in ragione del sistema fiscale dove è localizzata la controparte estera.

La logica sottesa è diametralmente opposta a quella che contraddistingue la stipulazione dei trattati contro le doppie imposizioni: infatti, mentre questi ultimi mirano essenzialmente ad individuare dei meccanismi di compensazione che consentano in qualche modo di smussare le differenze tra i sistemi fiscali interessati, nella normativa anti-paradisi fiscali “prevalgono le ragioni della separazione e dell’arroccamento, con un appena velato intento punitivo nei confronti dei paesi a regime fiscale privilegiato”³²⁹.

In perfetta sintonia con le disposizioni in materia esistenti nella maggior parte degli ordinamenti stranieri, la corrispondente normativa italiana tende puntualmente ad ostacolare tutte quelle strutture estere, manifestamente elusive e localizzate nei tax havens, che sono predeterminatamente create e concretamente utilizzate dalle imprese italiane al solo fine di ottenere una surrettizia imputazione dei costi ed un artificioso trasferimento di utili in esenzione di imposta, attraverso le formule della fatturazione o rifatturazione, del pagamento di interessi, *royalties*, *copyrighys*, *management fees*, etc.³³⁰.

Infine il comma 12 dell’articolo 110 del nuovo TUIR dispone l’inapplicabilità dei

³²⁸ Si tratta di uno dei casi ai quali si applica il diritto di interpello, e, sotto questo profilo, si rinvia al paragrafo di questo lavoro ad esso attinente.

³²⁹ Così si esprime DI TANNO, *La indeducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con i residenti in paradisi fiscali individuati nel D.M. 24 aprile 1992*, in Boll. Trib., 1992.

³³⁰ Cfr. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 399.

commi 10 e 11 per le operazioni intercorse con i soggetti non residenti nei confronti dei quali è applicabili l’art. 167 o 168, che dettano disposizioni in materia di imprese estere partecipate. In poche parole nei confronti di quei soggetti cui è applicabile la c.d. disciplina *Controlled Foreign Companies* (CFC) di cui diremo al successivo paragrafo.

5. La *Controlled Foreign Companies* (CFC) Legislation nell’ordinamento giuridico italiano

Per dare maggiore completezza, prima di concludere, al presente lavoro pare opportuno, anzi necessario delineare la c.d. disciplina *Controlled Foreign Companies*, peraltro già citata in precedenza, introdotta nel nostro ordinamento giuridico abbastanza recentemente.

Infatti, con l’art. 1 della L. n. 342/2000³³¹, il nostro legislatore si è allineato con la legislazione di molti altri Paesi introducendo una propria disciplina in merito alle *Controlled Foreign Companies* (di seguito denominate CFC), rispondendo peraltro sollecitamente alle raccomandazioni contenute in un recente documento dell’OCSE che richiedeva a tutti gli Stati che ne fossero ancora sprovvisti di dotarsi di una siffatta disciplina al fine di contrastare qualsiasi modalità di concorrenza fiscale dannosa³³².

Il fenomeno che le CFC *rules* vogliono contrastare, è che la delocalizzazione di aziende nazionali, che può rispondere ad evidenti esigenze tecniche o

³³¹ La legge in questione ha introdotto al DPR 917/1986 l’art. 127-bis recante “disposizioni in materia di imprese estere partecipate”.

³³² Cfr. in tal senso il documento *Harmful tax competition: An emergine Global Issue*, OCSE, 1999.

logistiche³³³, non venga utilizzata al solo scopo di ottenere significativi risparmi d'imposta mediante la localizzazione, in società appositamente costituite in Stati o territori a fiscalità privilegiate di singoli beni altamente indipendenti da uno specifico ambito territoriale.

Si pensi, ad esempio, ad una società italiana che conferisca marchi o brevetti ad una controllata sita in un paradiso fiscale; lo sfruttamento di detti *intangibles* risulterà pertanto sostanzialmente sottratto a qualsiasi tassazione, a differenza di quanto sarebbe avvenuto se detti beni fossero rimasti imputati alla controllante italiana, con in più la possibilità di differire *sine die* l'imposizione di detti proventi nel nostro Paese, semplicemente evitando la distribuzione degli utili realizzati in capo alla CFC³³⁴.

Detto esempio, seppure elementare, permette di comprendere l'indubbio interesse che una siffatta delocalizzazione potrebbe pertanto assumere all'interno di una politica di *tax planning* di gruppo e, conseguentemente, l'esigenza per i Paesi industrializzati, evidentemente interessati ad evitare qualsivoglia erosione di materia imponibile, di dotarsi di strumenti normativi atti ad evitare il fenomeno.

A tale esigenza rispondono pertanto le disposizioni sulle CFC, tese - in linea generale - ad imputare per trasparenza i redditi delle controllate estere residenti in Paesi a fiscalità privilegiata direttamente in capo alla controllante (a prescindere pertanto dall'effettiva percezione degli stessi) e ciò principalmente

³³³ Come avviene nel caso in cui una società si avvalga di una controllata in un Paese estero ove avviene l'approvvigionamento di materie prime da poter pertanto lavorare in loco ovvero per servire mercati distanti dai confini nazionali.

³³⁴ Si veda in tal senso D. STEVANATO, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, in "Il Sole-24 Ore", 2003, pag. 252.

al fine di contrastare la delocalizzazione in paradisi fiscali di attività prive di qualsiasi radicamento con detti territori che - pertanto - devono presuntivamente essere ricondotte alla società residente.

Al fine di contrastare il fenomeno in questione il legislatore ha introdotto, con l’art. 1 della legge 342/2000, l’art. 127-bis, in vigore dal 10/12/2000, recante “disposizioni in materia di imprese estere partecipate”. Successivamente, con Decreto Legislativo 344 del 12/12/2003, la disciplina delle CFC rules è stata inserita nel NTU agli articoli 167, recante “disposizioni in materia di imprese estere controllate”, e 168, recante “disposizioni in materia di imprese estere collegate”.

- ***La disciplina relativa alle imprese estere controllate***

Ai sensi del novellato art. 167 del Tuir (il cui contenuto ripropone pedissequamente quello del previgente art. 127-bis), la normativa sulle CFC trova applicazione nei riguardi dei soggetti residenti in Italia³³⁵ che detengono il controllo di un soggetto residente o localizzato in uno degli Stati o territori individuati nella *black list* approvata con il D.M. 21 novembre 2001³³⁶, dovendo

³³⁵ L’ambito soggettivo di applicazione risulta peraltro particolarmente esteso, estendendosi nei confronti di: persone fisiche; soggetti di cui all’art. 5 del Tuir (società di persone e soggetti equiparati); soggetti di cui all’art. 73, comma 1, lettere a), b) e c), del medesimo Tuir (ovvero S.p.a., S.a.p.a., S.r.l., società cooperative e di mutua assicurazione, nonché enti pubblici e rivati diversi dalle società che hanno ovvero che non hanno per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciali).

³³⁶ D.M. 429/2001 dal titolo :”*Regolamento recante disposizioni in materia di tassazione dei redditi di imprese estere partecipate in attuazione dell’articolo 127-bis, comma 8, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni*”. All’art. 1, comma 2, precisa che si considerano residenti o localizzati in Stati o territori con regime fiscale privilegiato tutti i soggetti (imprese, società o altri enti) ammessi a fruire dei predetti regimi privilegiati (a prescindere, dunque, dalla natura o dalla forma del collegamento territoriale soggetto-paradiso fiscale dal quale consegue tale situazione di godimento).

a tal fine fare riferimento al concetto di controllo, diretto o indiretto (anche tramite società fiduciarie o per interposta persona), di cui all'art. 2359 del codice civile.

La disciplina è stata espressamente estesa alle "partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati", di modo che anche il reddito della stabile organizzazione, situata in un paradiso fiscale, di una società residente in un Paese a fiscalità "non privilegiata" risulterà imputabile al soggetto italiano che controlla la società con la stabile organizzazione nel paradiso fiscale.

La presenza di una sola delle condizioni di applicabilità della CFC legislation fa sì che il reddito prodotto dalla partecipata estera venga imputato in capo al soggetto italiano, assoggettandolo a tassazione separata³³⁷, prescindendo dalla effettiva percezione ed in proporzione alla quota di partecipazione, diretta o indiretta, agli utili. In merito il legislatore ha imposto, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del D.M. n. 429/2001 l'obbligo di determinare il reddito della partecipata in base alle disposizioni previste dal nostro ordinamento in materia di reddito d'impresa.

³³⁷ Il reddito delle partecipate estere non confluisce pertanto nel reddito complessivo del soggetto residente, costituendo al contrario una base imponibile autonoma soggetta a tassazione separata; in considerazione di tale circostanza, detto reddito non può essere posto in compensazione con eventuali perdite conseguite dal soggetto residente, e viceversa. L'aliquota di imposta che deve essere applicata corrisponde alla maggiore tra quella media di tassazione del reddito complessivo netto del soggetto italiano e quella del 27%. In ogni caso, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del D.M. n. 429/2001, dall'imposta italiana determinata secondo le modalità sopra riportate sono comunque ammesse in detrazione le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dalla partecipata.

Infine, il decreto in argomento, al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione, prevede che gli utili distribuiti dalle controllate estere non concorrono a formare il reddito complessivo del soggetto residente per la quota corrispondente all'ammontare dei redditi già imputati per trasparenza in capo a quest'ultimo e, conseguentemente, già assoggettati a tassazione (separata)³³⁸.

L'individuazione della *ratio* della disciplina in commento risulta particolarmente importante per poterne determinare l'ambito applicativo e, conseguentemente, le circostanze che ne consentono la disapplicazione. Come detto, infatti, le CFC *rules* sono tese ad evitare la "delocalizzazione" in paradisi fiscali di quelle attività prive di qualsiasi radicamento territoriale al solo fine di sottrarre i relativi redditi a tassazione nel nostro ordinamento, di talché ogniqualvolta il contribuente dimostri che dalla partecipazione non deriva alcun risparmio d'imposta ovvero che la localizzazione della controllata risponde a precise finalità legate all'attività industriale e commerciale, la disciplina in esame non potrà che risultare inapplicabile.

Coerentemente, il comma 5 dell'art. 167 prevede pertanto che la disciplina sulle CFC possa essere disapplicata qualora - in sede di interpello preventivo il contribuente dimostri, alternativamente, che:

- a) la partecipata svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nella quale ha sede;
- b) dalla partecipazione non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

³³⁸ I redditi distribuiti dalla partecipata estera che eccedono quelli già assoggettati a tassazione per trasparenza concorrono pertanto a formare il reddito complessivo del soggetto italiano secondo le regole ordinarie.

- ***La disciplina relativa alle imprese estere collegate***

Le modifiche apportate all’art. 127-bis, dal citato D.Lgs. n. 344 del 2003, sono tese - principalmente - ad estenderne la portata anche alle imprese residenti in paradisi fiscali di cui la società italiana non detenga solo il controllo ma anche un mero collegamento. Infatti, ai sensi del novellato art. 168 (rubricato proprio "Disposizioni in materia di imprese estere collegate") è prevista l'estensione del principio di imputazione in capo alla società italiana anche dei redditi di società - direttamente o indirettamente - "collegate", ovvero di imprese o società residenti in un Paese presente nella *black list* contenuta nel D.M. 21 novembre 2001 di cui si possiede una partecipazione agli utili non inferiore al 20%³³⁹.

In tal caso, tuttavia, il reddito imputabile corrisponde al maggiore tra l'utile prima delle imposte come risulta dal bilancio redatto dalla partecipata estera (anche in assenza di un obbligo di legge) e quello induttivamente determinato applicando, alle diverse categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale, particolari coefficienti di rendimento.

³³⁹ Percentuale ridotta al 10% nel caso in cui la partecipata sia quotata in borsa.