



Libera Università Internazionale degli Studi Sociali
Guido Carli

Dottorato di ricerca in Diritto tributario delle società
Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini
XX Ciclo

***Il meccanismo di tassazione per trasparenza nel sistema del t.u.i.r.:
dalle società di persone alle società di capitali ed alle società a
ristretta base proprietaria***

Relatore:
Chiar.mo Prof. Fabio Marchetti

Candidato:
Federico Rasi

Anno Accademico 2007/2008

INDICE – SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO	1
PROFILI INTRODUTTIVI: LA TRASPARENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI E DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA.....	1
1. – CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.....	1
2. – LA “TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI”.....	5
3. – LA “TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA”.....	7
4. – LA COLLOCAZIONE DELLE FATTISPECIE IN ESAME NEL SISTEMA DEL TESTO UNICO DELLE IMPOSTE SUI REDDITI.	8
CAPITOLO SECONDO	12
LA TRASPARENZA FISCALE E GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL TRIBUTO	12
5. – LA FATTISPECIE IMPOSITIVA: POSSESSO DI REDDITO ED ELEMENTO SOGGETTIVO.	12
6. – NOZIONE DI POSSESSO DI REDDITO.	13
7. – NOZIONE DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA – L’APPROCCIO CLASSICO AL FENOMENO TRA IL DIRITTO CIVILE ED IL DIRITTO TRIBUTARIO.	22
8. – NOZIONE DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA – LE SOCIETÀ DI CAPITALI E LE SOCIETÀ DI PERSONE TRA L’APPROCCIO CLASSICO E LE RECENTI SOLLECITAZIONI LEGISLATIVE.	32
9. – LA SOGGETTIVITÀ DEGLI ENTI ASSOCIATIVI NEL DIRITTO COMMERCIALE – LE SOCIETÀ DI CAPITALI E LE SOCIETÀ DI PERSONE.	33
9.1. – I tratti distintivi le società di persone dalle società di capitali.....	35
9.1.1. – Le società personali: breve descrizione della fattispecie.....	35
9.1.2. – Le società di capitali: breve descrizione della fattispecie.....	36

9.1.2.1. – I tratti caratterizzanti le società a responsabilità limitata nel nuovo contesto normativo.	36
9.1.3 – Applicazioni pratiche dei modelli societari classici: le <i>joint ventures</i>	38
9.2. – Il regime di responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali quale riflesso della ripartizione del potere di amministrazione.	40
9.3. – Il diritto alla ripartizione degli utili.	43
9.4. – Conseguenze sul piano dell'imputazione dell'attività.	47
10. – NOZIONE DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA – I RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA: IL <i>TRUST</i>	49
11. – I RIFLESSI FISCALI DELL'ANALISI CIVILISTICA NELLE INTERPRETAZIONI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA – IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA.	53
11.1. – Prime considerazioni conclusive e prosecuzione dell'indagine.	63
 CAPITOLO TERZO	66
IL SUPERAMENTO DELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI PERSONE E DELLA SOGGETTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: ORIENTAMENTI LEGISLATIVI, GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINARI .	66
 12. – IL SUPERAMENTO DELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI PERSONE E DELLA SOGGETTIVITÀ DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI: SPUNTI DI RIFLESSIONE OFFERTI DAL DIRITTO COMPARATO.	66
12.1. – L'esperienza francese.	68
12.1.1. – La trasparenza delle società di persone ed il superamento di tale schema.	68
12.1.2. – La soggettività delle società di capitali ed il superamento di tale schema.	70
12.2. – L'esperienza americana.	72
12.2.1. – La “ <i>check the box regulation</i> ”.	72
12.2.2. – Le “ <i>S-Corporations</i> ”.	74

12.3. – La recente esperienza tedesca.....	75
13. – L’APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA AD UN ENTE DI TIPO ASSOCIATIVO TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO INTERNO: IL GRUPPO EUROPEO DI INTERESSE ECONOMICO.....	77
13.1. – I caratteri essenziali del GEIE nella disciplina comunitaria.....	77
13.2. – I caratteri essenziali del GEIE nella disciplina nazionale: il d.lgs. n. 240 del 1991.....	81
13.3. – Le ragioni dell’applicazione del principio di trasparenza.....	85
14. – IL SUPERAMENTO DELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI PERSONE: LA LEGGE FINANZIARIA PER IL 2001.....	87
15. – IL SUPERAMENTO DELLA SOGGETTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA: IL CASO DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA.....	96
16. – IL SUPERAMENTO DELLA SOGGETTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI AD OPERA DELLA DOTTRINA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI E CONDIZIONI SPECIFICHE.....	110
16.1. – Ulteriori considerazioni conclusive e prosecuzione dell’indagine.....	118
CAPITOLO QUARTO.....	120
LA TRASPARENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI : PROFILI TECNICO – APPLICATIVI DELL’ART. 115 T.U.I.R.....	120
17. – INQUADRAMENTO GENERALE DELLA FATTISPECIE.....	121
18. – AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE – CONDIZIONI LEGITTIMANTI E OSTATIVE.....	125
18.1. – Tipologie societarie che possono rivestire la società partecipata e le società partecipanti.....	128
18.2. – La residenza ...	134
18.2.1. – ... della società partecipata.....	134
18.2.1. – ... delle società partecipanti: l’esonero dall’obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti.....	137

18.2.1.1. – Collegamento tra istituto della trasparenza e Direttiva Madre – Figlia: differenze nelle tipologie societarie elencate all’art. 115 t.u.i.r. e nella Direttiva Madre – Figlia.	143
18.2.1.2. – ... (segue): residenza fiscale in un paese dell’Unione Europea – il problema dei residenti in Stati Terzi.	145
18.2.1.3. – ... (segue): assoggettamento ad imposta ed impossibilità di fruire di regimi di opzione o di esonero da tassazione.	151
18.2.1.4. – ... (segue): differenze (temporanee) nelle percentuali di partecipazione.....	154
18.2.1.5. – ... (segue): durata dell’ininterrotto possesso.....	155
18.2.1.6. – La stabile organizzazione italiana del socio non residente.....	160
18.3. – Trasparenza e consolidato – Interrelazioni tra i due istituti.....	161
18.4. – Percentuali di partecipazione: loro determinazione.....	166
18.5. – Esercizio dell’opzione e unanimità della compagine sociale.	175
19. – IMPUTAZIONE DEL REDDITO E DELLE PERDITE.....	187
19.1. – La determinazione del reddito in capo alla società partecipata: le regole di determinazione del reddito ed il problema dei regimi agevolativi.	187
19.2. – La tassazione del reddito in capo alla società partecipante.....	192
19.2.1. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci residenti.....	192
19.2.2. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti: l’art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r.....	194
19.2.3. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti ai fini convenzionali.....	196
19.2.4. – L’imputazione del reddito della società partecipata: il problema della successiva distribuzione degli utili.....	202
19.2.5. – L’imputazione del reddito della società partecipata: le perdite della società partecipata.	210
19.2.6. – La determinazione del reddito della società partecipante: il problema delle perdite pregresse della società partecipante.	213
19.2.7. – Il riallineamento dei valori patrimoniali della società partecipata ad opera delle società partecipanti.	215

19.3.8. – Gli obblighi contabili delle società coinvolte ed il problema della fiscalità differita.....	217
20. – LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DELLA SOCIETÀ PARTECIPATA PER GLI OBBLIGHI TRIBUTARI DEI SOCI: LA RESIDUA SOGGETTIVITÀ DELLA SOCIETÀ PARTECIPATA.....	219
21. – IL COINVOLGIMENTO RECIPROCO DELLA SOCIETÀ PARTECIPATA E DEI SOCI NELLE FASI DI ATTUAZIONE DEL RAPPORTO TRIBUTARIO.....	229
21.1. – ... (segue): la fase fisiologica della dichiarazione e della riscossione.	229
21.2. – ... (segue): la fase patologica dell'accertamento e del processo.....	230
21.2. – ... (segue): la fase patologica dell'irrogazione delle sanzioni tributarie di natura penale.....	239
 CAPITOLO QUINTO.....	 245
LA TRASPARENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA: PROFILI TECNICO – APPLICATIVI DELL'ART. 116 T.U.I.R.	245
 22. – L'INQUADRAMENTO DELLA SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA TRA LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO E LA GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA.	 245
23. – CONDIZIONI LEGGITTIMANTI L'ESERCIZIO DELL'OPZIONE PER LA TRASPARENZA: AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 116 T.U.I.R....	248
23.1. – Tipologie societarie che può rivestire la società partecipata: il problema delle società cooperative a responsabilità limitata.	250
23.2. – Il volume di ricavi della società partecipata.	260
23.3. – La composizione della compagine sociale e la residenza dei soci.	263
24. – CONDIZIONI OSTATIVE L'ESERCIZIO DELL'OPZIONE PER LA TRASPARENZA..	268
24.1. – Il possesso di partecipazioni azionarie da parte della società trasparente tra il diritto interno ed il diritto comunitario.	268
24.2. – Trasparenza e consolidato – ulteriori interrelazioni tra i due istituti... ..	272
24.3. – Ulteriori cause di esclusione e decadenza: profili sostanziali e procedurali.....	273
25. – ESERCIZIO DELL'OPZIONE E UNANIMITÀ DELLA COMPAGINE SOCIALE.....	275

26. – IMPUTAZIONE DEL REDDITO E DELLE PERDITE E DISTRIBUZIONE DI UTILI TRASPARENTI.....	277
27. – RESPONSABILITÀ NELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA.	285
CAPITOLO SESTO.....	289
COLLOCAZIONE DEL MECCANISMO DI TASSAZIONE PER TRASPARENZA NEL TESTO UNICO TRA MODELLI CLASSICI E NUOVE APPLICAZIONI	289
28. – LA TRASPARENZA “IN SENSO FORTE” DELLE SOCIETÀ DI PERSONE ED I MECCANISMI DI TASSAZIONE DEI REDDITI COSÌ IMPUTATI.	289
29. – LA TRASPARENZA “IN SENSO DEBOLE” DEL <i>TRUST</i> ED IL DIRITTO DEI BENEFICIARI A RICEVERE IL <i>TRUST FUND</i>	305
30. – LA TRASPARENZA “VOLONTARISTICAMENTE RINFORZATA” DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI E DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA.....	315
31. – <i>RATIO</i> DEL MECCANISMO DI TASSAZIONE PER TRASPARENZA E LE “TRASPARENZE” NEL SISTEMA DEL TESTO UNICO DELLE IMPOSTE SUI REDDITI. ..	331
BIBLIOGRAFIA.....	335

CAPITOLO PRIMO

PROFILI INTRODUTTIVI: LA TRASPARENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI E DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; 2. – La “trasparenza delle società di capitali”; 3. – La “trasparenza delle società a ristretta base proprietaria”; 4. – La collocazione delle fattispecie in esame nel sistema del testo unico delle imposte sui redditi.

1. – CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Nell’ambito della disciplina tributaria con l’espressione “principio di trasparenza” si indica un particolare metodo di imposizione dei soggetti collettivi mediante il quale il presupposto di imposta ed il relativo reddito vengono riferiti direttamente in capo agli individui che compongono un ente. La qualifica di trasparenza viene, così, attribuita ad un soggetto collettivo per indicare che le fattispecie giuridiche nelle quali è identificabile il presupposto di imposta sono riferite direttamente agli individui e non all’organizzazione stessa ⁽¹⁾.

Nella produzione di un reddito attraverso il modello dell’articolazione imprenditoriale societaria, la soggettività tributaria dell’ente può essere apprezzata in termini:

- a) di autonomia, sia sostanziale che procedimentale, dai singoli soci in ragione di un presupposto impositivo e di una ricchezza immediatamente riferibile alla società, oppure;
- b) di strumento organizzativo riconducibile ad un mero centro di imputazione di effetti alla luce del potere di apprensione dei risultati dell’azione da parte dei singoli soci, siano essi a loro volta società, imprenditori persone fisiche o, più semplicemente, soggetti non imprenditori (c.d. *partnership approach*) ⁽²⁾.

Dal punto di vista giuridico, il ricorso al criterio della trasparenza produce il superamento dello schema imputazione / organizzazione che caratterizza, invece, l’approccio tipico del legislatore italiano al problema della tassazione degli enti

⁽¹⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, Milano, 1996, pag. 15.

⁽²⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L’I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 117; ID., *Profili applicativi e questioni sistematiche dell’imposizione “per trasparenza” delle società di capitali*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 38; G. MORSE, *Partnership law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pag. 46.

CAPITOLO PRIMO

soggettivi. Il ricorso allo schema della trasparenza produce così riflessi sulla soggettività dell'ente societario.

La scelta della “piena” autonomia e, quindi, della soggettività tributaria della società era stata fino ad oggi tradizionalmente accolta per le sole società di capitali assoggettate prima all'IRPEG ed ora all'IRES⁽³⁾ ed espressamente negata per le società di persone così da renderle destinatarie per legge del solo obbligo dichiarativo, ma non di quello impositivo.

Il meccanismo di imputazione per trasparenza, oltre che dal punto di vista giuridico è stato analizzato dal punto di vista economico. La scienza delle finanze ha ritenuto che tale meccanismo costituisca uno dei mezzi tecnici per risolvere il problema della doppia imposizione degli utili prima in capo alla società e successivamente in capo ai soci⁽⁴⁾. I rapporti soci – società possono, infatti, essere risolti ricorrendo al:

- 1) *Sistema della trasparenza*: per effetto del quale l'imposta sulla società non viene applicata, ma gli azionisti, come anzidetto, imputano al loro reddito complessivo ai fini dell'imposizione personale oltre che il dividendo percepito anche la quota parte di utili accantonati;
- 2) *Sistema del credito d'imposta*: considera la società come un “canale”, per cui l'imposta sugli utili della società costituisce un pagamento anticipato dell'imposta sui dividendi degli azionisti. Con questo sistema la società e l'azionista sono tassati separatamente, ma a livello dell'azionista il dividendo viene prima integrato con l'importo dell'imposta pagata dalla società su questo reddito, dopo di che tale importo viene accreditato, integralmente o in parte, a fronte dell'imposta personale dovuta sul dividendo. Il credito può quindi essere uguale o inferiore al 100 per cento. Se il credito corrisponde all'imposta pagata dalla società sul dividendo, il sistema elimina totalmente la doppia imposizione economica per tutti gli azionisti, indipendentemente dal livello di reddito;
- 3) *Sistema di esenzione*: esso consiste nell'esentare da tassazione in misura integrale o parziale i dividendi sicché l'onere fiscale globale equivale

⁽³⁾ Sull'IRES: F. BATISTONI FERRARA, *Considerazioni sparse sull'IRES*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 139 nonché V. CERIANI, S. GIANNINI, *La tassazione delle società nel contesto comunitario*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 1; G. FALSITTA, *La riforma del sistema fiscale, la prematura nascita dell'Ires e la certezza del diritto*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 1; S. SAMMARTINO, *I principi generali relativi al reddito d'impresa*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 29; I. VACCA, *Evoluzione della riforma IRES: considerazioni generali, Relazione al convegno “Contributi alla riforma dell'IRES”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 353; A. FANTOZZI, *Ipotesi di riforma: se non ora, quando?*, *Relazione al convegno “Contributi alla riforma dell'IRES”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 348.

⁽⁴⁾ Cfr. anche Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale; tassazione dei dividendi percepiti da individui nel mercato interno*, Bruxelles, 12 dicembre 2003, n. COM(2003)810; in dottrina V. CERIANI, *Profili evolutivi dei rapporti tra tassazione delle società e dei soci*, *Relazione al convegno “Contributi alla riforma dell'IRES”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 366.

all'imposta sulle società, poiché ai dividendi non viene applicata l'imposta sul reddito ⁽⁵⁾;

- 4) *Sistema cedolare*: gli utili sono soggetti all'imposta sulle società, ma i dividendi percepiti dalle persone fisiche vengono tassati come categoria di reddito a parte e scontano un'imposta sostitutiva la cui aliquota è calcolata in modo tale che, combinata con l'imposta sulle società, la pressione fiscale complessiva corrisponda a quella calcolata utilizzando la massima aliquota marginale dell'imposta sul reddito ⁽⁶⁾.

Tra i sistemi menzionati, quello della trasparenza evita completamente il problema della doppia tassazione, tuttavia, esso presenta alcuni inconvenienti chiariti dalla scienza delle finanze ⁽⁷⁾:

⁽⁵⁾ Ai fini dell'eliminazione della doppia imposizione, l'efficacia dei due meccanismi è la medesima, consentono, però di perseguire differenti obiettivi di politica economica (Cfr. P. PISTONE, *Il credito per le imposte estere ed il diritto comunitario: la Corte di giustizia non convince*, (Nota a CGCE 12 maggio 1998 (causa C-336/96); CGCE 14 settembre 1998 (causa C-291/97)), in *Riv. dir. trib.*, 2000, pag. 76), mentre il credito di imposta esclude la convenienza a produrre reddito all'estero (c.d. *Capital Export Neutrality*) - obiettivo che in un contesto europeo potrebbe essere ritenuto di ostacolo alla libertà di movimento dei capitali -, l'esenzione, invece, offre uguali condizioni di accesso a tutti i mercati (c.d. *Capital Import Neutrality*). Tali circostanze sono, peraltro, sottolineate dalla relazione illustrativa al d.lgs. n. 344 del 2003, ove si precisa che il meccanismo del credito di imposta è efficiente solo a condizione che la società distributrice i dividendi e il socio percettore siano assoggettati al medesimo sistema fiscale; un simile meccanismo disincentiva però l'investimento in titoli esteri (G. SOZZA, *Dividendi esteri percepiti da persone fisiche. Novità dalla Riforma*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 17553). Salve differenti disposizioni convenzionali, infatti, di norma nessuno Stato riconosce ai dividendi di fonte estera un credito per le imposte pagate dalla società distributrice nel proprio Stato di residenza. In definitiva nei rapporti transnazionali ed intracomunitari, il meccanismo dell'esenzione pare quindi preferibile; nei rapporti interni, invece, il meccanismo del credito di imposta e quello dell'esenzione si equivalgono.

Cfr. anche G. ROLLE, *La nuova disciplina comunitaria di dividendi, interessi e royalties infragruppo e le interferenze con la riforma fiscale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 405.

⁽⁶⁾ Esistono diversi tipi di sistema cedolare:

- a) *sistema cedolare con aliquota unica*: con questo sistema, i dividendi percepiti dalle persone fisiche investitori di portafoglio sono soggetti ad un'unica aliquota fiscale inferiore all'aliquota marginale massima dell'imposta sul reddito. Ciò comporta che l'imposta sulle società e l'imposta sul reddito gravanti sui dividendi delle persone fisiche investitori di portafoglio, compresi nello scaglione superiore dell'imposta sul reddito non superano mai la massima aliquota marginale dell'imposta sul reddito. Un sistema cedolare con un'aliquota unica non garantisce una totale neutralità ai contribuenti che rientrano in scaglioni inferiori dell'imposta sul reddito, poiché la pressione combinata dell'imposta sulle società e dell'imposta cedolare è superiore all'imposta che avrebbero pagato sulla base dell'aliquota marginale dell'imposta sul reddito ad essi applicabile. Con questo sistema si evita la doppia imposizione per gli azionisti appartenenti allo scaglione superiore dell'imposta sul reddito;
- b) *sistema cedolare con aliquote diverse*: con questo sistema, uno Stato applica una cedolare separata per ciascuna aliquota marginale dell'imposta sul reddito, così da ottenere risultati identici a quelli del sistema del credito d'imposta. Le diverse aliquote della imposta cedolare possono essere scelte in modo tale che, per ogni scaglione dell'imposta sul reddito, l'onere combinato dell'imposta sulle società e dell'imposta sul reddito equivalga all'aliquota marginale dell'imposta sul reddito, come nel sistema del credito d'imposta. In pratica, per i paesi che hanno più aliquote marginali dell'imposta sul reddito, un'applicazione semplificata di tale sistema potrebbe avvenire prevedendo solo due aliquote cedolari.

⁽⁷⁾ C. COSCIANI, *Scienza delle finanze*, Torino, 1991, pag. 327.

CAPITOLO PRIMO

- a. la dimensione delle società: tale meccanismo si adatta a società piccole o familiari, data la complessità di identificare i soci quando non si distribuiscono utili;
- b. la mancanza di liquidità da parte del socio: questi deve pagare le imposte anche sugli utili non distribuiti e, infine;
- c. il contrasto tra soci e società: inevitabilmente i primi premeranno per la distribuzione di utili anche in contrasto con i piani strategici dell'impresa in aderenza ai quali sarebbe preferibile conservare le somme all'interno della società stessa.

Il legislatore italiano risulta avere tenuto di tali criticità conto nelle ipotesi in cui ha scelto di adottare tale modello impositivo. Storicamente, il principio di trasparenza, quale principio di imputazione giuridica dei redditi societari direttamente ai soci, trova la sua prima formalizzazione nell'ordinamento italiano già nel R.d. 30 dicembre 1923, n. 3062, che stabiliva che “*i redditi che le persone fisiche percepiscono dalle società in qualità di soci vanno tenuti a calcolo in confronto dei percipienti per essere colpiti d'imposta al nome della persona che ne ha la disponibilità*”. Poi è stato confermato prima nel d.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645 e poi nell'articolo 2, n. 3), secondo inciso, legge 9 ottobre 1971, n. 825 recante “*Delega legislativa al Governo della Repubblica per la riforma tributaria*” ove, nel dettare i principi e i criteri direttivi cui avrebbe dovuto informarsi l'istituenda imposta personale sulle persone fisiche, si stabilì che “*i redditi conseguiti da società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice sono imputati ai soci proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili*”.

Conformemente ai suggerimenti provenienti dalla dottrina economica, si era scelto di applicare il meccanismo in esame esclusivamente alle società di persone proprio in quanto si trattava di società di piccole dimensioni i cui soci, sul piano civilistico, vantano un immediato diritto ad apprendere la quota di utile di loro pertinenza e possono in maniera diretta e penetrante orientare le scelte imprenditoriali della società⁽⁸⁾. In attuazione del citato principio di delega il legislatore del 1973 articolò la tassazione dei redditi societari nel noto sistema dell'assoggettamento ad IRPEG dei redditi delle società di capitali e dell'assoggettamento ad IRPEF, previa diretta imputazione ai soci, dei redditi delle società di persone residenti, sistema rimasto immutato anche dopo l'entrata in vigore del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (c.d. Testo Unico delle Imposte sui Redditi – t.u.i.r. –). L'art. 5 t.u.i.r., infatti, stabilisce che il principio di trasparenza trova applicazione alle società semplici, alle società in nome collettivo e alle società in accomandita semplice che abbiano la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale della loro attività nel territorio dello Stato italiano, prevedendo altresì l'equiparazione ai citati tipi societari delle società di fatto, delle società di armamento e delle associazioni tra professionisti⁽⁹⁾. Il principio di

⁽⁸⁾ R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 124.

⁽⁹⁾ P. FILIPPI, *Redditi prodotti in forma associata*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pag. 1; G. GAFFURI, *I redditi prodotti in forma associata*, in *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, coordinato da V. UCKMAR e G. MARONGIU, Padova, 1988, pag. 194.

trasparenza, invece, non trova applicazione alle società di persone non residenti che, limitatamente al reddito prodotto in Italia, sono assoggettate ad IRPEG.

La trasparenza risultava così il meccanismo prescelto dal legislatore italiano per scongiurare una doppia imposizione (economica) sui redditi societari delle società di persone cui si contrapponeva, nel diverso ambito dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche, il meccanismo del credito d'imposta attribuito ai soci delle società di capitali ⁽¹⁰⁾.

Tale approccio è stato modificato dall'art. 4, comma 1, lett. h) legge 7 aprile 2003, n. 80, che, seppur a certe condizioni, consente anche alle società di capitali e ai loro soci di accedere ad un regime fiscale di imposizione del risultato dell'attività produttiva ovvero del reddito (e non, si noti, dell'utile) prodotto e determinato dalla società nonché di attribuzione delle perdite, non all'ente societario cui formalmente è imputata l'attività produttiva, ma *pro quota* al singolo socio, con l'aliquota (progressiva o proporzionale) fissata in base al regime del socio a prescindere dall'effettiva distribuzione e, quindi, apprensione dell'utile sotto forma di dividendo ⁽¹¹⁾. Tale scelta si inserisce nel più ampio contesto della menzionata legge delega che imponeva un generale ripensamento dei rapporti soci – soci e che prevedeva, per l'eliminazione della doppia imposizione economica il ricorso non più al credito di imposta, ma al meccanismo dell'esenzione.

Il legislatore delegato ha dato attuazione all'art. 4, comma 1, lett. h), legge n. 80 del 2003 con gli artt. 115 e 116 del nuovo t.u.i.r. che disciplinano rispettivamente la “trasparenza delle società di capitali” e la “trasparenza delle società a ristretta base proprietaria” ⁽¹²⁾ e dei quali si ritiene opportuno premettere una breve descrizione con riserva di tornare su di essi più approfonditamente nel prosieguo.

2. – LA “TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI”.

Il primo di questi due articoli prevede che una società di capitali residente (o una società cooperativa o di mutua assicurazione), qualora i suoi soci siano esclusivamente altre società di capitali (o società cooperative o di mutua assicurazione), ciascuna con una percentuale di diritti di voto e di partecipazione

⁽¹⁰⁾ A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico*, in *Boll. Trib.*, 2004, pag. 485; M. POGGIOLI, *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all'art. 115 t.u.i.r.: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, pag. 47; L. BUCCI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in *La disciplina IRES dei gruppi di imprese*, di L. BUCCI, V. CAPOZZI, M. GALLUCCI, Milano, 2006, pag. 29; F. DAMI, *La trasparenza delle società di capitali: alcune riflessioni per un inquadramento sistematico*, in *Giur. imp.*, Rivista online consultabile su internet all'indirizzo: <http://www.giurisprudenzaimposte.it/>.

⁽¹¹⁾ V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 117.

⁽¹²⁾ Tali articoli sono stati successivamente modificati e integrati dall'art. 36, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248. La disciplina della trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 trova nel d.m. 23 aprile 2004 (pubblicato in Gazz. Uff. n. 101 del 30 aprile 2004) le relative disposizioni attuative. Cfr. S. CAPOLUPO, *L'ampliamento del principio di trasparenza*, in *Il Fisco*, 2002, pag. 6956; ID., *Ancora sulla tassazione per trasparenza*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 465; ID., *Tassazione per trasparenza: emanate le norme di attuazione*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 3299.

CAPITOLO PRIMO

agli utili non inferiore al 10 per cento e non superiore al 50 per cento, possa optare per l'applicazione del regime di trasparenza fiscale

Per il caso in cui soci siano società non residenti, vengono previste alcune puntualizzazioni: l'opzione potrà essere esercitata solo qualora non vi sia obbligo di ritenuta sui dividendi distribuiti al medesimo socio non residente. L'esercizio dell'opzione per l'applicazione del consolidato nazionale⁽¹³⁾ o mondiale⁽¹⁴⁾ (altri istituti introdotti dalla stessa riforma) da parte della società partecipata ovvero l'assoggettamento della società partecipata a procedura concorsuale precludono la possibilità di ricorso al regime di trasparenza. L'opzione non può essere esercitata neppure nell'ipotesi in cui i soci partecipanti fruiscano di una riduzione dell'aliquota dell'imposta sul reddito delle società.

Una volta esercitata, l'opzione, in analogia con quanto previsto dalla disciplina sul consolidato nazionale, ha durata triennale ed è irrevocabile. Esaurito il triennio, verificata la sussistenza delle condizioni richieste, potrà nuovamente essere esercitata.

L'art. 115 comma 4 dispone che l'esercizio dell'opzione per la trasparenza sia effettuato congiuntamente dalla società partecipata e da tutte le società partecipanti.

Il legislatore si è poi preoccupato di prevedere una serie di cautele volte ad evitare che l'istituto in questione sia utilizzato a fini elusivi. A tal proposito, è stato stabilito che l'esercizio dell'opzione non possa comunque modificare il regime di tassazione applicabile in capo ai soci in caso di distribuzione di riserve costituite con utili di esercizi precedenti o con riserve di capitale.

⁽¹³⁾ Sul tema cfr. M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 558; G. FRANSONI, *Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 515; A. FANTOZZI, *Postilla a G. Frasoni, Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 539; G. MARINO, *Contributo allo studio dei rapporti di gruppo attraverso le relazioni di controllo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 545; P. PACITTO, *I patti di consolidamento*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 673; R. LUPI, *Accordi di consolidamento tra diritto civile e diritto tributario*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 1346; G. D'ABRUZZO, *Il Consolidato nazionale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 109; D. BERGAMI, *I rapporti infragruppo tra riforma fiscale e sviluppi UE*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 377; L. BUCCI, *Il consolidato fiscale nazionale*, in *La disciplina IRES dei gruppi di imprese*, di L. BUCCI, V. CAPOZZI, M. GALLUCCI, Milano, 2006, pag. 67.

⁽¹⁴⁾ Sul tema cfr. G. ZIZZO, *Prime considerazioni in tema di consolidato mondiale*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 155; M. BEGHIN, *La revisione del bilancio nella disciplina del "consolidato mondiale": profili funzionali e aspetti problematici della bozza di testo unico predisposta dal ministero dell'economia e delle finanze*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 11; G. STANCATI, *Il consolidato mondiale*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 879; B. ALOISI, *Il Consolidato mondiale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 169; G. TURRI, *Riforma fiscale: disciplina del consolidato mondiale*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, pag. 95; V. CAPOZZI, *Il consolidato mondiale*, in *La disciplina IRES dei gruppi di imprese*, di L. BUCCI, V. CAPOZZI, M. GALLUCCI, Milano, 2006, pag. 123; G. GAFFURI, *Il consolidato fiscale mondiale*, in A.N.T.I., *Associazione nazionale tributaristi italiani, L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 209.

PROFILI INTRODUTTIVI

È stata inoltre stabilita una presunzione relativa per la quale, in caso di distribuzione di utili, sono considerati prioritariamente distribuiti gli utili già imputati ai soci per trasparenza, salva diversa esplicita decisione assembleare. Per il caso di coperture di perdite viene, invece, posta una presunzione assoluta, e non già relativa, di prioritario utilizzo degli utili imputati per trasparenza.

Vengono poi poste due disposizioni di particolare rilievo. La prima concerne il caso in cui vengano meno le condizioni richieste per l'esercizio dell'opzione. Per tale ipotesi è prevista l'automatica decadenza dalla facoltà di procedere all'imputazione per trasparenza del reddito. La seconda regola riguarda, invece, l'ipotesi di mutamento della compagine sociale della società che ha esercitato l'opzione. Per tale evenienza è previsto che l'opzione non cessi di avere efficacia a condizione che anche le società nuove entrate soddisfino i requisiti di cui ai commi 1 e 2 della norma in esame.

In parziale analogia a quanto previsto nella disciplina sul consolidato, a fini di garanzia, viene posta a carico della società partecipata una forma di responsabilità solidale con ciascun socio per l'imposta, le sanzioni e gli interessi conseguenti all'obbligo di imputazione del reddito.

3. – LA “TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA”.

L'art. 116 estende il campo di applicazione della trasparenza alle società a responsabilità limitata, disciplinate dagli artt. 2462 e segg. cod. civ. ed alle società cooperative, di cui agli artt. 2511 e segg. cod. civ.. È stato puntualizzato dall'Amministrazione Finanziaria ⁽¹⁵⁾ che, in considerazione del requisito formale richiesto dalla norma per accedere al regime fiscale in esame, è da ritenere che possano rientrare nella tipologia dei soggetti ammessi alla trasparenza anche i consorzi svolgenti attività commerciale, costituiti da imprenditori individuali (artt. 2612 e ss. cod. civ.) sotto forma di società a responsabilità limitata. Le società partecipate rientranti in una delle tipologie commerciali indicate ed i loro soci potranno avvalersi del regime di trasparenza a condizione che le prime siano in possesso dei seguenti requisiti:

- a) volume di ricavi non superiore alla soglia prevista per l'applicazione degli studi di settore;
- b) compagine sociale composta esclusivamente da soci persone fisiche, anche esercenti attività d'impresa, in numero non superiore a dieci ovvero a venti, nel caso di società cooperative.

La disciplina del regime fiscale della trasparenza delle società a responsabilità limitata è applicabile a condizione che tutti i soci partecipanti siano persone fisiche. Al riguardo è stato puntualizzato in sede di attuazione che detti soci debbano essere: a) residenti in Italia, anche se esercitano attività d'impresa; b) non residenti, a condizione che il reddito venga imputato con riferimento ad una partecipazione detenuta attraverso una stabile organizzazione. La condizione di accesso alla trasparenza di cui *sub b)* si ricollega altresì alla circostanza che il socio estero non sia soggetto alla ritenuta a titolo d'imposta (con aliquota del 27 per cento), circostanza che si verifica quando la sua partecipazione è detenuta

⁽¹⁵⁾ Cfr. Circolare 22 novembre 2004, n. 49/E – Agenzia delle Entrate - Dir. normativa e contenzioso – Ires/4 - Il nuovo regime della trasparenza fiscale delle società di capitali - d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344

CAPITOLO PRIMO

attraverso una stabile organizzazione (art. 27, comma 3, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600). Questo nelle intenzioni del legislatore permette di evitare che il regime in esame possa divenire per i non residenti (soggetti a ritenuta) uno strumento elusivo idoneo a sottrarsi alla ritenuta sui dividendi erogati dalla società partecipata.

Ai sensi dell'art. 116 t.u.i.r., l'applicazione della trasparenza non richiede, per le società a ristretta base partecipativa, la sussistenza in capo ai soci dei requisiti indicati al comma 1 dell'articolo 115 t.u.i.r., concernenti le soglie massime e minime di diritti al voto e di partecipazione agli utili.

Ai fini dell'applicabilità del regime è necessario, invece, che i soci siano persone fisiche e che il loro numero, durante tutto il periodo d'imposta trasparente, non ecceda il numero di dieci (venti per i soci delle cooperative). Rileva, in particolare, il numero dei soci iscritti nel libro di cui all'art. 2478, primo comma, numero 1), cod. civ.; per la verifica di tale numero occorre considerare, inoltre, gli eventuali comproprietari della medesima quota, nel caso in cui i relativi diritti vengano esercitati a mezzo di rappresentante comune (art. 2468, quinto comma cod. civ.).

Pur in assenza di specifiche disposizioni normative, anche nei confronti delle società a ristretta base partecipativa ammesse alla trasparenza, è applicabile il medesimo regime di responsabilità previsto nella trasparenza delle altre società di capitali e, in particolare le norme generali sulla responsabilità solidale tra socio e partecipata e le norme sull'accertamento unitario di cui all'art. 115 t.u.i.r..

4. – LA COLLOCAZIONE DELLE FATTISPECIE IN ESAME NEL SISTEMA DEL TESTO UNICO DELLE IMPOSTE SUI REDDITI.

Per comprendere, la disciplina opzionale della “trasparenza”, così come la si rinviene negli artt. 115 e 116 t.u.i.r. appena brevemente illustrati nelle loro linee generali, la si deve calare nel più ampio contesto cui appartiene.

L'applicazione del meccanismo di trasparenza, prima di giustificarsi quale meccanismo per eliminare la doppia imposizione, trova il proprio fondamento in un'opzione teorica concernente la soggettività degli enti associativi. Come noto, il rapporto intercorrente tra struttura (società o associazione) e i suoi singoli partecipanti (soci o associati) consente due differenti opzioni ricostruttive:

- a) ravvisare una distinta autonoma manifestazione di attitudine alla contribuzione, prima in capo alla struttura quale risultato di esercizio, poi in capo ai singoli componenti della stessa sotto forma di utile distribuito (con ciò legittimando una duplicità di prelievo impositivo) ovvero;
- b) un unico e unitario indice di attitudine alla contribuzione, come tale imponibile una sola volta, alternativamente, in capo alla struttura associativa ovvero in capo ai suoi partecipanti ⁽¹⁶⁾.

L'imposta sulle società può, in altri termini, essere riguardata come un prelievo d'acconto sul reddito prodotto dalla società dell'imposta definitivamente dovuta dal socio (persona fisica) o come un prelievo definitivo direttamente in capo alla società, intesa pienamente come soggetto passivo d'imposta, non solo

⁽¹⁶⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, pag. 5621; A. AMATUCCI, *Soggettività tributaria*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 1.

giuridico ma anche economico ⁽¹⁷⁾. Nella prima ipotesi, svalutativa della soggettività degli enti associativi, si pongono problemi di doppia imposizione da risolvere nei modi illustrati in precedenza.

Il legislatore del Testo Unico delle Imposte sui Redditi aveva optato per considerare le strutture societario/associative come strutture organizzative intermedie finalizzate all'espletamento dell'attività economico – produttiva da parte dei soci/partecipanti. In ossequio a tale impostazione, si è risolto il problema della doppia imposizione ricorrendo a meccanismi quali la trasparenza o il credito di imposta che considerano la società di per sé priva di soggettività tributaria sostanziale e individuano nel socio l'effettivo possessore dell'utile societario e dunque il referente finale su cui far gravare in via definitiva il prelievo impositivo sul reddito ⁽¹⁸⁾.

A questo serviva il meccanismo del credito di imposta. Esso rendeva il soggetto societario luogo di tassazione provvisoria, destinata a precisarsi soltanto nel momento di distribuzione del dividendo al socio. Questo, infatti, includendo nella base imponibile il credito di imposta, applicando al risultato il sistema di aliquote personali previsto per le persone fisiche, e detraendo nuovamente il credito di imposta, finiva per vedersi tassato sugli utili societari di propria spettanza con la propria aliquota personale. Il prelievo dovuto dalle società era così un mero “prelievo di acconto” del successivo “prelievo definitivo” effettuato in capo ai soci – persone fisiche ⁽¹⁹⁾. Tale strumento consente, in generale, un'integrazione tra i due regimi di imposizione, societario e personale. La tecnica applicativa del credito d'imposta riposa sulla finzione che il fatto generatore del prelievo si verifichi direttamente in capo ai soci cosicché, da un lato, il profitto realizzato in ambito societario concorre integralmente alla determinazione del reddito complessivo dei soci stessi, dall'altro, l'imposta pagata dalla società viene scomputata da quella complessivamente dovuta dai suoi componenti ⁽²⁰⁾. Per tale via, in definitiva, l'utile societario, almeno per la parte distribuita, viene ad essere tassato alla stregua della posizione reddituale personale del socio, tanto che la relativa distribuzione risulta neutrale in presenza di identità tra aliquota marginale del socio e aliquota proporzionale della società, sorgendo, in caso contrario, per il percipiente il diritto ad un rimborso ovvero la necessità di provvedere ad un conguaglio ⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ G. VISENTINI, F. MARCHETTI, G. MELIS, *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*. Testo dell'audizione informale presso il Senato della Repubblica, VI Commissione Finanze e Tesoro, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, sul sito *internet* Archivio CERADI – Rivista online a cura del Centro di Ricerca per il Diritto dell'impresa - Luiss G. Carli: al seguente indirizzo: <http://www.archivioceradi.luiss.it/fiscoeimpresa/index.php?catid=40>, pag. 3; M. BASILAVECCHIA, *La nuova “imposta sul reddito delle società” (IRES): lineamenti generali*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 27.

⁽¹⁸⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5621.

⁽¹⁹⁾ R. SCHIAVOLIN, *Natura del tributo: funzioni e caratteri generali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone giuridiche e Imposta locale sui redditi*, a cura di F. TESAURO, Torino, 1996, pag. 3.

⁽²⁰⁾ G. TINELLI, F. PARISI, *Società nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, pag. 320.

⁽²¹⁾ Una parte della dottrina, muovendo da tale situazione di fatto, ha sottolineato che una siffatta struttura concorrerebbe a rendere “trasparenti” le società di capitali, almeno in relazione alla ricchezza distribuita dal momento che, anche per i redditi dei soggetti IRPEG, grazie al credito

CAPITOLO PRIMO

Il decreto legislativo 12 dicembre 2003, n. 344, recante “*Riforma dell'imposizione sul reddito delle società*”, invece, ha modificato tale scenario, conducendo, come noto, alla sostituzione dell'IRPEG con l'IRES. Al di là del semplice mutamento di nome, si è introdotto in Italia un modello di tassazione delle persone giuridiche profondamente diverso dal precedente. Il criterio ispiratore della c.d. riforma IRES, come risulta dai documenti preparatori, è la c.d. “*filosofia del capannone*”⁽²²⁾ ovvero il passaggio dalla tassazione delle persone alla tassazione delle cose, con un parziale abbandono della pregressa struttura dell'imposizione sui redditi basata sulla tassazione personale progressiva. Per questo motivo, il meccanismo del credito di imposta è stato sostituito dal meccanismo dell'esenzione che è coerente con la nuova impostazione adottata. Per effetto di quest'ultimo meccanismo, diversamente che dal modello IRPEG, la società cessa di essere una sorta di “filtro” per la tassazione dell'azionista; la società viene ora vista come momento definitivo di tassazione. Ciò allinea l'Italia a quelle tesi che vedono la società di capitali *autonomo soggetto di imposta*, non più solo in senso giuridico, ma anche in senso economico, nel senso di soggetto dotato di una propria capacità contributiva in quanto portatore di uno specifico interesse alla sussistenza della collettività organizzata distinto da quello dei singoli partecipanti, come tale idoneo a concorrere alle pubbliche spese. Si postulerebbe così un sistema connotato da rilevanti profili di realtà, anziché di personalità, e come tale radicato nel territorio della fonte di reddito⁽²³⁾. Viene, invece, definitivamente respinta la giustificazione costituzionale in termini di anticipazione di imposta, fondamento del meccanismo del credito di imposta, già peraltro rilevatosi incapace di giustificare il prelievo nei confronti di quei soggetti strutturalmente inadatti a destinare il risultato della relativa attività ai partecipanti (ad esempio, in quanto a struttura fondazionale)⁽²⁴⁾.

Il neo introdotto regime di trasparenza fiscale opzionale per le società di capitali e per le società a ristretta base proprietaria si cala in tale contesto, da un lato, contrapponendosi, dall'altro adeguandosi.

Vi si contrappone in quanto il regime della trasparenza non rispetta la filosofia del capannone dal momento che non risponde alla logica della tassazione definitiva in capo alla società, ma esattamente a quella opposta della tassazione

di imposta, il prelievo fiscale era, in definitiva, determinato dalla situazione personale di ciascun socio (così C. COSCIANI, *Considerazioni sulla riforma dell'imposta sulle persone giuridiche con riferimento al credito di imposta*, in *Bancaria*, 1978, pag. 22, G. FALSITTA, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d'impresa nell'ordinamento italiano*, in *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale (Atti del Convegno di S. Remo)*, Padova, 1981, pag. 111; A. CICOGNANI, *Società (Diritto tributario)*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 2; A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, pag. 552, nonché in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Roma – Milano, 1990, pag. 19). Tale conclusione, condivisa sul piano economico, è stata contestata sul piano giuridico attesa l'alterità soggettiva che connota soci e società (così G. TINELLI, F. PARISI, *Società nel diritto tributario*, cit. pag. 320).

⁽²²⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, pag. 687.

⁽²³⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 4824; I MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, pag. 14.

⁽²⁴⁾ G. VISENTINI, F. MARCHETTI, G. MELIS, *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*, cit., pag. 3.

soltanto in capo ai soci ⁽²⁵⁾. Infatti, nel regime di trasparenza delle società di capitali alla tassazione della società come soggetto autonomo si affianca, per sostituirsi, quella del socio. La relazione governativa ai provvedimenti di riforma indica, invece, quale principio informatore quello espresso dalla formula “*dalle persone alle cose*” ⁽²⁶⁾, nel senso di accentrare la tassazione non più sul socio, inteso come destinatario finale della imposizione, per lo meno in termini economici, ma sul soggetto che svolge l’attività commerciale da cui deriva il reddito; essa postula un sistema connotato da rilevanti profili di realtà, anziché di personalità ⁽²⁷⁾. Si scontrerebbero così due differenti interpretazioni del sistema.

La trasparenza si adeguerebbe, invece, al sistema dell’IRES ritenendo che attraverso le disposizioni in esame il legislatore abbia inteso rimeditare il presupposto dell’imposizioni in alcune situazioni. Si tratterebbe di quelle situazioni caratterizzate dal fatto che il potere che l’individuo esercita sull’organizzazione produttiva impiegata nell’attività può, infatti, indurre a ritenere la soggettività (anche) tributaria dell’ente collettivo quale “finzione” giuridica tale che gli effetti (anche) reddituali dell’impresa, formalmente imputati alla società, debbano essere, in realtà, riferiti al singolo individuo ⁽²⁸⁾. Gli articoli in esame, ed in particolare l’art. 116, si attagliano, infatti, secondo tale prospettiva, alla peculiare fisionomia dell’attuale contesto imprenditoriale nazionale prevalentemente sviluppato in “piccole” società di capitali a vocazione non propriamente industriale nel quale il ruolo dei soci è predominante in ragione del frequente e quasi fisiologico controllo esercitato da una ristretta cerchia di soci sulla gestione dell’impresa e sull’appropriazione del risultato potendo, così, esprimere un particolare modo di intendere il presupposto impositivo nell’imposizione dei redditi societari ⁽²⁹⁾. La società partecipata resa trasparente non sarebbe, quindi, un vero e proprio soggetto di imposta ma, invece, un centro di imputazione di effetti all’interno di una fattispecie complessa nella quale l’imposizione in capo al socio o la trasmissione a favore di questo delle perdite fiscali costituirebbero il risultato finale di un procedimento in cui il soggetto al quale riferire il mero esercizio dell’attività produttiva resta, pur sempre, titolare di situazioni giuridiche rilevanti sebbene non tali da giustificare in via sistematica il finale peso dell’imposta gravante sui soci in grado di dominare l’organizzazione produttiva e la gestione sociale.

Per risolvere in uno od altro senso il quesito relativo alla natura agevolativa o sistematica della trasparenza *ex art.* 115 e 116 t.u.i.r., occorre muovere dall’analisi di tematiche quali la soggettività tributaria in connessione con la configurazione degli indici di capacità contributiva.

⁽²⁵⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 687.

⁽²⁶⁾ In generale A. FEDELE, *La nuova disciplina IRES: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 465, nonché in *La riforma dell’imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 143; S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4824.

⁽²⁷⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 688.

⁽²⁸⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 120.

⁽²⁹⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 119.

CAPITOLO SECONDO

LA TRASPARENZA FISCALE E GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL TRIBUTO

SOMMARIO: 5. – La fattispecie impositiva: possesso di reddito ed elemento soggettivo; 6. – Nozione di possesso di reddito; 7. – Nozione di soggettività tributaria – l’approccio classico al fenomeno tra il diritto civile ed il diritto tributario; 8. – Nozione di soggettività tributaria – le società di capitali e le società di persone tra l’approccio classico e le recenti sollecitazioni legislative; 9. – La soggettività degli enti associativi nel diritto commerciale – le società di capitali e le società di persone; 9.1. – I tratti distintivi le società di persone dalle società di capitali; 9.1.1. – Le società personali: breve descrizione della fattispecie; 9.1.2. – Le società di capitali: breve descrizione della fattispecie; 9.1.2.1. – I tratti caratterizzanti le società a responsabilità limitata nel nuovo contesto normativo; 9.1.3 – Applicazioni pratiche dei modelli societari classici: le *joint ventures*; 9.2. – Il regime di responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali quale riflesso della ripartizione del potere di amministrazione; 9.3. – Il diritto alla ripartizione degli utili; 9.4. – Conseguenze sul piano dell’imputazione dell’attività; 10. – Nozione di soggettività tributaria – i recenti sviluppi in tema di soggettività tributaria: il *trust*; 11. – I riflessi fiscali dell’analisi civilistica nelle interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza – il problema della legittimità costituzionale dell’applicazione del principio di trasparenza; 11.1. – Prime considerazioni conclusive e prosecuzione dell’indagine.

5. – LA FATTISPECIE IMPOSITIVA: POSSESSO DI REDDITO ED ELEMENTO SOGGETTIVO.

La fattispecie tributaria si identifica come l’insieme degli elementi costituenti l’astratta fattispecie al cui concreto verificarsi si riallacciano gli elementi voluti dal legislatore; si qualifica quale fattispecie impositiva allorquando ad essa si collega l’obbligo di corrispondere una determinata somma a titolo di imposta⁽³⁰⁾.

Secondo l’impostazione tradizionale⁽³¹⁾, la fattispecie tributaria è formata da taluni elementi fondamentali, tra questi, il presupposto, inteso come quel fatto al cui verificarsi è dovuto il tributo, idoneo ad atteggiarsi a fatto indice di capacità contributiva⁽³²⁾, collegato con un determinato soggetto passivo. Alla luce di tale definizione, si può così distinguere:

⁽³⁰⁾ P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Milano, 2002, pag. 129.

⁽³¹⁾ F. PAPARELLA, *L’imposta sul reddito delle persone fisiche*, in A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, Torino, 2003, pag. 776.

⁽³²⁾ Così F. GALLO, *L’imposta sulle assicurazioni*, Torino, 1970, pag. 205; ID., *Le ragioni del fisco – Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007, pag. 81; F. BATISTONI FERRARA,

- il profilo oggettivo: che l'art. 1 t.u.i.r. individua nel "reddito" ⁽³³⁾;
- il profilo soggetto: che il medesimo articolo individua nel possesso quale relazione tra il reddito e il soggetto passivo ⁽³⁴⁾.

Con riferimento al primo profilo, ai fini della presente analisi preme esclusivamente rilevare che per redditi può intendersi ogni nuova ricchezza derivante da una fonte produttiva che viene ad aggiungersi a quella preesistente, con esclusione degli arricchimenti aventi una funzione meramente risarcitoria o reintegrativa delle perdite patrimoniali ⁽³⁵⁾.

Il possesso di reddito qualifica, invece, la relazione tra il reddito e il soggetto passivo intesa quale disponibilità dello stesso purché con l'*animus rem sibi habendi* ⁽³⁶⁾.

In secondo luogo, la fattispecie impositiva richiede l'esistenza di un soggetto passivo, vale a dire colui che ha posto in essere il presupposto ed al quale è imputabile il fatto indice di capacità contributiva, che nell'imposta sul reddito è, come visto, individuato dal possesso.

In terzo luogo, la capacità contributiva manifestata dal presupposto deve essere misurata mediante la base imponibile, che nelle imposte sui redditi si definisce quale sommatoria dei redditi appartenenti alle diverse categorie reddituali.

Infine, vi è il tasso di imposta, che applicato alla base imponibile determina l'ammontare dell'imposta dovuta.

Tra gli elementi evidenziati, vengono in rilievo nell'analisi del meccanismo impositivo della tassazione per trasparenza la nozione di possesso di reddito e i criteri per l'individuazione dei soggetti passivi.

6. – NOZIONE DI POSSESSO DI REDDITO.

"*Possesso di redditi*" è l'espressione con la quale il legislatore ha sinteticamente indicato, includendolo nella definizione del presupposto d'imposta,

Capacità contributiva, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1999, pag. 345; R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, in *Dir. prat. trib.*, 1982, pag. 631; E. DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2004, pag. 84; A. PARLATO, *Leggi e norme nel diritto tributario*, relazione presentata al convegno di Studio "L'attualità dei principi nel diritto tributario – Giornate di Studi per Antonio Berliri (1987 - 2007)", Bologna 14 – 15 dicembre 2007, pag. 7 del dattiloscritto.

⁽³³⁾ L. FERLAZZO NATOLI, *Il fatto rilevante nel diritto tributario. Contributo allo studio del "presupposto di fatto del tributo"*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, pag. 439; E. NUZZO, *Modelli ricostruttivi nella forma del tributo*, Padova, 1987, pag. 45.

⁽³⁴⁾ F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 778.

⁽³⁵⁾ Per questa distinzione, vedi E. DE MITA, *La definizione giuridica dell'imposta di famiglia*, Napoli, 1965, pag. 30; A.D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, pag. 152. G. TINELLI, *L'accertamento sintetico del reddito complessivo nel sistema dell'Irpef*, Padova, 1993, pag. 7; F. GALLO, *Prime considerazioni sulla disciplina dei redditi di capitale nel nuovo T.U.*, in *Rass. trib.*, 1988, pag. 39; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, pag. 23; C. GLENDI, *La nozione di reddito fiscale*, in V. UCKMAR – C. MAGNANI – G. MARONGIU, *Il reddito d'impresa nel nuovo Testo Unico*, Milano, 1988, pag. 125.

⁽³⁶⁾ F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 778; ID., *Possesso di redditi ed interposizione fittizia: contributo allo studio dell'elemento soggettivo nella fattispecie imponibile*, Milano, 2000, pag. 86; L. FERLAZZO NATOLI, *Il fatto rilevante nel diritto tributario. Contributo allo studio del "presupposto di fatto del tributo"*, cit., pag. 454.

sia dell'IRPEF (art. 1. t.u.i.r.) sia dell'IRES (art. 72 t.u.i.r.), il criterio di collegamento del reddito alla persona (fisica o giuridica) necessario per attribuire a quest'ultima la veste di soggetto passivo del tributo ⁽³⁷⁾.

Pur trattandosi di un'espressione risalente (si rinvia nell'art. 130 t.u.i.d. 28 gennaio 1958 n. 645, in tema di presupposto dell'imposta complementare), ha causato rilevanti incertezze interpretative che soltanto con il corso del tempo, grazie alle elaborazioni della dottrina, sono state superate. Dagli studi della dottrina sono emersi sostanzialmente tre diversi filoni interpretativi:

- a) il possesso *ex art.* 1140 cod. civ.;
- b) il possesso inteso come disponibilità (o fruibilità) del reddito;
- c) il possesso identificato con la "titolarità" del reddito.

Secondo la prima ipotesi ricostruttiva ⁽³⁸⁾, il concetto di possesso andrebbe inteso nel significato di cui all'art. 1140 cod. civ. come potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale ⁽³⁹⁾. Alla base di questo ragionamento c'è la considerazione secondo la quale, quando il legislatore tributario richiama un istituto di un altro ramo del diritto, esso deve essere inteso nel significato che ha nel ramo di provenienza, a meno che la norma fiscale non lo disciplini diversamente. Muovendo dal principio dell'unità dell'ordinamento giuridico, si dovrebbe ritenere integralmente recepito un istituto richiamato da un altro ramo del diritto ove tale richiamo avvenga senza modificazioni, mentre gli si dovrebbe attribuire un diverso significato ove, oltre ad effettuare il richiamo, vengono ad esso apportate espresse modificazioni ⁽⁴⁰⁾.

Con riferimento alla nozione di possesso, essendo questo istituto puramente e semplicemente richiamato, ne conseguirebbe che tale nozione sarebbe stata trasposta nell'ordinamento tributario nella sua accezione civilistica.

⁽³⁷⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 1990, pag. 63; R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, in *La capacità contributiva*, a cura di F. MOSCHETTI, Padova, 1993, pag. 94.

⁽³⁸⁾ M. A. GALEOTTI FLORI, *Il possesso del reddito nell'ordinamento dei tributi diretti*, Padova, 1983, pag. 72; G. PUOTI, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, IV, 1994, pag. 5; R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 632.

⁽³⁹⁾ Tale disposizione regola una delle possibili relazioni di fatto della persona con la cosa, tipizzate e nominate dalla legge civile. Il possesso si identifica con l'esercizio di fatto dei poteri corrispondenti al diritto di proprietà o di altro diritto reale su cosa altrui. Secondo l'art. 1140 cod. civ. non qualsiasi potere di fatto costituisce possesso, ma solo quel potere che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale. Oltre che possesso corrispondente al diritto di proprietà (c.d. possesso pieno), quindi, può esserci possesso corrispondente al contenuto di altri diritti reali, nel senso che si può possedere l'usufrutto, la superficie e così via (c.d. possesso minore), essendo titolari del relativo diritto. Per avere il possesso, occorre sia l'elemento oggettivo della relazione materiale sulla cosa o del potere di fatto su essa (*corpus*), sia l'elemento soggettivo o psicologico (*animus*), vale a dire l'intenzione di tenere la cosa come propria. L'art. 1140 cod. civ. non accenna a tale elemento soggettivo, essendo piuttosto rinvenibile dal confronto tra la nozione di possesso e quella di detenzione; quest'ultima, infatti, è la relazione materiale o di fatto fra soggetto e cosa nella quale, tuttavia, manca l'elemento soggettivo. Cfr. R. SACCO, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pag. 502; S. MENCARELLI, *Diritto civile e diritto tributario nella disciplina del presupposto dell'imposta comunale sugli immobili*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 418.

⁽⁴⁰⁾ Riporta tale teoria M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 64.

Muovendo dalla scelta interpretativa di apprezzare la nozione tributaria di possesso negli stessi termini della corrispondente nozione civilistica è stato precisato ⁽⁴¹⁾ che non è sufficiente la materiale disponibilità del bene, bensì tale elemento materiale deve essere accompagnato dall'intenzione di esercitare sulla cosa i poteri che conferisce la proprietà (c.d. *animus rem sibi habendi*). Si ritiene, infatti, di dover estendere al campo tributario la distinzione civilistica tra possesso e detenzione, così da far ricadere nel campo di applicazione dei tributi solo la prima delle due menzionate situazioni che si realizza allorché un soggetto esercita su un bene un potere di fatto corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà.

Secondo questa accezione, quindi, il possesso consisterebbe nel diritto di godere (cioè di trarre una utilità) e/o di disporre (cioè di amministrare) di una *res* materiale. Si pone, allora, conseguentemente, il problema di verificare se il reddito possa essere oggetto di possesso. A tale questione si è ritenuto di dare soluzione positiva ritenendo che la figura civilistica di possesso calzerebbe a qualunque tipo di reddito ⁽⁴²⁾ sia esso costituito da somme di denaro, da altri beni oppure da crediti, sia esso si manifesti, come nel caso del reddito d'impresa, nell'incremento del patrimonio misurabile in termini di aumento del suo valore; in tale ultima ipotesi, il possesso del reddito si tradurrebbe nel possesso dell'azienda la quale ingloba il reddito dalla stessa prodotto.

Più precisamente, viene fornita una interpretazione multiforme di possesso che varia in relazione alle diverse categorie reddituali coinvolte, sicché:

- a) nei redditi fondiari, il possesso, nella sua più stretta accezione civilistica, esprime il potere che il soggetto passivo vanta su un bene immobile in forza del diritto di proprietà o altro diritto reale;
- b) nei redditi di capitale e di lavoro, ed in genere nei redditi tassati con il principio della cassa, rileva la materiale ed effettiva disponibilità di una somma di denaro. Il reddito, infatti, in questi casi è composto soltanto dal denaro o dai beni in natura ricevuti in pagamento delle prestazioni ed utilità rese, sui quali si appunta pertanto il possesso del reddito medesimo;
- c) nel reddito d'impresa, il possesso si concretizza nel possesso della fonte che lo produce, ovvero dell'azienda.

La conclusione è che il possesso dei redditi si esplicherebbe sempre in forme proprie dell'istituto privatistico, in quanto relativo a beni, denaro o aziende, oggetto del potere di godimento e disposizione, tranne che nell'ipotesi dei redditi prodotti in forma associata. L'unica deroga, infatti, al principio del possesso dei redditi, come sopra inteso, si rinverrebbe nella imputazione ai singoli soci dei redditi prodotti in forma associata per trasparenza in quanto la legge impone di prescindere dalla percezione che, al contrario, costituisce elemento indefettibile del possesso ⁽⁴³⁾.

Tale orientamento, che, in definitiva, interpretava la nozione di possesso come vera e propria titolarità giuridica del reddito ⁽⁴⁴⁾, è stata oggetto di critiche.

⁽⁴¹⁾ R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 632.

⁽⁴²⁾ M. A. GALEOTTI FLORI, *Il possesso del reddito nell'ordinamento dei tributi diretti*, cit., pag. 73.

⁽⁴³⁾ M. A. GALEOTTI FLORI, *Il possesso del reddito nell'ordinamento dei tributi diretti*, cit., pag. 74.

⁽⁴⁴⁾ R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 632.

CAPITOLO SECONDO

In primo luogo, ha destato perplessità la scelta relativa al canone ermeneutico utilizzabile quando la norma tributaria menziona istituti appartenenti ad altri rami del diritto ⁽⁴⁵⁾.

La scelta di attribuire alla nozione tributaria di possesso il medesimo significato che ha la corrispondente nozione in campo civilistico trova il proprio fondamento in un risalente orientamento ⁽⁴⁶⁾ secondo cui la connessione del diritto tributario con le altre branche dell'ordinamento è una questione da risolversi preferendo il criterio dell'omogeneità sistematica. Secondo questa impostazione sarebbe preferibile presumere che quando una norma di diritto tributario fa riferimento ad un rapporto di diritto privato, ha adottato anche la definizione che di quel rapporto ha dato lo stesso diritto privato, salvo il caso che per le speciali esigenze dell'ordinamento tributario non risulti chiaro, in caso di espressa diversa indicazione, che il legislatore ha voluto adottare una diversa definizione.

Tale opzione ermeneutica si può ritenere condivisibile in quanto risulta ragionevole non attribuire ai vocaboli e agli istituti richiamati nel diritto tributario un significato diverso da quello che hanno nell'ordinamento cui appartengono. Tuttavia, ben il legislatore tributario può modificare i concetti appartenenti ad altre branche dell'ordinamento, salvo non alterare tali concetti in modo irrazionale, per meglio adattarli alle esigenze del diritto tributario ⁽⁴⁷⁾. Può, infatti, essere suscettibile di censura costituzionale sia snaturare un termine rispetto al suo significato originario (violando così il principio costituzionale di uguaglianza) ⁽⁴⁸⁾, sia utilizzare un termine in un'accezione non coerente con il principio, parimenti costituzionale, di capacità contributiva.

L'interprete deve quindi dare priorità metodologica ⁽⁴⁹⁾ al principio dell'unità dell'ordinamento, ma potrà discostarsi da esso per meglio calare quel termine nel diritto tributario.

Peraltro, si deve anche osservare che la scelta di attribuire un significato autonomo ad un istituto mutuato da un altro ramo del diritto solo allorquando il richiamo avviene con modificazioni espresse risulta limitativo in quanto, in tale ipotesi, neppure sussiste un problema interpretativo. Quando il legislatore tributario delimita il perimetro del richiamo, già manifesta la volontà di fissare nozioni autonome e proprie in seno alle quali è esplicita la diversificazione rispetto al significato ed alla portata delle stesse nelle norme extratributarie.

Secondo tale opzione ricostruttiva ⁽⁵⁰⁾, allora, risulta che gli istituti richiamati da altri rami del diritto devono essere intesi in senso diverso da quello originario non solo quando ciò sia espressamente previsto dalla norma tributaria,

⁽⁴⁵⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 67.

⁽⁴⁶⁾ Cass., sent. 31 marzo 1941, n. 930 ampiamente analizzata da G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pag. 152.

⁽⁴⁷⁾ G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, cit., pag. 154; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – Parte generale*, Torino, 2003, pag. 42.

⁽⁴⁸⁾ G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, cit., pag. 154.

⁽⁴⁹⁾ Così G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, cit., pag. 159; cfr. anche A. PARLATO, *Leggi e norme nel diritto tributario*, cit., pag. 5 del dattiloscritto.

⁽⁵⁰⁾ Riporta tale teoria M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 64.

ma anche quando il loro significato originario non sia compatibile con la *ratio* della disposizione fiscale che effettua il richiamo ⁽⁵¹⁾.

Applicando tale regola è consentito attribuire al termine possesso un diverso significato. Per proseguire in questa operazione è stato ritenuto necessario meglio approfondire l'oggetto del possesso ⁽⁵²⁾ muovendo dall'analisi delle singole categorie reddituali.

La dottrina ⁽⁵³⁾ ha così potuto concludere che:

- a) con riferimento alla categoria del reddito di impresa, questa non è inseribile nello schema civilistico. Tale istituto, infatti, postula una relazione materiale con una cosa, mentre il reddito d'impresa si presenta come “*espressione numerica e sintetica di un complesso procedimento di valutazione e di calcolo dei risultati economici imputabili ad un determinato periodo*” e pertanto su di essa non è possibile esercitare un potere di fatto corrispondente all'esercizio di un diritto di proprietà o di un altro diritto reale;
- b) i redditi fondiari, è stato osservato, sono redditi non effettivi in quanto il legislatore nella loro quantificazione prescinde del tutto dalla verifica dell'effettivo sfruttamento dei beni per utilizzare criteri forfetari di determinazione dell'imponibile sicché, anche in questo settore, l'entità imponibile, confluyente nel reddito complessivo “posseduto” dal soggetto passivo, è una entità in tutto o in parte astratta e quindi non suscettibile di possesso ai sensi dell'art. 1140 cod. civ.;
- c) l'orientamento in esame concorda, invece, con quello precedente con riferimento alle ipotesi dei redditi di capitale, di lavoro dipendente e dei redditi diversi, i quali, per essere regolati dal principio di cassa, e per l'assenza di profili prettamente estimativi e/o convenzionali nella loro determinazione, si lasciano sostanzialmente identificare nella somma di denaro che ne esprime l'ammontare sicché non si può escludere che ricorra il fenomeno del possesso *ex art.* 1140 cod. civ..

Si è quindi obiettato che la nozione di possesso quale potere di fatto sulla cosa accompagnato dall'*animus rem sibi habendi* può esclusivamente riferirsi ai redditi rappresentati da somme di denaro, ma non ai redditi rappresentati da situazioni giuridiche complesse. Oggetto del possesso non è solo un flusso di denaro, ma altresì un immobile, un complesso organizzato di beni, un diritto di credito ⁽⁵⁴⁾. Questi, pur non essendo suscettibili di apprensione materiale, hanno rilevanza tributaria. Conseguentemente, si è cercato di interpretare il concetto di possesso in modo da coordinarlo con l'entità che ne costituisce l'oggetto, ovvero il reddito ⁽⁵⁵⁾. In questo senso, è stato sostenuto che la nozione di possesso, lungi dall'essere intesa in senso civilistico, secondo il disposto

⁽⁵¹⁾ L. TOSI, *La nozione di reddito – Il possesso di reddito*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone fisiche*, a cura di F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 45; M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 67.

⁽⁵²⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 67.

⁽⁵³⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 75.

⁽⁵⁴⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 67.

⁽⁵⁵⁾ L. TOSI, *La nozione di reddito – Il possesso di reddito*, cit., pag. 45.

dell'art. 1140 cod. civ., deve essere interpretata esclusivamente come materiale e concreta disponibilità del reddito complessivo ⁽⁵⁶⁾. La relazione che deve intercorrere tra il soggetto e il reddito deve, alla luce di tale orientamento, apprezzarsi in termini di disponibilità effettiva come peraltro sottolineato nella relazione ministeriale all'art. 1, d.P.R. n. 597 del 1973 ⁽⁵⁷⁾ secondo cui “più che alla titolarità giuridica dei redditi la norma” dovrebbe “riferirsi alla loro materiale disponibilità da parte del soggetto di imposta”.

Tale disamina ha, quindi, consentito di concludere ritenendo che, pur non essendo il possesso riferito ai redditi identificabile con l'istituto del diritto civile, la nozione fiscale comunque intende fare riferimento ad posizione soggettiva implicante una situazione di godimento concreto e disponibilità effettiva. Fiscalmente, il possesso sottende quindi una vera e propria “disponibilità materiale” in luogo della “titolarità giuridica” del reddito.

Una simile impostazione affonda le sue radici nell'art. 3, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 574 e nella normativa precedente ⁽⁵⁸⁾, che faceva ricomprendere nella base imponibile IRPEF, oltre ai redditi propri del contribuente, anche i redditi altrui dei quali egli avesse avuto la disponibilità o l'amministrazione, senza obbligo della resa dei conti. Secondo tale orientamento, dunque, il possesso dei redditi doveva identificarsi più che nella loro titolarità giuridica nella materiale disponibilità dei medesimi da parte del soggetto d'imposta. Questa teoria, in sostanza, ricostruisce il concetto di possesso in chiave meramente economica, escludendo la necessità di dover constatare la giuridica disponibilità della fonte, per attribuire rilevanza a tutti quei comportamenti non incidenti direttamente su quest'ultima, ma che si collocano nella successiva fase di utilizzazione o consumo del reddito. In tal modo la soggettività passiva si indirizza dal titolare “di diritto” del reddito al titolare “di fatto”, cioè al soggetto che, pur non risultando giuridicamente il titolare del reddito, dimostri, con il proprio comportamento, di disporre dello stesso, utilizzandone i frutti o ponendo in essere atti di gestione ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾; M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 82; A. FEDELE, “Possesso” di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del “cumulo” (nota a c. cost. 15 luglio 1976, n. 179), in *Giur. cost.*, 1976, pag. 2163; E. POTITO, *Il sistema delle imposte dirette*, Milano, 1989, pag. 19; M. BERGAMIN BARBATO, *Reddito imponibile e risultato economico di gestione: sancita la diversità o avvicinate le posizioni?*, in *Rass. trib.*, 1987, pag. 387; M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Milano 2007, pag. 3; *contra*, M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 66. Sulla nozione di possesso in generale vedi anche M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996, pag. 45; R. LUPI, *Diritto tributario - Parte speciale: I sistemi dei singoli tributi*, Milano, 2005, pag. 40; G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, pag. 371.

⁽⁵⁷⁾ Pubblicata in *Boll. trib.*, 1973, pag. 2002.

⁽⁵⁸⁾ S. MENCARELLI, *Diritto civile e diritto tributario nella disciplina del presupposto dell'imposta comunale sugli immobili*, cit., pag. 426 riferisce in particolare dell'art. 131, testo unico 29 gennaio 1958, n. 645, in materia di imposta complementare, a commento del quale l'Amministrazione Finanziaria aveva precisato che “nel ricercare il soggetto dell'imposta bisogna avere riguardo alla persona a cui il reddito effettivamente appartiene e non alla persona che comunque tale reddito materialmente percepisca od amministri” (Circ. 12 marzo 1925).

⁽⁵⁹⁾ S. MENCARELLI, *Diritto civile e diritto tributario nella disciplina del presupposto dell'imposta comunale sugli immobili*, cit., pag. 426.

Tale ricostruzione ha trovato parziale avvallo dalla Corte costituzionale che, nella significativa sentenza n. 179 del 1976 sul cumulo legale dei redditi coniugali ⁽⁶⁰⁾, ha ribadito *“l’esigenza che i principi della personalità e della progressività dell’imposta siano esattamente applicati; che la soggettività passiva dell’imposta sia riconosciuta ad ogni persona fisica con riguardo alla sua capacità contributiva; che al concreto atteggiarsi di questa si ponga mente in sede di accertamento ed in funzione del debito e della responsabilità d’imposta; e che la materia trovi adeguata disciplina in norme per le quali il possesso dei redditi si sostanzia nella libera disponibilità di essi”*.

Si è pervenuti così ad una nozione tributaria di possesso oggetto del quale è la ricchezza imponibile di volta in volta individuata dal legislatore tributario. Ciò consente di rispettare l’approccio casistico del Testo Unico che articola la nozione di reddito nell’ambito delle diverse categorie, senza offrirne una definizione unitaria ⁽⁶¹⁾.

Anche la tesi della disponibilità effettiva sino ad ora esposta è stata oggetto di censure e ritenuta non corretta in quanto potrebbe condurre ad imputare al soggetto di imposta redditi altrui di cui ha, però, la disponibilità. Differentemente, analizzando le norme del Testo Unico, risulta essere stata eliminata qualsiasi ipotesi di reddito altrui; nel t.u.i.r. viene, infatti, completamente esclusa la rilevanza di mere situazioni di fatto caratterizzate dal godimento di redditi non propri ⁽⁶²⁾.

Altra parte della dottrina ⁽⁶³⁾, quindi, ha sottolineato la necessità di individuare criteri unitari di riferibilità soggettiva del reddito eventualmente derogati da norme speciali relativamente ad alcune categorie di reddito. Tale impostazione muove da una preliminare considerazione: il possesso non rappresenta, come precedentemente affermato, il legame tra il presupposto di imposta e il soggetto di imposta, bensì descrive il legame di *“stabilità del provento imponibile nell’ambito del patrimonio incrementato stabilendo in quale momento la capacità contributiva specifica del tributo possa essere considerata effettuale ed attuale”* ⁽⁶⁴⁾. Il possesso non rappresenterebbe il profilo soggettivo del presupposto, bensì concorrerebbe a definirne il profilo oggettivo quale rapporto tra il reddito ed il tributo considerato nella sua qualificazione temporale.

Posta tale premessa, si osserva allora che nella descrizione delle varie categorie reddituali, la nozione di possesso, pur individuando differenti gradi di materialità, imputa il reddito non tanto a chi ne ha la titolarità, bensì a chi ne ha la spettanza. Viene osservato, infatti, che mentre dal punto di vista civilistico esiste un titolare del reddito o della sua fonte produttiva, dal punto di vista tributario l’imposizione si attua anche se il reddito non è nella titolarità civilistica di alcuno, o in quanto non sussiste essendo meramente potenziale o derivante da *“finzioni*

⁽⁶⁰⁾ in *Giur. cost.*, 1976, pag. 1095 con note di A. FEDELE, *“Possesso” di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del “cumulo”*, in *Giur. cost.*, 1976, pag. 2159; L. PERRONE, *Il cumulo dei redditi familiari: costituzionalmente illegittimo o soltanto iniquo?*, in *Giur. cost.*, 1976, pag. 2188; A. G. ZORZI, *Ma il cumulo dei redditi è davvero illegittimo*, in *Giur. cost.*, 1976, pag. 2207.

⁽⁶¹⁾ F. PAPARELLA, *L’imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 784.

⁽⁶²⁾ M. MICCINESI, *L’imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 89.

⁽⁶³⁾ M. NUSSI, *L’imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pag. 325.

⁽⁶⁴⁾ M. NUSSI, *L’imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pag. 168.

tributarie”⁽⁶⁵⁾. Da tale conclusione consegue quindi l’opportunità di apprezzare la nozione di possesso di reddito in termini di riferibilità del reddito secondo le disposizioni del codice civile. Un soggetto si può così considerare possessore di reddito allorquando detto reddito (e non la fonte produttiva) è a lui riferibile secondo le regole civilistiche (e non esclusivamente laddove ne ha il possesso *ex art.* 1140 cod. civ.), quindi secondo criteri giuridici (e non secondo criteri economico – tributari). Deve, quindi, sussistere un titolo giuridico derivante da un diritto reale o da un diritto relativo, al quale deve corrispondere un accrescimento patrimoniale nella sfera soggettiva del titolare di tale diritto. Soggetto passivo è così colui al quale spetta, su un reddito imponibile, il diritto civilistico che si caratterizza per il suo inserimento nella struttura materiale del presupposto di imposta⁽⁶⁶⁾ (c.d. teoria della spettanza civilistica).

La dottrina dominante⁽⁶⁷⁾ si discosta da tale teoria continuando a collocare il possesso di reddito nell’ambito dei profili soggettivi del presupposto di imposta e continuando così a porre l’accento sulla relazione intercorrente tra il soggetto d’imposta e il reddito conseguito. Per meglio approfondire la nozione di possesso, la stessa dottrina⁽⁶⁸⁾ ha poi ritenuto necessario analizzare tale rapporto alla luce del principio di capacità contributiva che opera come presupposto, parametro e misura massima di ogni dovere di concorrere alle spese pubbliche.

Il presupposto di ogni imposta deve costituire il riflesso del principio di capacità contributiva dal momento che solo in presenza di tale potenzialità economica è legittimo il concorso alle spese pubbliche. Ne consegue allora che anche il problema dell’interpretazione della formula “possesso di redditi” deve essere risolto individuando chi sia titolare della capacità contributiva nell’ambito delle imposte sui redditi. Se il reddito costituisce l’indice di capacità contributiva, bisogna qualificare la nozione di possesso in modo tale da giungere a sottoporre all’imposta il soggetto che risulta essere l’effettivo titolare di tale capacità di concorrere alle spese pubbliche.

Dovendo quindi il possesso di reddito rappresentare l’indice di riferibilità ad un soggetto della potenzialità economica evidenziata dal reddito, allora il possesso

⁽⁶⁵⁾ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pag. 329 che ritiene ricadano in questa ipotesi le forfetizzazioni normative stabilite normativamente o, nella determinazione del reddito di impresa, componenti quali gli ammortamenti e le valutazioni di magazzino.

⁽⁶⁶⁾ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pag. 333.

⁽⁶⁷⁾ Sulla nozione “giuridica” di possesso vedi M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 83; F. MOSCHETTI, *Capacità contributiva*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pag. 12; ID., *Profili generali*, in *Trattato di diritto tributario – Il diritto tributario e le sue fonti*, diretto da A. AMATUCCI, I, Padova, 1994, pag. 225; G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario. Principi generali*, Milano, 1991, pag. 57; L. TOSI, *La nozione di reddito - Il possesso del reddito*, cit., pag. 45; F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, pag. 1762; A. CARINCI, *L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi*, Padova, 2003, pag. 60; A. FEDELE, *Possesso di redditi, capacità contributiva e incostituzionalità del cumulo*, cit., pag. 2159; L. PERRONE, *Il cumulo dei redditi familiari: costituzionalmente illegittimo o soltanto iniquo?*, cit., pag. 2188; A. BERLIRI, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano 1965, pag. 27; E. POTITO, *Il sistema delle imposte dirette*, cit., pag. 33.

⁽⁶⁸⁾ F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, *passim*; ID., *Profili generali*, in *La capacità contributiva*, a cura di F. MOSCHETTI, Padova, 1993, *passim*; R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, cit., Padova, 1993, pag. 94.

di reddito non può identificarsi in mere situazioni di fatto, bensì deve rivenirsi nella titolarità di situazioni giuridiche soggettive. In tale concetto rientrano tutte quelle situazioni giuridiche per il cui tramite ha luogo l'imputazione al soggetto delle attività o dei diritti sui cespiti dai quali il reddito scaturisce ovverosia tutte quelle situazioni che le norme che regolano l'attribuzione dei redditi alle varie categorie individuano ⁽⁶⁹⁾.

Quale che sia la situazione giuridica nella quale si identifica la titolarità della fonte, questa rileva in quanto determina la giuridica riferibilità al medesimo soggetto dei risultati dell'attività, dei frutti del cespite, dei beni e delle somme di danaro comunque prodotti dalla fonte stessa. Il possesso di reddito non si rinviene, quindi nella disponibilità materiale dello stesso, bensì nella disponibilità giuridica dello stesso che consegue, di regola, alla titolarità della fonte produttiva ⁽⁷⁰⁾. Titolare della capacità contributiva è il soggetto in grado "con una propria manifestazione di volontà" di "incidere positivamente sulle caratteristiche del reddito stesso" contribuendone all'esistenza materiale o giuridica ⁽⁷¹⁾.

Così ragionando, secondo l'impostazione dominante, il possesso dei redditi viene fatto coincidere con il possesso della fonte di reddito sicché il termine possesso può assumere un significato diverso a seconda del tipo di reddito e del tipo di fonte: per i redditi fondiari e quelli da capitale, il possesso riguarda, in senso civilistico, gli immobili e il capitale investito; nei redditi da lavoro si riferisce alle energie e capacità produttive; nei redditi d'impresa coincide con lo *status* di imprenditore.

In definitiva, il possesso implica una relazione del soggetto con la fonte produttiva del reddito che si qualifica diversamente a seconda del reddito e che deve essere sempre diretta ed immediata senza interposizione di altri soggetti. ⁽⁷²⁾ Ove vi siano altri soggetti, si spezza il particolare legame tra soggetto e fonte e il soggetto non è più possessore (in senso fiscale) del reddito anche se materialmente ne può godere e disporre. Il titolare deve avere la libera disponibilità della fonte intesa quale capacità da parte del soggetto di acquisire il reddito nella propria sfera patrimoniale.

In definitiva, la locuzione possesso di redditi viene interpretata attribuendo al possesso un significato coerente con le norme tributarie, in primo luogo con l'art. 53 Cost., intendendolo come relazione, diretta ed immediata, con la causa produttiva e come disponibilità libera ed effettiva del reddito. Il possesso assume così un significato coerente solo riferendolo alla fonte reddituale ed esprime "il complesso delle relazioni giuridicamente qualificate vantate dal soggetto passivo nei confronti della fonte medesima desumibili dalle norme relative alle categorie di reddito" ⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁹⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 93.

⁽⁷⁰⁾ F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 785; L. TOSI, *La nozione di reddito – Il possesso di reddito*, cit., pag. 47; M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., pag. 94.

⁽⁷¹⁾ G. TINELLI, *L'accertamento sintetico del reddito complessivo nel sistema dell'Irpef*, cit., pag. 59; ID., *Il reddito d'impresa nel diritto tributario. Principi generali*, cit., pag. 57.

⁽⁷²⁾ L. TOSI, *La nozione di reddito – Il possesso di reddito*, cit., pag. 47

⁽⁷³⁾ F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 785.

7. – NOZIONE DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA – L'APPROCCIO CLASSICO AL FENOMENO TRA IL DIRITTO CIVILE ED IL DIRITTO TRIBUTARIO.

Ai sensi degli artt. 1 e 72 t.u.i.r. il possesso dei redditi diviene il punto di partenza della fattispecie imponibile. Definito tale elemento si deve allora procedere ad individuare il successivo elemento della fattispecie: il soggetto di imposta ⁽⁷⁴⁾.

Parlare di soggettività tributaria significa porsi il problema dei requisiti richiesti, se del caso in via specifica dalla legislazione tributaria, per il riconoscimento di una astratta idoneità alla titolarità dell'obbligazione tributaria dal lato attivo e/o passivo: con la possibilità, in via ulteriore, di disquisire sulla coincidenza o meno dell'area della soggettività tributaria con quella della capacità giuridica di diritto comune ⁽⁷⁵⁾.

Con l'espressione soggettività tributaria si indicano tutti i presupposti o figure di titolarità di situazioni giuridiche soggettive passive stabilite dalle norme tributarie. Si tratta di titolarità di situazioni giuridiche soggettive che hanno come fonte una norma tributaria ⁽⁷⁶⁾. Le leggi di imposta, infatti, ipotizzano, come chiarito in dottrina ⁽⁷⁷⁾, oltre all'obbligazione tributaria in senso proprio, ovvero quella direttamente collegata ad una manifestazione di capacità contributiva, una serie di ulteriori situazioni giuridiche che fanno capo sia al debitore o al creditore di imposta sia a terzi soggetti. L'esistenza di tali ulteriori situazioni giuridiche determina la coesistenza di una pluralità di rapporti e/o situazioni giuridiche soggettive, sia attive, sia passive, anch'esse aventi rilevanza tributaria in quanto trovano il proprio fondamento nella legge tributaria e sono funzionalmente collegate all'accertamento e/o riscossione del credito di imposta.

È stata così enucleata in dottrina ⁽⁷⁸⁾ una duplice nozione di "soggetto passivo di imposta". Per tale si può intendere, infatti, sia il soggetto nei cui confronti si verifica la fattispecie tributaria in senso stretto (o presupposto di fatto del tributo) e che è, pertanto, tenuto al pagamento in via definitiva dell'imposta (contribuente o soggetto passivo del tributo) sia, più genericamente colui che può

⁽⁷⁴⁾ L. FERLAZZO NATOLI, *Il fatto rilevante nel diritto tributario. Contributo allo studio del "presupposto di fatto del tributo"*, cit., pag. 455.

⁽⁷⁵⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5611; ID., *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, pag. 216; F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1985, pag. 385; A.D. GIANNINI, *I concetti fondamentali di diritto tributario*, Torino, 1956, pag. 206; E. ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965, *passim*; G. A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Opere minori di diritto tributario*, I, Milano, 1982, pag. 331; ID., *Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria*, in *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale (Atti del Convegno di S. Remo)*, Padova, 1981, pag. 45; P. SELICATO, *L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milano, 2001, pag. 151; V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale all'indomani della riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 1587.

⁽⁷⁶⁾ J. L. PEREZ DE AYALA, *La soggettività tributaria*, in *Trattato di diritto tributario - Il rapporto giuridico tributario*, diretto da A. AMATUCCI, II, Padova, 1994, pag. 371.

⁽⁷⁷⁾ E. POTITO, *Soggetto passivo di imposta*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pag. 1226; G. A. MICHELI, G. TREMONTI, *Obbligazioni (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pag. 431.

⁽⁷⁸⁾ E. POTITO, *Soggetto passivo di imposta*, in *Enc. dir.*, XLII, cit., pag. 1226.

essere tenuto a rispondere verso l'ente creditore di adempimenti a rilevanza tributaria, siano essi di natura sostanziale che meramente formale. Si distingue così la “*soggettività passiva in senso sostanziale*”, che concerne l'individuazione del soggetto che sopporta concretamente il peso economico del tributo, dalla “*soggettività passiva in senso formale*” che, invece, concerne la possibilità di considerare un soggetto quale destinatario di un complesso di obblighi quali la tenuta delle scritture contabili e la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi.

È noto come la dottrina tributaria ⁽⁷⁹⁾ abbia tradizionalmente affrontato il tema della soggettività tributaria in termini di confronto-contrapposizione rispetto all'area della soggettività civilistica: essa chiedendosi, in particolare, se l'imputabilità dell'obbligazione tributaria potesse prescindere dalla verifica della idoneità alla imputazione di situazioni giuridicamente rilevanti nel diritto comune ovvero, viceversa, se alla capacità giuridica di diritto comune potesse far riscontro un'incapacità giuridica di diritto tributario. Mentre nel dibattito dottrinale più risalente non è mancato chi ha ammesso che la soggettività impositiva potesse andare disgiunta dalla capacità giuridica di diritto comune ⁽⁸⁰⁾, successivamente è venuto diffondendosi e consolidandosi il convincimento che la soggettività tributaria non possa prescindere da (ma anzi presupponga) quella civilistica: e ciò in considerazione del fatto che l'integrazione della fattispecie impositiva implica, a livello sostanziale, la giuridica riferibilità degli eventi, situazioni, atti o attività assunti dal legislatore a presupposto d'imposta ⁽⁸¹⁾

Il problema, analogamente a quanto chiarito con riferimento alla nozione di possesso, deve essere affrontato muovendo dal dato costituzionale. Il principio di capacità contributiva si riferisce ad una qualità soggettiva, consistente nell'idoneità all'obbligazione d'imposta, e la tassazione deve essere perciò commisurata alla situazione complessiva di ciascuno ⁽⁸²⁾. Discende, in particolare, che l'attribuzione di soggettività passiva deve essere giustificata da una capacità contributiva propria dell'entità individuata dalla legge fiscale, ossia dalla riferibilità alla stessa, sul piano economico, della manifestazione di ricchezza scelta come componente oggettiva del presupposto.

L'art. 53, comma 1, Cost. stabilisce, infatti, che “tutti” sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della “loro” capacità contributiva, ponendo così un necessario collegamento fra la titolarità di capacità contributiva e la soggezione al prelievo.

L'espressione “tutti” consente di assoggettare a contribuzione qualsiasi soggetto individuale o collettivo che manifesti un'autonoma disponibilità di potere economico. Detta disposizione costituisce il parametro in relazione al quale verificare se possano ritenersi legittime norme tributarie che individuano come soggetti d'imposta figure non previste da altri rami dell'ordinamento. Il legislatore, in tale operazione, incontra il limite di dover collegare a enti non soggettivizzati da altri rami del diritto il presupposto del tributo. Ciò è possibile a condizione di individuare in tali entità una specifica capacità contributiva,

⁽⁷⁹⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5613.

⁽⁸⁰⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5613.

⁽⁸¹⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5614

⁽⁸²⁾ F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, cit., *passim*; ID., *Profili generali*, cit., *passim*; R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, cit., Padova, 1993, pag. 69.

derivante dal potere di fatto su certe manifestazioni di ricchezza (salvo poi individuare le persone fisiche o giuridiche idonee a rappresentarli, titolari dei conseguenti obblighi di pagamento, destinatarie delle sanzioni per l'inadempimento di essi ed eventualmente soggette all'esecuzione forzata) ⁽⁸³⁾. L'individuazione del soggetto al quale imputare la manifestazione di ricchezza non è, quindi, lasciata alla mera discrezionalità del legislatore, ma deve fondarsi sulla riferibilità allo stesso del relativo potere economico.

Ciò premesso risulta allora che se nella maggior parte dei casi la legge fiscale dovrà rifarsi proprio alla disciplina civilistica, tuttavia non si esaurisce in questo campo il novero dei soggetti cui attribuire soggettività tributaria.

In definitiva, la creazione di figure soggettive non conosciute dal diritto comune e l'allontanamento dai criteri di attribuzione della titolarità del presupposto ricavati dalle norme extrafiscali deve ritenersi consentito a condizione che abbia una razionale giustificazione in termini di capacità contributiva ⁽⁸⁴⁾.

Si può inoltre accettare la costruzione di autonomi soggetti di diritto tributario per esigenze relative all'attività di accertamento e riscossione, per semplificare cioè l'applicazione del prelievo, imputando i relativi obblighi formali e sostanziali all'organizzazione impiegata come strumento di produzione della ricchezza assoggettata a tassazione ⁽⁸⁵⁾, il cui titolare civilistico non sia facilmente raggiungibile dall'Amministrazione Finanziaria.

Atteso quindi che l'individuazione come soggetto passivo di un tributo di un ente deve soddisfare il requisito di cui all'art. 53 Cost. sicché questa si può riconoscere a chi abbia la disponibilità economica della ricchezza assoggettata a prelievo, risulta che il problema viene tradizionalmente risolto attribuendo soggettività passiva tributaria, in primo luogo, ai soggetti cui già viene riconosciuta soggettività ai fini del diritto civile.

Mentre è pianamente riconosciuta soggettività tributaria alle persone fisiche, maggiormente dibattuto è il medesimo problema con riferimento agli enti collettivi. Tale squilibrio viene spiegato sulla base della circostanza che gli individui sono comunemente riconosciuti come punto di collegamento indeclinabile dell'intero sistema giuridico senza che ad essi siano riconducibili limitazioni quantitative o settoriali incidenti sulle loro capacità e quindi sulla qualifica di soggetto giuridico ⁽⁸⁶⁾. Maggiori perplessità sono sorte sui soggetti collettivi.

In merito sono state proposte teorie negatrici della soggettività di tali enti sulla base della considerazione che l'ordinamento può attribuire diritti e imporre doveri soltanto agli uomini, sicché i diritti e i doveri delle persone giuridiche devono tradursi in diritti e doveri degli individui che compongono la compagine associativa. Tali conclusioni muovono, secondo queste impostazioni,

⁽⁸³⁾ R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, cit., Padova, 1993, pag. 71.

⁽⁸⁴⁾ R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, cit., pag. 71.

⁽⁸⁵⁾ R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, cit., pag. 71.

⁽⁸⁶⁾ A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, pag.

dall'impossibilità di considerare gli enti mere specificazioni normative che consentono agli aderenti di perseguire obiettivi comuni ⁽⁸⁷⁾.

Simili teorie sono state però presto abbandonate in favore del pieno riconoscimento della soggettività anche degli enti collettivi ed, in particolare, delle persone giuridiche. Anche gli enti sono considerati idonei a rappresentare punti di collegamento del sistema giuridico e centri di riferibilità per le norme ⁽⁸⁸⁾. Si è, infatti, riconosciuto che, anche rispetto alle entità non individuali, è possibile individuare un sostrato pregiuridico rappresentato dal complesso degli individui e da un minimo di patrimonio da destinarsi alle necessità dello stesso ente ⁽⁸⁹⁾. Poste tali premesse è stato rinvenuto nel riconoscimento di personalità giuridica ad opera del diritto civile l'elemento discriminante per accertare se un dato soggetto possa essere o meno considerato quale autonomo centro di imputazione.

È a questo punto necessario puntualizzare la relazione che intercorre tra soggettività giuridica e personalità giuridica ⁽⁹⁰⁾. Non è controverso, nei moderni ordinamenti, che tutte le persone fisiche siano titolari di capacità giuridica, e trova quindi pressoché pacifica e generale condivisione l'assunto che qualifica tutti gli individui quali soggetti di diritto. Estremamente controverso è invece il ruolo delle persone giuridiche quali soggetti di diritto, così come di difficile definizione appare la rilevanza soggettiva delle altre entità non personificate. Il conferimento della personalità giuridica può definirsi quale giudizio di valore, previsto da una norma giuridica, in base al quale l'ordinamento stabilisce di attribuire ad un ente la personalità. I requisiti che generalmente sono associati all'acquisto della personalità giuridica da parte di un ente sono:

- a) lo scopo;
- b) l'organizzazione;
- c) l'autonomia patrimoniale e;
- d) l'alterità.

Per quanto riguarda lo scopo, può affermarsi che esso, oltre a favorire la verifica circa l'importanza e la liceità dell'ente, dovrebbe esprimere la sussistenza di un centro di interessi collettivi, e cioè l'esistenza di un interesse realizzabile soltanto attraverso un'attività comune.

In merito all'organizzazione, è stato detto che tale espressione designa un insieme di organi attraverso i quali l'ente svolge la sua attività istituzionale.

Relativamente all'autonomia patrimoniale, nonostante di regola sia necessaria l'appartenenza all'ente di un patrimonio, lo stesso non risulta fattore costitutivo generale degli enti, ed il legislatore lo indica quale requisito della personalità per accentuare il controllo pubblico sugli organismi societari e/o predisporre un mezzo di maggior tutela dei terzi con i quali entrano in rapporto.

L'esigenza che l'ente persona giuridica sia caratterizzato da una propria alterità che lo distingua dagli individui che lo compongono, viene genericamente

⁽⁸⁷⁾ Le teorie negatrici o riduttive della personalità giuridica sono ampiamente e diffusamente illustrate da A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., pag. 48 e segg..

⁽⁸⁸⁾ A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., pag. 10.

⁽⁸⁹⁾ A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., pag. 45; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, pag. 61; ID., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pag. 8.

⁽⁹⁰⁾ S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Napoli, 2000, pag. 26.

ribadita quale presupposto fattuale generale di personificazione, prima ancora che quale conseguenza giuridica legata al conseguimento della personalità.

Per tutti gli enti, riconosciuti e non, la soggettività è l'effetto dell'autonomia degli associati che si manifesta mediante il contratto associativo ed incontra i limiti generali dell'autonomia contrattuale quali la necessità che sia lecito il contenuto contrattuale e meritevoli di tutela gli interessi perseguiti ⁽⁹¹⁾.

Effetto dell'attribuzione della personalità, secondo la dottrina tradizionale (organica), è l'attribuzione della capacità giuridica, cioè dell'attitudine ad essere destinatari dell'intero sistema normativo; in tale prospettiva la persona giuridica non è considerata diversa dalle persone fisiche ⁽⁹²⁾. In definitiva, con l'attribuzione della personalità l'ordinamento attribuisce formalmente all'ente una determinata qualità (la capacità generale ed astratta), essendo tuttavia ammissibile che l'ente esista ed abbia rilievo, quale centro di interessi collettivi, anche prima ed a prescindere da tale attribuzione.

Come evidenziato dalla dottrina civilistica ⁽⁹³⁾, i requisiti appena analizzati possono essere evidenziati anche in capo agli enti non riconosciuti. È stata, infatti, chiarita l'uguaglianza di tali enti con quelli riconosciuti dal momento che anch'essi si connotano per la presenza di una pluralità di individui stabilmente uniti ed organizzati per il raggiungimento di uno scopo comune non economico. Inoltre, decisivo ai fini del riconoscimento della soggettività di tali enti è stata la valorizzazione, a livello costituzionale, delle formazioni sociali come luoghi di svolgimento della personalità dell'uomo. L'art. 2 Cost., riconoscendo come meritevoli di tutela "*tutte le formazioni sociali*", ha consentito di trarre argomenti sia per affermare la necessità di tutela del singolo nel gruppo, sia per determinare strumenti e limiti della tutela, al fine di evitare la mortificazione dell'interesse del gruppo e, quindi, dell'interesse collettivo dell'organizzazione al raggiungimento dello scopo comune che gli individui riuniti si sono prefissati ⁽⁹⁴⁾. L'art. 18 Cost., invece, riconoscendo la libertà di associarsi senza autorizzazione, è valso a giustificare la tutela accordata al gruppo in quanto tale contro le lesioni del suo patrimonio morale ed a dare fondamento alla tutela, anche giudiziaria, delle finalità per le quali l'associazione è stata costituita.

Le norme del codice civile in tema di enti non riconosciuti consentono, inoltre, di imputare a tali enti situazioni giuridiche soggettive. Come si desume dall'art. 2659, comma 1, n. 1, cod. civ., che specifica le informazioni che devono essere fornite per procedere alla trascrizione di un atto, indicando quali devono essere fornite dalle associazioni non riconosciute presume che anche tali enti siano titolari di diritti che esercitano in funzione strumentale al perseguimento dello scopo cui è destinato il fondo di loro titolarità. Significativa è stata anche la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2941, comma 1, n. 7 cod. civ. nella parte in cui non prevedeva che la prescrizione rimanesse sospesa anche tra un ente non

⁽⁹¹⁾ R. RASCIO, *Gli enti*, cit., pag. 131.

⁽⁹²⁾ S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, cit., pag. 37; M. BASILE, A. FALZEA, *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pag. 249; V. FICARI, *Indici di soggettività tributaria ed art. 87, comma secondo, tuir n. 917/1986 (nota a Comm. Trib. Centr., Sez. XI 26 gennaio 1994, n. 270)* in *Riv. dir. trib.*, 1994, pag. 469.

⁽⁹³⁾ R. RASCIO, *Gli enti*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2004, pag. 130.

⁽⁹⁴⁾ R. RASCIO, *Gli enti*, cit., pag. 131.

riconosciuto (nel caso di specie si trattava di una società in accomandita semplice) ed i suoi amministratori ⁽⁹⁵⁾).

Tale complesso di norme concorre a riconoscere che anche gli enti non riconosciuti abbiano una propria autonoma capacità giuridica e di agire, nonché processuale, distinta da quella dei loro membri che si manifesta nell'esistenza di una struttura organizzativa ⁽⁹⁶⁾.

I beni degli enti non riconosciuti appartengono a soggetti distinti da ogni altro destinati alla soddisfazione esclusiva dei creditori dei soggetti impersonali nel cui patrimonio entrano. Anche questi enti godono di autonomia patrimoniale. Il fatto che tale autonomia patrimoniale possa considerarsi "imperfetta" rispetto a quella "perfetta" degli enti riconosciuti (nel senso che i soggetti appartenenti agli enti riconosciuti restano del tutto insensibili alle vicende patrimoniali dell'ente) non è una circostanza tale da escludere la soggettività di tali enti.

Gli enti non riconosciuti, in definitiva, quindi possono considerarsi soggetti di diritto in quanto autonomi centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive. Soggettività e personalità giuridica descrivono situazioni differenti sicché il riconoscimento di personalità giuridica implica il possesso di soggettività giuridica, ma il mancato riconoscimento di personalità non esclude la soggettività giuridica. Tali due situazioni, così, non sempre coincidono, ma un ente, come chiarito, può considerarsi soggetto anche senza avere la personalità che, esclusivamente, assicura la piena distinzione degli individui rispetto all'ente e la certezza giuridica della configurazione di questo ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ Corte Cost., sentenza 24 luglio 1998, n. 322. cfr F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, pag. 152.

⁽⁹⁶⁾ Giunge a tali conclusioni la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione. In particolare si segnala:

- Cass., sent. 11 marzo 1998, n. 2676 secondo cui *"Nel caso di sentenza pronunciata nei confronti di una società in accomandita semplice bene viene dichiarato inammissibile dal giudice del gravame l'appello proposto da un singolo socio in proprio e senza alcun riferimento alla detta società, in quanto questa anche se sprovvista di personalità giuridica costituisce pur sempre un distinto centro di interessi dotato di una sua propria sostanziale autonomia e quindi di una propria capacità processuale"*;
- Cass., sent. 23 maggio 1997, n. 462 ove è stato chiarito che *"Quantunque privo di personalità giuridica, lo studio professionale associato rientra a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi (quali le società personali, le associazioni non riconosciute, i condomini edilizi, i consorzi con attività esterna e i gruppi europei di interesse economico di cui anche i liberi professionisti possono essere membri) cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici, e che sono perciò dotati di capacità di stare in giudizio come tali, in persona dei loro componenti o di chi, comunque, ne abbia la legale rappresentanza secondo il paradigma indicato dall'art. 36 c.c."*;
- Cass., sent. 7 agosto 1996, n. 7228 che afferma che *"anche alle società di persone, nonostante la loro non perfetta autonomia patrimoniale - in relazione alle previsioni degli art. 2267, 2268 e 2304 c.c. in materia di responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sociali - va riconosciuta la soggettività giuridica (o personalità) e quindi la titolarità di situazioni giuridiche distinte da quelle facenti capo alle persone fisiche dei soci singolarmente o cumulativamente considerati, a norma dell'art. 2266, 1 comma, secondo cui «la società acquista i diritti e assume le obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio in persona dei medesimi», e delle disposizioni che riconoscono a tali società un proprio nome (utilizzabile anche in sede di trascrizione degli acquisti immobiliari, ai sensi dell'art. 2659 c.c., nel testo novellato dalla l. 27 febbraio 1985 n. 52) e una propria sede"*.

⁽⁹⁷⁾ R. RASCIO, *Gli enti*, cit., pag. 133; per egli aspetti fiscali A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., pag. 191.

Le conclusioni cui giunge la dottrina civilistica hanno fortemente influenzato l'inquadramento tributario del problema tanto che, oramai pacificamente, la soggettività tributaria viene ricondotta alla soggettività di diritto comune ⁽⁹⁸⁾. Poste le premesse civilistiche del problema, risulta che, in seno alla dottrina giuridico – tributaria, non si discute più della soggettività giuridica di persone fisiche e persone giuridiche ⁽⁹⁹⁾. Il legislatore tributario si è appoggiato al legislatore civile ed ha pertanto attribuito a tali soggetti piena soggettività tributaria quale proiezione, in materia tributaria, della capacità riconosciuta loro a fini generali dall'ordinamento giuridico ⁽¹⁰⁰⁾.

Per fare questo, il legislatore ha incardinato la valutazione di idoneità alla soggettivizzazione passiva d'imposta su due parametri concorrenti e, in parte, reciprocamente impliciti l'uno rispetto all'altro:

- quello (statico) dell'esistenza di un autonomo referente di situazioni giuridiche non riducibile e riconducibile al paradigma del singolo persona fisica;
- l'altro (dinamico) dell'assurgere il referente medesimo a modulo di svolgimento di un'attività compiutamente e univocamente diretta al raggiungimento di un risultato prefissato e, dunque, al soddisfacimento di una sfera di interessi precostituita e programmata ⁽¹⁰¹⁾.

I soggetti passivi delle imposte sui redditi sono divenuti così, oltre alle persone fisiche, quelli individuati dell'art. 73 t.u.i.r. e da questo suddivisi in quattro insiemi ⁽¹⁰²⁾. Il primo insieme comprende le società di capitali (società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata), le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato. Il secondo gli enti pubblici e privati diversi dalle società residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali. Il terzo gli enti pubblici e privati diversi dalle società residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali. Il quarto, infine, le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato ⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁸⁾ F. GALLO, *La soggettività a fini Irpeg*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Roma – Milano, 1990, pag. 518; ID., *I soggetti del libro primo del codice civile e l'IRPEG: problematiche e possibili evoluzioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, pag. 345; S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, cit., pag. 10; G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1996, pag. 227, nonché in *Riv. dir. trib.*, 1994, pag. 635.

⁽⁹⁹⁾ J. L. PEREZ DE AYALA, *La soggettività tributaria*, cit. pag. 390.

⁽¹⁰⁰⁾ E. POTITO, *Soggetto passivo di imposta*, in *Enc. dir.*, XLII, cit., pag. 1241.

⁽¹⁰¹⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5616.

⁽¹⁰²⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 225.

⁽¹⁰³⁾ Tra le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, occorre, anche annoverare le società di persone non residenti. La *ratio* di questa estensione viene normalmente ravvisata nell'impossibilità o, quantomeno, nella difficoltà di operare l'imposizione nei confronti dei soci o associati a differenza di quanto varrebbe per le società non residenti. Il legislatore dimostra, così, di attribuire prevalenza a esigenze di cautela fiscale dal momento che è, senza alcun dubbio, certamente più agevole assoggettare ad imposta la società, piuttosto che i soci, generalmente, anch'essi non residenti e privi di collegamento con il territorio italiano (A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 553; L. PERRONE, *L'imposizione del reddito delle società e degli enti non residenti (dal decreto delegato Irpeg al testo unico delle imposte sui redditi)*, in *Rass. trib.*, 1989, pag. 495; R. SCHIAVOLIN, *I*

soggetti passivi, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone giuridiche e Imposta locale sui redditi*, a cura di F. TESAURO, Torino, 1996, pag. 99; C. MAGNANI, *I soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Dir. prat. trib.*, 1973, pag. 1148; C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia*, diretto da A. AMATUCCI, IV, Padova, 1994, pag. 108; P. M. TABELLINI, *Persone giuridiche (Imposta sulle)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pag. 484; G. C. CROXATTO, *Redditi delle persone giuridiche (Imposta sui) (IRPEG)*, in *Noviss. Dig. it.*, App. VI, Torino, 1986, pag. 421). La norma ha, inizialmente, sollevato alcuni dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. (A. PISTONE, *L'ordinamento tributario – Lezioni di diritto tributario*, I, Padova, 1986, pag. 255) in quanto l'art. 3, nn. 8 e 9 della legge 9 ottobre 1971, n. 825, escludeva da IRPEG le società personali *tout court*, quindi, anche quelle non residenti (in questa prospettiva, la norma sarebbe viziata per eccesso di delega) e per violazione dell'art. 3 Cost. (E. ANTONINI, *Personalità giuridica e imposta sulle persone giuridiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1978, pag. 385) in quanto, se la mancata estensione della trasparenza alle società di persone non residenti si giustifica per ragioni di ordine pratico, non si comprende perchè le stesse motivazioni non hanno suggerito alcuna deroga relativamente ai soci non residenti di società di persone residenti (vi sarebbe, in questa prospettiva, una violazione del principio di uguaglianza). A queste censure, se ne potrebbe aggiungere oggi un'altra che deriva dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea. La norma di cui all'art. 73, comma 1, lett. d), t.u.i.r. potrebbe, infatti, essere considerata incompatibile con gli artt. 43 e 56 Trattato CE come interpretati alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee resa all'esito della Causa C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. e Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, ove veniva analizzata, anche se soltanto in via preliminare, la compatibilità con il diritto comunitario della legislazione tedesca in tema di tassazione delle società di persone (cfr. D. STEVANATO, *Tassazione delle "partnership" e libertà di stabilimento (nota a Corte di giustizia UE, 6 dicembre 2007, causa C-298/05)*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 291). In particolare, nel caso in esame, una società di persone in accomandita di diritto belga era partecipata interamente da soci residenti in Germania, perlopiù persone fisiche, appartenenti ad un unico nucleo familiare. La società controllata agiva quale *holding* e centro di coordinamento del gruppo, sicché la stessa si qualificava, ai sensi della legislazione belga, per l'applicabilità del regime dei centri di coordinamento, il che dava luogo ad un prelievo, in Belgio, inferiore al 30 per cento dell'utile realizzato. Dal punto di vista dello Stato di residenza dei soci di tale società, la Germania, la società estera in questione era stata tassata secondo il principio di trasparenza, trattandosi appunto di una società di persone. Sotto questo profilo, in Germania, il principio di imputazione per trasparenza si applica, indifferentemente, alle società di persone con sede in questo Stato, come pure a quelle con sede all'estero. La questione della tassazione delle società di persone si pone solo in via preliminare, invece il nucleo del ricorso verteva sulla disciplina convenzionale per effetto della quale i redditi di una persona residente in Germania, provenienti dal Belgio e imponibili in quest'ultimo Stato, sono esenti da imposta in Germania, tuttavia, se esistono redditi da investimento di capitale prodotti da un centro di attività estero di un soggetto passivo illimitatamente tassabile in Germania, e se gli stessi scontano nello Stato estero un'imposta inferiore al 30 per cento degli utili realizzati nell'altro Stato, la doppia imposizione va evitata non già attraverso il metodo dell'esenzione, bensì imputando tali redditi al soggetto passivo tedesco, e concedendo allo stesso un credito di imposta pari alle imposte prelevate all'estero su tali redditi. I ricorrenti lamentavano che tale normativa tedesca che sostituisce il metodo dell'esenzione, previsto dalla convenzione bilaterale, con quello dell'imputazione, avrebbe l'effetto di rendere meno attraenti i centri di attività transfrontaliera considerati. Tale normativa sarebbe in violazione degli artt. 43 e 56 Trattato CE in quanto dissuade i residenti tedeschi dall'effettuare investimenti in uno Stato membro diverso dalla Germania, senza che tale restrizione ai movimenti di capitale possa essere giustificata. Per risolvere la questione alla sua attenzione, la Corte muove dalla questione preliminare e valuta la conformità al diritto comunitario della legislazione tedesca in tema di società di persone. Oer stabilire se vi sia stata violazione delle norme comunitarie nel trattamento riservato dallo Stato tedesco alle società di persone con sede in Germania lo Corte ricerca il *tertium comparationis* e pone, quindi, confronto, il modello di tassazione delle società di persone residenti con quello delle società di persone non residenti. In proposito, viene osservato che la legge fiscale tedesca non distingue i redditi provenienti da una società di persone residente rispetto a quelli provenienti da una società di persone stabilita in altro Stato membro (che a sua

CAPITOLO SECONDO

Muovendo da tale distinzione, in aderenza alle conclusioni della dottrina civilistica, è stato chiarito che il riconoscimento della soggettività tributaria non deve essere limitato alle persone fisiche ed alle persone giuridiche, bensì tale soggettività può essere estesa a tutta una serie di entità non personificate, delle quali è, comunque, riconosciuta l'idoneità ad assumere obbligazioni di natura patrimoniale. Per selezionare all'interno di tali entità quelle idonee ad essere considerate soggette di diritto secondo il diritto tributario, si è fatto uso degli stessi criteri evidenziati dalla dottrina civilistica e sopra analizzati. È stato, quindi, considerato soggetto di diritto in senso tributario ogni complesso di persone o beni dotato di un patrimonio distinto da quello delle persone fisiche che lo

volta assoggettava gli utili ad una tassazione inferiore al 30 per cento). Non vi era dunque alcuno svantaggio differenziale, per un cittadino tedesco, a stabilirsi in un altro Stato membro attraverso la partecipazione ad una società di persone residente nell'altro Stato, poiché gli utili provenienti da una tale società sarebbero stati tassati nella stessa misura di quelli provenienti da una società dello stesso tipo (di persone) con sede in Germania. Con riferimento alla questione principale, la Corte rammenta, poi, che spetta ai singoli Stati membri, e non al diritto comunitario, stabilire i criteri per la ripartizione del potere impositivo e per l'eliminazione della doppia imposizione; rispetto a tali criteri, il diritto comunitario è indifferente. Ciò consente ai giudici di concludere ritenendo che *“gli artt. 43 CE e 56 CE debbono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa fiscale di uno Stato membro in forza della quale i redditi di un residente nazionale, derivanti da capitali investiti in un centro di attività avente sede in un altro Stato membro, sono, nonostante l'esistenza di una convenzione diretta ad evitare le doppie imposizioni conclusa con lo Stato membro della sede di tale centro di attività, non già esentati dall'imposta sul reddito nazionale, ma soggetti all'imposizione nazionale su cui viene imputata l'imposta prelevata nell'altro Stato membro”*.

La decisione della Corte, oltre che sul riconoscimento del diritto degli Stati di risolvere in via pattizia il problema della ripartizione, tra loro, della potestà impositiva, si fonda sulla verifica dell'identità di trattamento che il legislatore tedesco riserva alle società di persone, siano esse residenti e non. Dovendosi, pertanto, il confronto esaurirsi entro quest'ambito, la legislazione tedesca non risulta incompatibile con il diritto comunitario.

Vendendo alla legislazione italiana, definisce la tassazione degli utili derivanti da società di persone non residenti il combinato disposto dell'art. 73, comma 1, lett. d), t.u.i.r., e degli artt. 44, comma 1, lett. e), 47, 59 e 89 t.u.i.r.. Opera, sulla base di tali disposizioni, il regime di parziale esclusione dal reddito imponibile prevista dagli articoli menzionati in considerazione del fatto che queste norme si riferiscono agli utili distribuiti da tutti i soggetti IRES, ivi compresi, quelli di cui all'art. 73, comma 1, lettera d), t.u.i.r.. La stessa relazione governativa al d.lgs. n. 344 del 2003 mette in evidenza che la nuova disciplina *“attuа il principio contenuto nell'articolo 4, comma 1, lettera d), della legge delega n. 80 del 2003, laddove viene prevista l'esclusione dalla formazione del reddito imponibile dei dividendi distribuiti da società con o senza personalità giuridica, sia residenti sia non residenti, anche in sede di liquidazione, in misura pari al 95% degli stessi”*. In tutti i casi, comunque, è, comunque riconosciuto, al socio residente, il credito di imposta per le imposte pagate all'estero a norma dell'art. 165 t.u.i.r.. Questo prevede che le imposte pagate all'estero a titolo definitivo sui redditi tassati anche in Italia sono ammesse in detrazione dall'imposta netta fino alla concorrenza della quota d'imposta italiana corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo, al netto delle perdite di precedenti periodi di imposta ammesse in diminuzione. Qualora, come nell'ipotesi di dividendi, concorra solo una parte del reddito, nella stessa misura sono detraibili le eventuali imposte assolate all'estero (M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano 2004, pag. 558; C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, pag. 1192).

Dalle norme richiamate deriva che, mentre gli utili di società di persone residenti sono imputati per trasparenza ai soci, gli utili di società di persone non residenti, sono qualificati quali dividendi e tassati come tali. Vi è, quindi, una differenza nei due modi di tassazione. Traslando le conclusioni della Corte di Giustizia al caso italiano, pare, allora, che il trattamento riservato dal legislatore italiano alle società di persone non residenti presenti alcuni profili di incompatibilità. In Italia, la medesima forma societaria (la società di persone) ed i redditi da questa prodotti subiscono trattamenti differenziati in funzione del luogo di residenza della società.

compongono, mentre si nega tale qualifica in tutte quelle circostanze in cui sussista, di fronte al Fisco, la sola garanzia patrimoniale di una persona fisica o giuridica e non pure quella di un ulteriore soggetto collettivo ⁽¹⁰⁴⁾. Analogamente a quanto evidenziato per la materia civilistica, assume rilievo la possibilità per l'ente di essere dotato di autonomia patrimoniale. L'idoneità dell'ente a divenire destinatario di situazioni giuridiche, anche tributarie, dipende quindi, dalla sua idoneità a perseguire lo scopo collettivo e soddisfare gli interessi di eventuali terzi mediante specifiche unità patrimoniali ⁽¹⁰⁵⁾.

Secondo tale ricostruzione le caratteristiche della soggettività tributaria sono ⁽¹⁰⁶⁾:

- a) la presenza di organi propri;
- b) l'autonomia di gestione;
- c) la non appartenenza del fondo a terzi.

La sussistenza di questi requisiti si rinviene nel tenore dell'art. 73, comma 2, t.u.i.r. che annovera tra i soggetti passivi IRES *“le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo”*. Questa norma svolge il ruolo di chiusura delle categorie soggettive ed è finalizzata ad intercettare quei fenomeni non altrimenti qualificabili che:

- a) si configurino come organizzazione, e cioè quale insieme di persone e/o di beni stabilmente strutturato per il raggiungimento di un determinato scopo;
- b) non appartengano ad altri soggetti passivi ovvero non siano parte o articolazione, di un'altra più ampia organizzazione sottoposta al tributo;
- c) abbiano l'attitudine a realizzare il presupposto dell'imposta in modo unitario ed autonomo; siano, cioè, identificabili quale centro di imputazione degli effetti degli atti compiuti dai loro organi ⁽¹⁰⁷⁾.

L'organizzazione intesa quale insieme di beni e/o persone ordinato al perseguimento di uno scopo per il tramite dello svolgimento di un'attività svolge il ruolo di elemento centrale a fini defnitori ⁽¹⁰⁸⁾. L'assenza di organizzazione consente di utilizzare *“il vincolo di solidarietà”* come modulo di adempimento del debito tributario. Esso è così chiamato ad operare in ipotesi di fattispecie impositive plurisoggettive (quali il condominio) ogni qualvolta il presupposto d'imposta risulti unitariamente e inscindibilmente imputabile ad una pluralità di soggetti ma questi, pur avendo concorso alla venuta ad esistenza dell'unico evento fattuale assunto a presupposto dell'obbligazione tributaria, non assurgano ad unità operativa organizzata così da potersi vedere attribuita soggettività tributaria, autonoma. In altri termini, a fronte di fattispecie impositive a realizzazione plurisoggettiva (o, collettiva) del presupposto d'imposta senza che la collettività dei soggetti venga ad integrare i caratteri di una struttura organizzativa unitaria funzionale allo svolgimento di un'attività, il modulo legislativo alternativo alla

⁽¹⁰⁴⁾ S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, cit., pag. 12.

⁽¹⁰⁵⁾ A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., pag. 197.

⁽¹⁰⁶⁾ F. GALLO, *La soggettività a fini Irpeg*, cit., pag. 520; P. BORIA, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, pag. 635

⁽¹⁰⁷⁾ G. ZIZZO, *Note minime in tema di trust e soggettività tributaria*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 4658.

⁽¹⁰⁸⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5616.

soggettivizzazione e ritenuto ottimale per l'imputazione del conseguente debito tributario risulta essere quello di tipo solidaristico: la solidarietà consente, infatti, di conciliare l'unitarietà del prelievo alla plurisoggettività di imputazione dell'obbligazione tributaria che ne sta a fondamento ⁽¹⁰⁹⁾.

8. – NOZIONE DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA – LE SOCIETÀ DI CAPITALI E LE SOCIETÀ DI PERSONE TRA L'APPROCCIO CLASSICO E LE RECENTI SOLLECITAZIONI LEGISLATIVE.

Se, in termini generali, è stato chiarito che la soggettività tributaria riposa su quella di diritto comune, con specifico riferimento alle società, è stato anche chiarito che il fattore determinante del trattamento fiscale si rinviene nella struttura stessa dell'ente associativo “*nel suo duplice aspetto di organizzazione dell'agire collettivo e di organizzazione di beni caratterizzata dalla destinazione funzionale dei beni stessi*” ⁽¹¹⁰⁾. L'opportunità di dare rilievo agli aspetti strutturali risulta, infatti, particolarmente accentuata in ambito fiscale per fornire al Fisco, estraneo ai rapporti tra i componenti dell'ente e l'ente, criteri estrinseci per individuare più facilmente gli elementi che determinano il trattamento tributario.

Si deve quindi procedere ad analizzare dal punto del diritto civile gli elementi che possono incidere sulle scelte del legislatore fiscale quali il riconoscimento di personalità giuridica, la responsabilità per le obbligazioni sociali e il diritto alla ripartizione agli utili ovvero quegli elementi strutturali che condizionano le scelte del legislatore fiscale. A questo scopo, occorre premettere un'analisi di diritto commerciale.

I risultati di questa analisi dovranno essere poi criticamente valutati alla luce dei recenti sviluppi normativi che consentono di segnalare un allargamento della soggettività tributaria ⁽¹¹¹⁾. Le disposizioni in tema di trasparenza delle società di capitali potrebbero, peraltro, essere considerate quale ulteriore indice di un cambiamento della nozione classica di soggettività tributaria. Attraverso gli artt. 115 e 116 t.u.i.r. viene, infatti, esclusa la soggettività di un soggetto, le società di capitali, al quale essa è tradizionalmente riconosciuta.

Iniziare l'analisi dal diritto commerciale consente di non trascurare la circostanza che l'istituto della società di capitali ha subito profonde modificazioni. Ci si riferisce alla recente riforma del diritto societario attuata con il d.lgs 17 gennaio 2003, n. 6 che ha profondamente modificato la struttura delle società di capitali in generale e delle società a responsabilità limitata in particolare, così da suggerire anche di procedere a verificare se tali mutamenti possano costituire una giustificazione sistematica per l'estensione del meccanismo dell'imputazione per trasparenza dei redditi prodotti in forma associata anche a quelli realizzati attraverso società di capitali.

⁽¹⁰⁹⁾ L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, cit., pag. 5616.

⁽¹¹⁰⁾ Così A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 549; ID., *Il regime fiscale delle associazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, pag. 328.

⁽¹¹¹⁾ G. FRANSONI, *La definizione dei soggetti passivi dell'imposta sui redditi e dell'imposta sulle società*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 49; S. FIORENTINO, *Stabile organizzazione, centro di attività stabile e “nozioni minime” in tema di soggetti passivi e soggettività tributaria*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 35.

9. – LA SOGGETTIVITÀ DEGLI ENTI ASSOCIATIVI NEL DIRITTO COMMERCIALE – LE SOCIETÀ DI CAPITALI E LE SOCIETÀ DI PERSONE.

Come noto, l'elemento che è ritenuto caratterizzare le società di capitali è la personalità giuridica. Questa è espressamente riconosciuta dalla legge e si acquista per effetto dell'iscrizione della società nel registro delle imprese, e cioè quando si è compiuto il processo costitutivo della società (art. 2331 cod. civ.)⁽¹¹²⁾.

Il riconoscimento della personalità giuridica comporta, secondo la dottrina tradizionale⁽¹¹³⁾ la possibilità di considerare una società quale soggetto di diritto distinto dalle persone dei soci e, perciò, terzo rispetto a questi, mentre dire che una società non ha personalità giuridica significa, per converso, dire che essa si risolve nella pluralità dei soci e che i diritti e le obbligazioni della società altro non sono se non diritti ed obbligazioni dei soci. Tuttavia è stato altresì ritenuto⁽¹¹⁴⁾ che una distinzione così netta necessita di alcune precisazioni. Con riferimento alle società di persone, la conclusione che la società si identifichi con la pluralità dei soci non appare coerente con la disciplina dei singoli tipi che, relativamente ai differenti regimi di responsabilità per le obbligazioni sociali, consente che il gruppo sociale e il patrimonio sociale siano distinti dai singoli e dai loro patrimoni. Né, d'altra parte, la contrapposta categoria delle società di capitali è sempre regolata in modo da rendere la società terza rispetto ai soci⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹²⁾ Per effetto del riconoscimento della personalità giuridica si determina una completa autonomia della società dalle persone dei soci, sia nei rapporti interni che nei rapporti esterni. L'acquisito di personalità giuridica dipende temporalmente dall'iscrizione nel registro dell'impresa. L'iscrizione in quanto tale ha effetti differenti in funzione della tipologia societaria. Come chiarito in dottrina V. BUONOCORE, *L'imprenditore società*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 153), degli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese si può trarre il seguente quadro riassuntivo:

- a) per la società semplice, *“l'iscrizione nelle sezioni speciali ha funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia, oltre agli effetti previsti dalle leggi speciali”* (art. 8, comma 5°, legge n. 580 del 1993);
- b) per le altre società di persone – società in nome collettivo e in accomandita semplice –, l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese (art. 2296 cod. civ.) ha efficacia dichiarativa, nel senso che, pur prescritta e penalmente sanzionata, non è adempimento cui l'ordinamento giuridico subordini la nascita della società come soggetto autonomo di diritti e di obblighi o, tanto meno, la validità del contratto; di conseguenza, la mancata iscrizione determina, da un lato, una situazione di irregolarità e, dall'altro, una parziale modificazione della disciplina dettata per le società regolarmente iscritte (artt. 2297 e 2317 cod. civ.);
- c) per le società di capitali – società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata – e per le società cooperative, l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese ha efficacia costitutiva: l'art. 2331, comma 1, cod. civ. (e anche artt. 2454, 2463, comma 3, 2519 cod. civ.), stabilisce con chiarezza che *“con l'iscrizione la società acquista la personalità giuridica”*.

Anche le società di persone, prive di personalità giuridica, devono, quindi, provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese; l'acquisito di personalità giuridica è, invece, un effetto ulteriore che può derivare da tale adempimento, ma solo se previsto dalla legge.

⁽¹¹³⁾ F. GALGANO, *Le società in genere – Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Milano, 2007, pag. 129; G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1999, pag. 89.

⁽¹¹⁴⁾ F. GALGANO, *Le società in genere – Le società di persone*, cit. pag. 129.

⁽¹¹⁵⁾ F. GALGANO, *Le società in genere – Le società di persone*, cit. pag. 129.

CAPITOLO SECONDO

A sostegno di tali conclusioni si può analizzare la condizione giuridica del patrimonio sociale relativamente alla responsabilità per i debiti dei soci: nelle società di persone, la disciplina di questo, per essere coerente con l'idea della mancanza di personalità giuridica, sarebbe dovuta corrispondere alla disciplina della comunione di diritti reali, con la conseguenza che i beni sociali, in quanto beni comuni a più persone, sarebbero dovuti essere esposti all'azione esecutiva dei creditori personali di ciascuna di esse. Al contrario, l'art. 2270 cod. civ. esclude, per la stessa società semplice, che il creditore particolare del socio possa agire sul patrimonio sociale, mentre l'art. 2305 cod. civ. esclude, per la società in nome collettivo, che egli possa chiedere la liquidazione della quota del socio debitore; ciò rende la condizione giuridica del patrimonio sociale corrispondente a quella del patrimonio di una società di capitali.

Neppure la disciplina della responsabilità per i debiti sociali è, nei diversi tipi di società, sempre coerente con la distinzione di esse in società aventi personalità giuridica e società prive personalità giuridica. L'assenza di personalità giuridica avrebbe dovuto comportare la corretta applicazione del principio secondo cui i soci di società di persone sono personalmente responsabili delle obbligazioni sociali perché spetta ad essi la qualità di debitori: questo rende problematico collocare la mancanza di responsabilità personale dei soci accomandanti di società in accomandita semplice e, in virtù di apposito patto, i soci non amministratori di società semplice.

Sul versante dei soci di società di capitali, come si dirà più diffusamente in seguito, il fatto che i soci non assumono responsabilità personale per le obbligazioni sociali perché essi sono terzi rispetto alla società, non spiega la presenza di accomandatari illimitatamente responsabili nella società in accomandita per azioni e il fatto che, ricorrendo talune condizioni, anche il socio di società per azioni o a responsabilità limitata può essere chiamato a rispondere personalmente delle obbligazioni sociali (artt. 2362, 2497, comma 2, cod. civ.).

Con riferimento alle società di capitali, tali osservazioni consentono alla dottrina ⁽¹¹⁶⁾ di non esasperare il dogma della personalità giuridica della società per azioni. La personalità non la estrania dai particolari interessi dei soggetti che sono in essa implicati. La società resta espressione della collettività dei soci, con la conseguenza che la persona giuridica ha una funzione strumentale per la realizzazione degli interessi dei soci, i quali rimangono pur sempre, sia nella fase attiva sia nella fase di liquidazione, i cardini della società. Ai soci spetta di determinare l'attività sociale; ai soci spetta di scegliere il modo più conveniente per la realizzazione dei fini contrattuali; gli organi della persona giuridica trovano nel contratto tra essi intercorrente e nelle sue caratteristiche un limite insuperabile alla loro attività; i cosiddetti diritti individuali dei soci, quei diritti cioè che agli organi si impongono, sono appunto i riflessi del condizionamento che la persona giuridica trova nel contratto in dipendenza della sua strumentalità.

⁽¹¹⁶⁾ G. FERRI, *Società per azioni*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 2.

9.1. – *I tratti distintivi le società di persone dalle società di capitali.*9.1.1. – Le società personali: breve descrizione della fattispecie.

Scendendo nel dettaglio dei due modelli associativi, si osserva che le società organizzate su base personale godono di un'autonomia patrimoniale in funzione della destinazione dei beni ad uno scopo comune; la società diviene così un'espressione sintetica per indicare la collettività dei soci⁽¹¹⁷⁾. Con il contratto i soci regolano la loro reciproca posizione, dandosi un ordinamento per lo svolgimento dell'attività sociale al fine della realizzazione dello scopo comune e a questo ordinamento la legge riconosce efficacia anche nei confronti dei terzi. I rapporti sociali restano, tuttavia, sia all'interno che nei confronti dei terzi, rapporti che fanno capo alle persone dei soci; particolari deviazioni sono poste rispetto ai principi della comunione in considerazione dello scopo perseguito, ma la sostanza rimane quella di una comunione sia pure qualificata.

La dottrina⁽¹¹⁸⁾, per spiegare il fenomeno delle società di persone, ricorre ai concetti di contitolarietà, di coobbligazione e di comunione per individuare la situazione giuridica conseguente al contratto di società nella società organizzata su base personale.

Nel caso di società di persone si tratta di comunione contrattuale che devia dal regime normale per quanto riguarda lo scioglimento (art. 2272 cod. civ., in relazione all'art. 1111 cod. civ), la cedibilità della quota (art. 2300 cod. civ. in relazione all'art. 1103 cod. civ.), l'uso dei beni comuni (art. 2256 cod. civ. in relazione all'art. 1102 cod. civ.). Oltre a tali deviazioni, ve ne sono altre che trovano fondamento nella diversa struttura che i rapporti tra i soci, e tra questi e i terzi, vengono ad assumere in conseguenza del particolare oggetto del contratto di società. Nelle società di persone, la realizzazione dello scopo comune presuppone una permanente destinazione dei beni allo scopo e cioè una unificazione dei soggetti e dei beni in vista della prosecuzione di esso, la quale non consente il separato godimento dei beni stessi o la separata disposizione. La caratteristica essenziale della società consiste appunto nella obbligatorietà per i soci e per i terzi della destinazione dei beni allo scopo. Da questa dipende la limitazione dei diritti dei soci, e dei creditori particolari di questi, sui beni destinati allo scopo fin quando questo non sia realizzato. A tale limitazione alla quale corrisponde una particolare disciplina per i diritti dei creditori sociali in ordine alla realizzazione dei loro crediti sui beni particolari del socio.

L'obbligatorietà della destinazione dei beni allo scopo determina una particolare struttura dei rapporti interni ed esterni: dei rapporti interni, in quanto diritti e poteri competono al socio non *uti singulus*, ma *uti socius*, e cioè come membro della collettività sociale e con quei limiti che dalla partecipazione alla collettività sociale derivano; dei rapporti esterni, in quanto i diritti e gli obblighi nei confronti dei terzi sorti nell'esplicazione dell'attività sociale fanno immediatamente capo alla collettività e soltanto mediamente al socio, come membro della collettività stessa.

I rapporti tra società e terzi sono rapporti tra la collettività dei soci e i terzi e le obbligazioni sociali altro non rappresentano che le obbligazioni di tutti i soci;

⁽¹¹⁷⁾ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006, pag. 210.

⁽¹¹⁸⁾ F. GALGANO, *Le società in genere – Le società di persone*, cit. pag. 129.

CAPITOLO SECONDO

dal che deriva poi il principio della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci o quanto meno di coloro che agiscono per conto comune.

Non sussistono nelle società organizzate su base personale organi della società, ma sussiste la possibilità che i soci attribuiscono ad uno di essi, o anche ad un estraneo, l'amministrazione della cosa comune.

9.1.2. – Le società di capitali: breve descrizione della fattispecie.

Nelle società organizzate su base capitalistica, la collettività dei soci scompare per dar luogo, attraverso i conferimenti, ad una persona giuridica nuova. Si crea in tal modo un diaframma tra singoli soci e tra i soci e i terzi e tutti i diversi rapporti, interni ed esterni, debbono necessariamente passare attraverso questo diaframma. I beni conferiti non rimangono proprietà comune dei soci, ma costituiscono il patrimonio della persona giuridica società: su tale patrimonio i soci non hanno diritti né poteri di amministrazione, né i soci assumono obbligazioni in conseguenza dell'attività sociale.

La società agisce a mezzo dei propri organi, risponde delle obbligazioni sociali con il proprio patrimonio, e, anche quando sia prevista una responsabilità di taluni soci per le obbligazioni sociali, (come nel caso della società in accomandita per azioni), questa responsabilità ha necessariamente carattere sussidiario, come quella che riguarda le obbligazioni di un terzo e non obbligazioni proprie.

Esiste pertanto tutta un'organizzazione giuridica della persona; esistono organi deliberativi, esecutivi e di controllo; esiste un ordinamento della persona giuridica contenuto nello statuto, il quale fissa le norme fondamentali per il funzionamento degli organi sociali e per l'attività sociale; anche quando al socio è dato di influire sull'attività sociale, singolarmente o collegialmente, ciò egli fa, non in quanto contitolare del patrimonio, ma in quanto organo della società.

I poteri sociali che spettano al socio non sono conseguenza di un rapporto sul patrimonio della società, ma sono conseguenza di una previsione nell'ordinamento della società; la responsabilità illimitata che talora su lui incombe non è la conseguenza dell'essere il socio personalmente obbligato, ma è la conseguenza di una data conformazione del contratto sociale e cioè della espressa assunzione da parte sua di questa responsabilità.

I rapporti esterni si pongono tra società e terzi; i rapporti interni tra soci e società e non anche tra soci, per modo che i diritti e gli obblighi di ciascun socio sussistono nei confronti della società e non anche, almeno direttamente, nei confronti degli altri soci.

9.1.2.1. – I tratti caratterizzanti le società a responsabilità limitata nel nuovo contesto normativo.

Il regime normativo della società a responsabilità limitata è contenuto nel Capo VII, artt. 2462-2483) del Titolo V del Libro V del codice civile, che risulta profondamente modificato dalla novella del 2003: il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

Prima di tale riforma, la società a responsabilità limitata veniva considerata e disciplinata in modo residuale rispetto alla società per azioni ⁽¹¹⁹⁾, invece, “*la riforma (...) si muove nella direzione di una integrale revisione di tale modello societario*” nell’intento di “*offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità (...) che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell’ambito del settore delle piccole e medie imprese*” ⁽¹²⁰⁾.

Il legislatore ha ora collocato la società a responsabilità limitata al centro dell’intero sistema societario come il modello base dell’esercizio collettivo e individuale dell’impresa con il beneficio della responsabilità limitata, tant’è che anche nell’ipotesi in cui l’intera partecipazione sia concentrata nelle mani di una sola persona questa risponde illimitatamente per le obbligazioni sociali solo in caso di insolvenza della società e sempre che non siano state rispettate le disposizioni sulle modalità dei conferimenti (art. 2464 cod. civ.) e non sia stata attuata la regola in tema di pubblicità dei trasferimenti delle quote (art. 2474 cod. civ.).

Il primo dato che caratterizza la società a responsabilità limitata sta nella concessione ai soci di una reale autonomia statutaria, il cui tasso è certamente molto più alto di quello che si ritrova nella società per azioni. ⁽¹²¹⁾.

Il secondo carattere distintivo della società a responsabilità limitata consiste appunto nell’aver creato un tipo di società che, pur mantenendo almeno in prevalenza i caratteri propri delle società di capitali, “ridimensiona” ⁽¹²²⁾ la distinzione tra società di persone e società di capitali. Come avvertito dalla dottrina ⁽¹²³⁾ si è intervenuto sul settore dell’organizzazione interna stabilendo a mente dell’art. 2475 cod. civ.. “*L’amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell’art. 2479*” (comma 1) e che “*quando l’amministrazione è affidata a più persone queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L’atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell’ultimo comma del presente articolo, che l’amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente o congiuntamente; in tali casi si applicano gli artt. 2257 e 2258 c.c.*” », (comma 3). Alla luce di tali disposizioni consegue che il modello di organizzazione resta quello corporativo, tipico delle società di capitali, solo se l’atto costitutivo non adotta quello tipico delle società di persone.

⁽¹¹⁹⁾ V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 345 paragona la società a responsabilità limitata ad una “*sorella minore*” della società per azioni, ID., *L’organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata*, in *Riv. not.*, 2004, pag. 589; G. CAPO, *Il governo dell’impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, pag. 501.

⁽¹²⁰⁾ Così testualmente la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 6 del 2003.

⁽¹²¹⁾ La dottrina (V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, cit., pag. 347) porta a sostegno di tale affermazione il tenore della norma di cui all’art. 2463 cod. civ., che, nel delineare il contenuto dell’atto costitutivo, al n. 7 stabilisce che questo contiene “*le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l’amministrazione e la rappresentanza*”, facendo così chiaramente apparire come suppletiva la normazione legale in tema di organizzazione interna della società.

⁽¹²²⁾ Così V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, cit., pag. 347.

⁽¹²³⁾ V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, cit., pag. 347

Si giunge così alla valorizzazione del ruolo che la persona del socio ha nella vita della società e come introduzione di regole finora riservate alle società di persone ⁽¹²⁴⁾. Vengono, infatti, inseriti elementi personalistici che ridimensionano il ruolo che l'assemblea e gli amministratori hanno tradizionalmente nelle società di capitali e rende addirittura eventuale l'organo di controllo. In altri termini, scompaiono caratteri propri di ciascuno dei tre organi tradizionali, nel senso che, pur restando immutata la figura dell'amministratore, può non esserci, un consiglio di amministrazione, e cioè la collegialità nell'amministrazione (art. 2475, comma 3. cod. civ.), con la conseguenza che in questo caso possono subentrare i sistemi di amministrazione propri delle società personali, sì che le operazioni sociali possono essere pensate e portate a termine anche da un singolo amministratore nell'ipotesi in cui viga il sistema di amministrazione disgiuntiva regolato dall'art. 2257 cod. civ.. Inoltre viene ridimensionato il ruolo dell'assemblea, nel senso che la deliberazione assembleare non rappresenta più il modo esclusivo di espressione della volontà della società, ma diventa uno dei modi in cui tale volontà (art. 2479, comma 4, cod. civ.) ⁽¹²⁵⁾.

Il modello delle società a responsabilità limitata resta, invece, affine a quello delle società di capitali nei settori in cui accanto agli interessi dei soci sono patimenti presenti rilevanti interessi dei terzi, come ad esempio le modificazioni dell'atto costitutivo con particolare riguardo alle modificazioni del capitale sociale a tenore della quale *“le modificazioni dell'atto costitutivo sono deliberate dall'assemblea dei soci a norma dell'art. 2479 bis. Il verbale è redatto da notaio e si applica l'art. 2436”*.

9.1.3 – Applicazioni pratiche dei modelli societari classici: le *joint ventures*.

Accade frequentemente, specie nella prassi internazionale, che la società per azioni sia costituita per la realizzazione di una impresa congiunta fra più imprenditori, per lo più tra un imprenditore nazionale e un imprenditore straniero.

Con il termine *joint venture* si indicano comunemente varie e diverse forme di associazione temporanea tra due o più imprese, finalizzate all'esercizio di una

⁽¹²⁴⁾ Così l'art. 2468 cod. civ. che, nella parte in cui, dopo aver disposto che, salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili, i diritti sociali spettino ai soci *“in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta”*, relega al rango di norma suppletiva il criterio della proporzionalità fra la misura della partecipazione del socio e il conferimento da questo effettuato. Gli artt. 2473 e 2473-bis cod. civ. che ammettono il recesso statutario e al contempo ampliano significativamente i casi di recesso legale e introducono l'istituto dell'esclusione, tipico delle società di persone e parzialmente esteso alle società cooperative soprattutto come misura disciplinare. L'art. 2475, comma 1, cod. civ. che, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, riserva ai soli soci l'amministrazione della società. *Amplius* V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, cit., pag. 348.

⁽¹²⁵⁾ Nota a questo proposito V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, cit., pag. 348 che la stessa parola deliberazione viene abbandonata come termine corrente per indicare il *genus* del modo in cui i soci assumono le loro determinazioni e viene sostituita con la locuzione decisione, che assume, perciò, il valore di termine generale. Ciò avviene a partire dalle rubriche degli artt. 2479 e 2479-ter cod. civ. comprendenti la locuzione *“decisioni dei soci”*, e riceve conferma dal fatto che l'espressioni *“voto”* o le locuzioni *“deliberazione unanime”* o *“deliberazione adottata a maggioranza”* sono sostituite con l'espressione *“consenso”*, *“consenso di tutti i soci”* (art. 2468, comma 4, cod. civ.) o *“consenso della maggioranza dei soci”*.

attività economica in un settore di comune interesse, siano esse rivolte all'esecuzione di un'opera complessa, ovvero limitate alla prestazione di particolari servizi o al compimento di un singolo affare ⁽¹²⁶⁾. Si distinguono di norma due tipologie di *joint venture*: la *contractual joint venture* (o *unincorporated joint venture*) e la *joint venture corporation* (o *incorporated joint venture*). Mentre nella prima, l'accordo di cooperazione non dà vita ad una organizzazione distinta da quella dei *co-venturers*, nella seconda, invece le parti prevedono la costituzione di una società di capitali cui affidare la conduzione dell'iniziativa congiunta: solo in questo secondo caso si ha la nascita di una nuova società, mentre nel primo caso i *co-venturers* conservano la loro autonomia).

Più in particolare, la dottrina ⁽¹²⁷⁾ ha precisato che con l'espressione *joint venture corporation* si indica una società separata appositamente costituita per gestire le intese dei *co-venturers*, i quali ne condividono la proprietà e gli utili. Lo schema societario assolve quindi una funzione strumentale rispetto al sottostante accordo di *joint venture*, nel quale trova la sua fonte. Un aspetto proprio delle *joint ventures* societarie è rilevabile considerando la loro caratteristica essenziale di società di scopo, ovvero di società costituite *ad hoc* per il perseguimento di un oggetto determinato e limitato: l'iniziativa economica oggetto della *joint venture*. La *joint venture corporation* è pertanto una società e come tale soggetta alla disciplina prevista dall'ordinamento nel paese nel quale essa è costituita e del quale assume la nazionalità. Diversa e più complessa soprattutto per il regime giuridico, si presenta invece la vasta casistica delle *contractual joint ventures*, costituite spesso in base alla necessità di fruire di un agile strumento idoneo al perseguimento di un affare la cui realizzazione presuppone l'integrazione sotto il profilo quantitativo e qualitativo di più risorse, senza peraltro che sia necessaria la predisposizione di un'organizzazione cui i contraenti debbano essere gerarchicamente subordinati ed alla quale riferire l'attività da questi svolta in modo congiunto.

Alla base di entrambe le forme sta però in ogni caso il contratto che lega tra loro i singoli partecipanti e attraverso il quale si compone il conflitto di interessi precedentemente esistente e si detta la disciplina unitaria che deve regolare l'attività comune. Nella ipotesi in cui la *joint venture* si realizza attraverso una società per azioni avente per oggetto l'impresa congiunta questo contratto necessariamente incide sulla società e ne caratterizza gli atteggiamenti. Inevitabilmente la persona dei soci assume un rilievo determinante, e la società per azioni, la cui caratteristica è quella della libera circolazione delle azioni e la irrilevanza della persona del socio, si trasforma in una società chiusa, costituita

⁽¹²⁶⁾ A. FORCHINO, *Associazione in partecipazione, joint venture corporations e associazione temporanea di imprese a confronto* (nota a Cassazione civile, sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757), in *Corr. giur.*, 2002, pag. 85 per riferimenti e in particolare A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture*, Milano, 1981, pag. 47; F. BORTOLOTTI, M. R. MORRESI, *Joint-ventures*, in *Noviss. Dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, pag. 1, C. VACCÀ, *Joint-ventures (aspetti contrattuali)*, in *Dig. disc. priv., sez., comm.*, VIII, Torino, 1993, pag. 55; D. CORAPI, *Joint venture (aspetti societari)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1993, pag. 76. Per gli aspetti fiscali cfr. A. SPOTO, *Aspetti tributari degli accordi di cooperazione tra imprese indipendenti (le joint ventures)*, in *Riv. dir. trib.*, 1993 pag. 593.

⁽¹²⁷⁾ A. FORCHINO, *Associazione in partecipazione, joint venture corporations e associazione temporanea di imprese a confronto* (nota a Cassazione civile, sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757), cit., pag. 88.

intuitus personae. D'altra parte, il contratto, che è alla base della *joint-venture* e che presuppone una parità di posizione dei contraenti nella realizzazione dell'impresa comune, necessariamente influenza l'attività sociale e la sua organizzazione, determinando attraverso apposite norme statutarie o attraverso accordi parasociali una deviazione dei normali principi. Il principio maggioritario che è alla base della disciplina della società per azioni viene ad essere sostituito dal principio dell'unanimità dei consensi dei vari partecipanti per quanto attiene a tutte le determinazioni essenziali nella vita della società.

9.2. – Il regime di responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali quale riflesso della ripartizione del potere di amministrazione.

Premesse così alcune brevi considerazioni sui due modelli associativi, si passa all'analisi di alcuni istituti specifici.

Per analizzare le differenze nelle modalità di tassazione delle società di persone rispetto alle società di capitali, per quanto di interesse sul piano tributario, risulta necessario analizzare più in dettaglio i differenti regimi di responsabilità per le obbligazioni sociali che i soci devono sopportare nelle differenti tipologie societarie.

Nelle *società semplici*, il creditore sociale può aggredire sia il patrimonio della società sia del socio che può paralizzare l'azione dimostrando che esistono beni sociali sui quali il creditore può agevolmente soddisfarsi (art. 2267 e 2268 cod. civ.) ⁽¹²⁸⁾. La ripartizione del potere di amministrare la società risulta perfettamente coerente con le norme in tema di responsabilità in quanto, ai sensi dell'art. 2257 cod. civ., l'amministrazione, salvo diversa pattuizione, spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri. Nella società di persone la regola, quindi, è quella della responsabilità e dell'amministrazione di tutti i soci alla quale i soci possono derogare con atto espresso da portare a conoscenza dei terzi.

Analoga regola opera per le *società in nome collettivo* ove la responsabilità illimitata e solidale dei soci è ancor più incisivamente affermata in quanto l'eventuale patto con il quale alcuni soci limitano la loro responsabilità è inopponibile ai terzi (art. 2291 cod. civ.). Tuttavia, diversamente che nelle società semplici, i creditori sociali non possono pretendere il pagamento da parte dei singoli soci se non dopo l'escussione del patrimonio sociale (art. 2304 cod. civ.). Le disposizioni in tema di amministrazione delle società in nome collettivo sono analoghe a quelle previste per le società semplici.

Nelle *società in accomandita semplice*, occorre distinguere la posizione dei soci accomandatari da quella dei soci accomandanti. Mentre i primi rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, i secondi rispondono limitatamente alle quote conferite. Tale particolare regime risulta essere l'inevitabile conseguenza dalla ripartizione del potere di amministrazione. La materia è regolata essenzialmente da tre norme contenute negli artt. 2318 e 2320 cod. civ.; il comma 2 dell'art. 2318 cod. civ. stabilisce che "*l'amministrazione della società può essere conferita soltanto a soci accomandatari*" e, di converso, l'art. 2320, comma 1, vieta ai soci accomandanti di compiere atti di

⁽¹²⁸⁾ Eventuali patti limitativi della responsabilità sono opponibili ai terzi a condizione di renderli edotti con mezzi idonei, in mancanza, la limitazione della responsabilità è inopponibile a coloro che non ne hanno avuto conoscenza.

amministrazione stabilendo che il socio accomandante che contravviene a tale divieto assume la responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali. La previsione pare avere natura sanzionatoria, in quanto tesa a tutelare il principio di tipicità societaria (non l'affidamento dei creditori sociali, dal momento che la responsabilità scatta anche nel caso di semplici ingerenze nell'amministrazione *interna* della società) ⁽¹²⁹⁾. È evidente in questa ipotesi la stretta correlazione tra responsabilità e amministrazione della società, pur non potendosi fare a meno di notare che l'art. 2318 cod. civ. prevede che l'amministrazione possa essere conferita solo ai soci accomandatari. Ne consegue che potranno aversi soci accomandatari, ai quali non è conferito il potere di amministrare la società, che, comunque, saranno solidalmente responsabili con la società. La loro responsabilità non si riconduce così necessariamente all'attribuzione del potere di amministrazione che potrebbe mancare ⁽¹³⁰⁾.

Le società di persone, in conclusione, si caratterizzano per l'affermazione della responsabilità illimitata e solidale dei soci a fronte, in via tendenziale e salve eccezioni, del correlativo potere di ingerirsi nella gestione delle stesse. La legge stessa o le parti tra loro possono derogare a tale regola, ma dalla concessione di limitazioni alla responsabilità consegue anche la limitazione dei poteri gestori.

Le società a base capitalistica, per effetto del riconoscimento di personalità giuridica, invece, si caratterizzano, di norma, per la completa autonomia rispetto ai soci. Tale conclusione è evidente nelle *società per azioni* e nelle *società a responsabilità limitata* ove le società stesse assumono direttamente la responsabilità con il proprio patrimonio sociale, con esclusione di ogni coinvolgimento dei soci il cui unico rischio è limitato alla perdita del conferimento. Tale fondamentale caratteristica subisce una deroga nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata ove manchi la pluralità dei soci e si verifichi il caso dell'insolvenza. Infatti, in questa ipotesi, risponde illimitatamente il socio al quale siano appartenute tutte le azioni, ovviamente con riguardo alle obbligazioni sorte nel periodo di monopolistica appartenenza.

La possibilità di conservare la limitazione di responsabilità anche in assenza di pluralità dei soci era già prevista per le società a responsabilità limitata, ora è stata estesa anche alle società per azioni. Si tratta di una delle principali novità della recente riforma del diritto societario che per questa via ha introdotto la possibilità di gestire l'affare di una persona con il privilegio della responsabilità limitata. Secondo la dottrina ⁽¹³¹⁾ è stato così introdotto un nuovo istituto: la società per azioni come forma di organizzazione per l'esercizio individuale di un'attività.

Così brevemente riassunto l'istituto, pare che il d.lgs. n. 6 del 1993 abbia inteso rafforzare il principio della limitazione della responsabilità consentendo di superarlo nelle società per azioni e nella società a responsabilità limitata solo in caso di insolvenza. È stato chiarito, in dottrina ⁽¹³²⁾, che, anche nell'ipotesi un cui

⁽¹²⁹⁾ F. DI SABATO, *La società in accomandita semplice*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985, pag. 82.

⁽¹³⁰⁾ V. BUONOCORE, *L'impresa societaria a base personale – La società in accomandita semplice*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 224.

⁽¹³¹⁾ G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006, pag. 242.

⁽¹³²⁾ S. PESCATORE, *L'impresa societaria a base capitalistica – Conferimenti e titoli azionari*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 268.

manchi la pluralità dei soci, il socio unico non si identifica con l'organizzazione della quale comunque è tenuto a rispettare, senza deroghe, le regole sicché l'apparato con l'intatta articolazione delle sue competenze, assembleare, amministrativa e di controllo, permane. L'organizzazione è spersonalizzata e non si personalizza neanche nell'eventualità in cui tutte le azioni appartengono ad un solo soggetto. Ne è conferma il fatto che la sua responsabilità opera sul presupposto dell'accertamento dello stato di insolvenza e si aggiunge a quella della società. È sussidiaria e non è, inoltre, in alcun modo, riconducibile all'art. 2740 cod. civ. proprio perché circoscritta alle situazioni di insolvenza; con la conseguenza che il socio unico non risponde nel caso di mero inadempimento della società. Il suo patrimonio, in definitiva, può essere aggredito dai creditori sociali se la società non può adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. La norma, mira così ad impedire l'esercizio abusivo in forma individuale dell'attività di impresa, non ad impedirlo di per sé, relegando ad ipotesi particolarmente gravi, il superamento dell'autonoma soggettività della società. Tuttavia il principio che ispira tale superamento risiede nella circostanza di far ricadere la responsabilità dell'inadempimento delle obbligazioni sociali su colui il quale le ha assunte. Vale anche in tale ipotesi la regola secondo cui la responsabilità discende dal potere di amministrazione. Il legislatore ha però cercato di temperare gli interessi in gioco prevedendo, da un lato, il completo superamento dell'autonoma soggettività della società solo in caso di insolvenza, dall'altro consentendo di conservare il beneficio della limitazione della responsabilità a condizione di manifestare nei confronti dei terzi la presenza di un unico socio tramite adeguate forme di pubblicità.

Diversamente, nell'ipotesi di pluralità di soci, il legislatore esclude la possibilità di riconoscere una responsabilità a carico dei soci in quanto questi solo indirettamente sono in grado di incidere sulla gestione della società. Essa, infatti, è affidata agli amministratori o all'assemblea della società. In questo organo, i singoli soci possono manifestare i propri orientamenti e le proprie decisioni, ma esso costituisce un filtro sì da determinare l'impossibilità di ricondurre a singoli soci le scelte di gestione.

Il principio dell'autonoma soggettività delle società di capitali subisce un ulteriore correttivo nelle *società in accomandita per azioni* la cui responsabilità patrimoniale è integrata da quella dei soci accomandatari, amministratori di diritto. In tale tipologia societaria, si distinguono, infatti, i soci accomandatari che sono amministratori di diritto e che rispondono solidalmente ed illimitatamente, in via sussidiaria, per le obbligazioni sociali e i soci accomandanti i quali rispondono nei limiti della quota conferita e non possono amministrare la società. Ciò che connota questa tipologia società è il nesso inscindibile ⁽¹³³⁾ che lega la qualità di socio accomandatario e di amministratore. Tale circostanza distingue la società in accomandita per azioni dalla società in accomandita semplice in quanto il socio accomandatario di quest'ultima società non è necessariamente anche amministratore di diritto. Nella società in accomandita per azioni, invece, amministrazione e responsabilità sono indissolubilmente legate tanto che essa si differenzia dalle altre società di capitali in quanto il principio della irrilevanza

⁽¹³³⁾V. BUONOCORE, *L'impresa societaria a base personale – La società in accomandita semplice*, cit., pag. 225.

della partecipazione sociale risulta fortemente attenuata: la persona di chi appresta i mezzi assumendo la qualità di socio accomandatario risulta decisiva.

In definitiva, mentre nelle società di persone il socio rischia l'intero suo patrimonio con vincolo di solidarietà nei confronti degli altri soci, differentemente nelle società di capitali il socio rischia solo la quota conferita, nel senso che nel peggiore dei casi egli può perdere quanto ha conferito, essendo il suo patrimonio insensibile alle vicende che colpiscono il patrimonio sociale. Deriva tale circostanza dal riconoscimento di personalità giuridica a tali società che consente l'imputazione della attività alla società e non ai soci. Immediata conseguenza di questa regola è la diversa misura del potere del socio di incidere con la propria opera sulla gestione della società, nel senso che mentre nelle società di persone il socio è il naturale amministratore della società (artt. 2257 e 2258 cod. civ.) e solo con un proprio atto di volontà egli può rinunciare al diritto di amministrare (ciò avviene perché egli rischia nell'impresa anche il suo patrimonio personale), nelle società di capitali, atteso il regime di responsabilità limitata, il potere di amministrazione è svincolato dalla qualità di socio ed è esercitabile dal socio solo indirettamente, nel senso che egli potrà solo contribuire, attraverso l'esercizio del diritto di voto, alla scelta degli amministratori.

9.3. – Il diritto alla ripartizione degli utili.

Appartenendo la società di persone al novero delle società lucrative, centrale importanza assumono le regole relative al conseguimento e soprattutto alla destinazione degli utili. Alla materia in esame il codice civile dedica quattro norme: gli articoli da 2262 a 2265. Tra le quattro, preminente rilievo assume l'art. 2262 cod. civ., perché stabilisce il diritto del socio di società personale alla divisione periodica degli utili; e tale diritto sorge per effetto dell'approvazione del rendiconto ⁽¹³⁴⁾ annuale, nel senso che il socio ha diritto di pretendere immediatamente quanto gli spetta, una volta che sia stata accertata, attraverso tale strumento, la presenza effettiva dell'utile stesso, senza possibilità che all'atto dell'approvazione del documento contabile sia possibile discutere sulla ripartizione.

Se il socio ha diritto alla ripartizione periodica integrale degli utili prodotti in un esercizio, ne consegue la necessità che ogni deviazione da questo schema richieda il consenso singolo del titolare del diritto e quindi di ogni socio. Di conseguenza, il problema delle pattuizioni contrattuali sulla ripartizione degli utili e in particolare dei limiti a tali pattuizioni assume importanza centrale.

La dottrina ⁽¹³⁵⁾, pertanto, ritiene nulli non solo i patti, diretti o indiretti, con i quali uno o più soci vengono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite (è espressione di tale principio il divieto di patto leonino di cui all'art. 2265 cod. civ., ma anche i patti che stabiliscono devoluzioni dell'utile contrastanti con la causa del contratto sociale, come, ad esempio, la devoluzione in beneficenza. Né, spostando l'angolo visuale sui soggetti, potranno ritenersi

⁽¹³⁴⁾ Per rendiconto si intende una situazione patrimoniale che documenti, in base al raffronto con una situazione patrimoniale precedente, le variazioni intervenute nella consistenza del patrimonio della società.

⁽¹³⁵⁾ V. BUONOCORE, *L'impresa societaria a base personale – La società semplice*, cit., pag. 190.

CAPITOLO SECONDO

ammissibili, e per gli stessi motivi, rinunce preliminari del socio a percepire utili, quand'anche per destinarli ad altri scopi previamente individuati; il socio potrà solo rinunciare ad esigere il dividendo spettantegli dopo che sia stato approvato il rendiconto, poiché in tal caso egli rinuncia ad un diritto di credito che gli spetta come terzo e non come socio e del quale può disporre anche a titolo oneroso ⁽¹³⁶⁾.

Nelle società di capitali non opera un principio analogo. L'apprensione da parte del socio dell'utile della società deriva dall'assunzione di una formale delibera di distribuzione degli utili. Essi sono dovuti al socio sulla base del numero delle azioni possedute. È l'azione che attribuisce al socio il diritto a percepire un utile. Le azioni rappresentano una frazione del capitale sociale che è l'indice attraverso il quale si determina la posizione del socio, cioè la partecipazione sociale di cui è titolare, articolata in diritti di natura patrimoniale (il diritto agli utili e alla quota di liquidazione) e amministrativa (l'intervento alle assemblee, il voto, l'impugnativa delle deliberazioni, ecc).

⁽¹³⁶⁾ Gli artt. 2263 e 2264 cod. civ. riguardano più da vicino i criteri per determinare la partecipazione dei soci ad utili e perdite e da esse si ricavano le regole ed i principi seguenti:

- 1) come regola generale, desumibile dal contesto dell'art. 2263 cod. civ., il principio per cui la disciplina legale ha carattere suppletivo, in quanto l'applicazione di tale norma è condizionata all'assenza di pattuizioni contrattuali in tema di ripartizione degli utili e/o delle perdite: in altre parole, i soci sono liberi di adottare, con il solo limite del divieto del patto leonino *ex art. 2265 cod. civ.*, il regolamento di interessi da loro ritenuto più opportuno, stabilendo, ad esempio, che a conferimenti uguali corrispondano partecipazioni disuguali ad utili e perdite o viceversa, ovvero una partecipazione in misura diversa del medesimo socio a guadagni e perdite;
- 2) come principio legale inderogabile il già ricordato divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 cod. civ.;
- 3) come principio suppletivo, quello per cui solo quando manchino pattuizioni contrattuali, intervengono le presunzioni poste dall'art. 2263 cod. civ., e cioè:
 - a) se il valore dei conferimenti è determinato nel contratto, vige il principio della proporzionalità, nel senso che le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti;
 - b) se manca ogni determinazione contrattuale del valore dei conferimenti, scatta la presunzione di uguaglianza, nel senso che in tal caso la partecipazione ad utili e perdite si presume uguale per tutti i soci;
 - c) presunzione di uguaglianza nella misura tra partecipazione ai guadagni e partecipazione alle perdite, ove il contratto determini solo la parte di ciascuno nei guadagni;
- 4) come regola in deroga al principio espresso sotto il numero precedente, che la determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite può essere rimessa ad un terzo, la cui decisione può essere impugnata ai sensi dell'art. 1349 cod.civ, salvo che dal socio il quale abbia volontariamente eseguito la decisione stessa.

Suggerisce tale ripartizione V. BUONOCORE, *L'impresa societaria a base personale – La società semplice*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 190.

ELEMENTI COSTITUTIVI DEL TRIBUTO

La disciplina delle azioni ⁽¹³⁷⁾ è stata fortemente modificata dalla riforma del diritto societario che ha inteso accrescere il numero degli strumenti a cui le imprese possono ricorrere per la raccolta diretta di capitale, da un lato, permettendo loro di apportare deroghe alle tradizionali categorie delle azioni e delle obbligazioni ⁽¹³⁸⁾ (fino addirittura a offuscare le differenze tra le due categorie di

⁽¹³⁷⁾ Ogni azione attribuisce il diritto di voto, il diritto all'utile ed alla quota di liquidazione (art. 2350, comma 1, cod. civ.). Questa la regola, che vigente prima della riforma, permane, peraltro, integrata con rilevanti novità: innanzitutto si autorizza la società ad emettere azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività in un determinato settore. Lo statuto stabilisce i criteri di individuazione dei costi e dei ricavi imputabili al settore, le modalità di rendicontazione, i diritti attribuiti a tali azioni, nonché le eventuali condizioni e modalità di conversione in quelle di altra categoria (art. 2350, comma 2, cod. civ.). Si tratta delle azioni correlate, rapportate, cioè, non ai risultati complessivi dell'impresa, bensì ad un suo determinato settore di operatività. L'introduzione di tale categoria di titoli azionari prova che l'attività sociale può essere frazionata, attribuendo, così, rilevanza autonoma ad ogni sua componente per sollecitare l'investimento di chi confida proprio in uno specifico settore. Con il coerente effetto che anche il risultato della stessa attività, in precedenza assolutamente unitario e, quindi, insuscettibile di scomposizione, può essere, adesso, parcellizzato. Di qui il riflesso della pari autonoma individuazione degli specifici costi e ricavi e delle modalità di rendicontazione. I dividendi possono essere attribuiti alle azioni correlate soltanto nei limiti degli utili risultanti dal bilancio della società (art. 2350, ultimo comma, cod. civ.). L'autonomia del settore, non permette di remunerare l'investimento se la società non ha realizzato utili. *Amplius* U. PATRONI GRIFFI, *Le azioni correlate*, Napoli 2005, *passim*.

È inoltre prevista la facoltà di emettere categorie di azioni diverse per i diritti che conferiscono (art. 2348 cod. civ.): possono essere diversi i diritti patrimoniali (ad esempio, azioni che partecipano esclusivamente al riparto finale di liquidazione); possono essere emesse azioni che partecipano alla ripartizione dell'utile d'esercizio, e del patrimonio in sede di liquidazione, per una quota che dipende dall'andamento di un determinato settore (da individuare contabilmente) (art. 2350 cod. civ.), le perdite possono incidere diversamente (ad esempio, azioni privilegiate nel rimborso sulle altre categorie). Non sono ammesse azioni a voto plurimo, ma, per un ammontare che complessivamente non superi la metà del capitale, una società può emettere azioni senza voto, con voto limitato alle assemblee straordinarie o a particolari argomenti o con voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative (art. 2351 cod. civ.).

⁽¹³⁸⁾ Accanto alla nozione di azioni, si situa quella di obbligazione che ha conservato le proprie caratteristiche essenziali, sicché rientrano tuttora in tale categoria quei titoli che danno diritto alla restituzione del capitale alla scadenza del prestito e periodicamente al pagamento degli interessi. Sono titoli di massa, in serie, causali in quanto rappresentano frazioni di un rapporto regolato come mutuo, anche se la causa della loro emissione può essere diversa dal mutuo (come un apporto in natura). Peraltro i caratteri del mutuo possono subire modificazioni così da attenuare le differenze di tali strumenti rispetto alle azioni. Gli interessi possono, infatti, essere parametrati anche all'andamento economico della società così da assumere lo stesso carattere aleatorio proprio del dividendo (art. 2411, comma 2, cod. civ.), è inoltre legittima la possibilità di subordinare il rimborso alla soddisfazione degli altri creditori (art. 2411, comma 1, cod. civ., si tratta delle c.d. obbligazioni postergate). Nonostante tale annacramento della categoria, si ritiene, anche nell'ipotesi di obbligazioni postergate, che ciò che continui a connotare i titoli obbligazionari sia il diritto alla restituzione del capitale così da esporre l'investitore soltanto al rischio di insolvenza dell'impresa emittente, non già al vero e proprio rischio di impresa. Cfr. M. SARALE, *Articolo 2411*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, pag. 1255; G.L. BRANCADORO, *Articolo 2411*, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. PICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, pag. 933; A. AUDINO, *Articolo 2411*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, pag. 1221; G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 267. Per i profili generali G. F. CAMPOBASSO, *Obbligazioni di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1994, pag. 280.

valori mobiliari), dall'altra, attribuendo la facoltà di emettere anche altri strumenti finanziari ⁽¹³⁹⁾ diversi dalle azioni e dalle obbligazioni ⁽¹⁴⁰⁾

La riforma del diritto societario ha indotto il favore per la più ampia diffusione di molteplici categorie di titoli azionari articolandole sulla base della diversa incidenza del rischio d'impresa che, a seguito della riforma, è ora possibile contenere anche isolando settori ed affari specifici dell'attività sociale (in funzione dei quali è possibile emettere titoli azionari e strumenti finanziari relativi agli uni e agli altri). La possibile articolazione della società per azioni in categorie di soci, diversificate dall'eterogeneità dei diritti, rende conto, allora, del fatto che la collocazione degli azionisti nell'organizzazione è influenzata dalla diversa incidenza del rischio d'impresa; più puntualmente, i soci possono atteggiarsi in modo non necessariamente uniforme rispetto all'alea dell'attività ⁽¹⁴¹⁾. Il rischio d'impresa, incidendo, dunque, sulle posizioni che i soci possono assumere nell'organizzazione della società, ne diversifica gli interessi e modella le diverse categorie di azioni.

Ciò brevemente premesso sulle azioni, si può ora precisare che nelle società di capitali la distribuzione dell'utile è un atto della società stessa poiché è necessario che sia deliberata dall'assemblea ordinaria, (art. 2433, comma 1°, cod. civ.). Il solo fatto che l'esercizio si sia chiuso in utile non comporta che il socio ne benefici automaticamente ed immediatamente (con eccezione parziale delle azioni di risparmio). L'incremento patrimoniale (l'utile) è della società (persona giuridica); soltanto se ne viene decisa la ripartizione spetta al socio sotto forma di dividendo (l'utile, appunto, distribuito) in proporzione al numero di azioni nella sua titolarità. In mancanza dell'atto deliberativo che lo destina agli azionisti rimane nel patrimonio sociale che si accresce.

Le diverse modalità di distribuzione degli utili manifestano una ulteriore profonda differenza fra società di persone e società di capitali: nelle prime ciascun

⁽¹³⁹⁾ Tali strumenti si possono ricondurre alle seguenti categorie:

- strumenti finanziari partecipativi forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti, emessi anche a seguito dell'apporto di opere e servizi ai sensi dell'articolo 2346 cod. civ.;
- strumenti finanziari emessi a seguito degli apporti effettuati a favore dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'articolo 2447-ter, comma 1, lett.e), cod. civ.;
- strumenti finanziari comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società di cui all'articolo 2411, comma 3, cod. civ. (c.d. clausola di cointeressenza o senza garanzia di rimborso).

Per quest'ultima ipotesi, il legislatore ha ritenuto di estendere ai portatori di simili titoli, la disciplina delle obbligazioni (artt. 2410 – 2420-ter cod. civ.) al fine di bilanciare la situazione di equilibrio nella quale si vengano a trovare. Cfr. G.L. BRANCADORO, *Articolo 2411*, cit. pag. 937; G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 280.

⁽¹⁴⁰⁾ N. ABRIANI, *Delle azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, pag. 209; C. FORMICA, *Le novità della disciplina azionaria*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, pag. 161. Per i profili generali B. VISENTINI, *Azioni di società*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, pag. 967; O. CAGNASSO, *Azioni di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, II, Torino, 1987, pag. 127; B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, pag. 109; F. CORSI, *La nuova s.p.a.: gli strumenti finanziari*, in *Giur. comm.*, 2003, pag. 415; G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 268; S. PERUGINO, *Gli strumenti finanziari alla luce della riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, pag. 941.

⁽¹⁴¹⁾ A. AUDINO, *Articolo 2411*, cit., pag. 1233.

socio ha, a norma dell'art. 2262 cod. civ., un diritto alla divisione annuale degli utili ed un diritto alla loro integrale divisione; per le seconde vale, all'opposto, la regola secondo la quale l'assemblea che approva il bilancio delibera sulla distribuzione degli utili ai soci. È, dunque, l'assemblea che delibera, a maggioranza, se distribuire o non distribuire l'utile e, nel primo caso, in quale misura distribuirlo. Sull'interesse del singolo socio alla percezione della sua parte di utili prevale, nella società di capitali, un diverso interesse, della cui realizzazione è arbitra la maggioranza: l'interesse all'autofinanziamento dell'impresa. L'utile realizzato e non distribuito ai soci va ad incrementare il patrimonio della società, e gli amministratori potranno servirsene per potenziare l'impresa sociale, migliorandone o ampliandone gli impianti, aumentando gli investimenti e, quindi, il volume della produzione; e sia pure in vista di una maggiore messe di utili da distribuire in futuro ai soci.

Queste esigenze di espansione economica sono poste, nelle società di persone, in secondo piano: prevale, in esse, l'interesse del socio alla ripartizione immediata dell'utile realizzato attraverso l'impresa sociale. Una politica di autofinanziamento è possibile, in queste società, solo con il consenso di tutti i soci, ciascuno dei quali rinunci al diritto riconosciuto dall'art. 2262 cod. civ., oppure è possibile in base ad una clausola del contratto sociale (l'art. 2262 cod. civ. fa salvo il patto contrario), che introduca in questa materia il principio di maggioranza.

La dottrina ⁽¹⁴²⁾ esclude le ragioni di questo diverso trattamento delle società di persone e delle società di capitali riposino sul maggior rischio che corrono i soci delle prime, i quali sono illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali, e quindi sulla opportunità di una speciale remunerazione di questo maggior rischio, dal momento che la norma dell'art. 2262 cod. civ. è destinata ad operare anche nelle società in accomandita semplice, i soci accomandanti della quale sono limitatamente responsabili delle obbligazioni sociali e, ciò nonostante, hanno diritto, al pari dei soci illimitatamente responsabili, all'integrale ripartizione dell'utile annuo. Preferiscono gli Autori riferirsi al diverso substrato storico-economico delle società di persone e, fra esse, della società in accomandita semplice rispetto alle società di capitali quali figure proto-capitalistiche e le società di capitali come figure del capitalismo moderno, fondato sulla produzione industriale di massa e sulla distribuzione di massa. Si ritiene che l'evoluzione del capitalismo abbia comportato l'imposizione di sempre maggiori sacrifici ai singoli capitalisti, tra i quali quello alla realizzazione immediata del profitto ⁽¹⁴³⁾.

9.4. – *Conseguenze sul piano dell'imputazione dell'attività.*

Le considerazioni che precedono circa il diverso grado di soggettività, oltre a riflettersi sul diverso grado di autonomia patrimoniale, incidono sul profilo dell'imputazione dell'attività alle società.

Nessuno contesta che anche nelle società di persone, sia pure con le inevitabili differenze, vi è distinzione fra patrimonio della società e patrimonio dei soci, ma soprattutto che dalla legge si ricava con chiarezza il principio che la

⁽¹⁴²⁾ F. GALGANO, *Le società in genere – Le società di persone*, cit. pag. 273.

⁽¹⁴³⁾ F. GALGANO, *Le società in genere – Le società di persone*, cit. pag. 274.

società non si risolve nella pluralità dei soci ⁽¹⁴⁴⁾. Anche per le società di persone, l'attività sociale è un'attività della collettività, del gruppo, non attività personale del socio; pertanto al gruppo, e non al socio, competono la qualifica di imprenditore e gli obblighi che a questa sono inerenti. Né la qualifica di imprenditore può ripartirsi tra i soci che del gruppo fanno parte o può moltiplicarsi, facendo considerare tutti i soci come imprenditori. Il socio tuttavia partecipa come membro del gruppo sociale, all'attività imprenditrice, assume come tale le obbligazioni inerenti a questa attività, nonché le alee favorevoli o contrarie; è cioè co-imprenditore. Ciò spiega pertanto come, pur non essendo egli personalmente imprenditore, tuttavia nei suoi confronti si applichino talune norme che sono dettate per l'esercizio dell'impresa (così ad esempio in ordine alla partecipazione alla società valgono le norme che regolano la capacità dall'esercizio dell'impresa: art. 2294 cod. civ.) o si determinino talune conseguenze che dall'esercizio dell'impresa derivano (il fallimento del socio illimitatamente responsabile ai sensi dell'art. 147, R.d. 16 marzo 1942, n. 267, c.d. Legge Fallimentare).

Quando manca il riconoscimento, l'organizzazione si risolve all'interno dei contraenti. Per dare rilevanza esterna all'organizzazione è necessaria un'apposita specifica disposizione di legge, come accade nella società in nome collettivo, che imputano l'attività commerciale alla società. Ma in questo caso la soggettività è un effetto limitato alle disposizioni che la prevedono: la soggettività non può essere assunta come criterio generale dell'organizzazione dell'ente; anzi, deve essere conseguenza di stretta interpretazione, per il rispetto della legge che non riconosce la personalità giuridica ⁽¹⁴⁵⁾.

Con il riconoscimento della personalità giuridica l'organizzazione acquista, invece, la più piena soggettività, verso l'esterno ed anche verso gli eventuali associati, senza che siano necessarie specificazioni legislative, le quali eventualmente intervengono per limitare gli effetti della personificazione, ad esempio disponendo la responsabilità del socio o dell'amministratore per determinate operazioni od in determinate situazioni (come nell'ipotesi di socio unico di società per azioni). Ciò consente alla dottrina ⁽¹⁴⁶⁾ di concludere ritenendo che mentre il riconoscimento formale della personalità ha valore *prescrittivo*, nel senso che dal riconoscimento derivano tutti gli effetti della soggettività piena, anche se non specificamente disposti, invece la soggettività è una nozione dell'interprete, con valore *descrittivo* dei casi in cui la legge riconosce effetto esterno all'organizzazione. Dalla personalità l'interprete deduce le conseguenze; con la soggettività l'interprete stabilisce i limiti dell'esteriorizzazione del vincolo, limiti indotti dalla analisi della disciplina positiva, nei casi disposti specificamente ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Così l'art. 2266 cod. civ. secondo il quale la società acquista i diritti ed assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza.

⁽¹⁴⁵⁾ G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 152.

⁽¹⁴⁶⁾ G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 153.

⁽¹⁴⁷⁾ G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 153.

10. – NOZIONE DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA – I RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA: IL TRUST.

Le prime conclusioni a cui si è giunti dimostrano che la soggettività giuridica tributaria si identifica con la capacità di diritto comune e si estende anche ad entità soggettive sfornite del tradizionale requisito della personalità giuridica. Il concetto di persona giuridica non rappresenta quindi il fondamento della soggettività IRES. L'art. 73 t.u.i.r. realizza una piena equiparazione tra soggetti personificati e non, con l'effetto che i vari aspetti della soggettività IRES sono riassumibili nella generica nozione di ente. Le persone giuridiche vengono, pertanto, a costituire esclusivamente una classe di soggetti, ma non esauriscono il campo di applicazione dell'imposta in esame.

Il requisito minimo per l'attribuzione di soggettività in campo tributario è stato, di norma, la capacità di diritto comune e, quindi, il riconoscimento dell'ente secondo tale regole.

Tale ricostruzione deve essere, tuttavia, approfondita alla luce della Legge Finanziaria 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), che ha modificato l'art. 73, t.u.i.r. dettando la disciplina fiscale del *trust* ⁽¹⁴⁸⁾. In particolare, i commi da 74 a 76 dell'art. 1, legge n. 296 del 2006 hanno:

- a) riconosciuto la soggettività tributaria del *trust* annoverandolo tra i soggetti IRES;
- b) stabilito le regole per individuarne la residenza a fini fiscali;
- c) incluso tale soggetto tra quelli obbligati alla tenuta delle scritture contabili.

⁽¹⁴⁸⁾ *Amplius* F. GALLO, *Trust, interposizione ed elusione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 1996, pag. 1052; A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004, *passim*; M. LUPOI, *Osservazioni sui primi interpelli riguardanti trust*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 4342; M. NUSSI *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pag. 581; A. FEDELE, *Visione di insieme della problematica interna*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 269; F. GALLO, *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 289; G. GAFFURI, F. ALBERTINI, *Costituzione del trust e trasferimento dei beni*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 301; G. PUOTI, *La tassazione dei redditi del trust*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 321; R. LUPI, *La tassazione dei redditi del trust: il trustee*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 327; L. SALVINI, *I trasferimenti degli interessi ai beneficiari*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 337; F. PAPARELLA, *Trusts e destinazione dei beni a finalità extraimprenditoriali*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 327; S. SCREPANTI, *Trust e imposizione indiretta: i possibili riflessi di alcuni recenti interventi normativi e orientamenti ministeriali*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 4926; L. BELLUZZO, E. LO PRESTI VENTURA, *Trusts "interni" "discrezionali" ed imposizione diretta: note a margine della risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 3398; F. PAPARELLA, *Considerazioni in tema di disciplina dei trusts nel sistema delle imposte sui redditi delineato dalla legge delega di riforma dell'ordinamento tributario n. 80 del 7 aprile 2003 e le prospettive di riforma*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 107; ID., *Considerazioni in tema di disciplina dei trusts nel sistema delle imposte sui redditi delineato dalla legge delega di riforma dell'ordinamento tributario n. 80 del 7 aprile 2003 e le prospettive di riforma*, in *Boll. Trib.*, 2003, pag. 1683; ID., *Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona*, in *Boll. Trib.*, 2002, pag. 485; L. PERRONE, *La residenza del trust*, in *Rass. trib.* 1999, pag. 1601; G. CORASANITI, *Note su trusts non residenti e beneficiari residenti*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, pag. 376; M. LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, pag. 333; ID., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2654-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, pag. 169.

CAPITOLO SECONDO

Il legislatore della legge n. 296 del 2006, per cercare di dissipare i dubbi inerenti la disciplina fiscale del *trust*, ha effettuato, coerentemente con la prassi applicativa dell’Agenzia delle Entrate ⁽¹⁴⁹⁾, una scelta (di fondo) in favore della soggettivizzazione (o, se si vuole, “*entificazione*”) del *trust*. Il legislatore pare, infatti, essersi ispirato agli orientamenti che suggerivano di considerare il *trust* stesso come autonomo soggetto passivo d’imposta *ex art.* 73, comma 2, t.u.i.r.. Il *trust*, secondo tale ricostruzione, soddisferebbe i requisiti previsti dalla norma per l’attribuzione della soggettività in quanto tale istituto ⁽¹⁵⁰⁾:

a) dà vita a fenomeni di combinazione di persone e/o beni funzionalmente coordinati;

⁽¹⁴⁹⁾ La possibilità di ricondurre il *trust* tra “*le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti dei quali il presupposto di imposta si verifica in modo unitario e autonomo*” e di attribuirgli autonoma soggettività passiva è stata avallata dalla prassi costante dell’Amministrazione Finanziaria che muove dalla relazione del SECIT 11 maggio 1998 n. 37, nonché dallo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle Entrate dell’Emilia Romagna (Il punto è poi stato definitivamente chiarito nella Risoluzione 28 settembre 2004 e nella Risoluzione 26 novembre 2003). L’Agenzia delle Entrate non ha comunque mancato di sottolineare che la questione della soggettività di un *trust* deve essere risolta sulla base di un approccio casistico ed in funzione delle concrete ed effettive caratteristiche di ogni singolo *trust*. Così nel caso del “*trust nudo*” che si caratterizza per un diritto pieno e incondizionato dei beneficiari a ricevere il reddito nella sua originaria e specifica conformazione, secondo l’Amministrazione Finanziaria si crea, nonostante la pienezza dei poteri del *trustee* nell’amministrazione dei beni, una sorta di “*trasparenza*” del flusso di reddito che si limita a passare per le mani del *trustee* per fluire direttamente ai beneficiari, che saranno quindi direttamente assoggettati ad imposizione. L’Amministrazione Finanziaria (Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria Risposta a Interpello del 24 luglio 2003, Prot. n. 19972/2003 e Risposta a Interpello del 13 settembre 2004, Prot. n. 903-14743/2004; cfr. G. SEMINO, *Trust “nudo” e trasparenza fiscale*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 1924; ID., “*Trust liberali e “trust” commerciali*, in *Corr. trib.*, 2006, pag. 314), con riferimento a tali ipotesi ha ritenuto che il regime fiscale del *trust* debba essere risolto secondo il principio di trasparenza. Questo non significa negare l’esistenza giuridica del *trust* o disconoscerne la validità, ma semplicemente affermare la non ricorrenza delle condizioni per una sua completa soggettivizzazione ai fini impositivi. Il modello di trasparenza cui si riferisce in questa ipotesi l’Amministrazione Finanziaria è quello delle società fiduciarie, dal momento che il *trust* avrebbe le stesse funzioni di una di queste società. Come ha avuto modo di precisare il SECIT, tale assimilazione non è assoluta; il riferimento alle società fiduciarie “*sembra non appropriato In particolare, può ingenerare confusione l’accostamento fra società fiduciarie e trust, per i quali è ormai pacificamente riconosciuta la diversità ontologica rispetto a qualunque altro istituto già noto nel nostro ordinamento: quel che è vero e possibile per i trust, non può ritenersi ugualmente applicabile per le società fiduciarie, le quali presentano questioni e procedure del tutto proprie e diverse*”.

Cfr. R. LUPI, G. SEMINO, D. STEVANATO, *Trusts trasparenti e imputazione dei redditi ai beneficiari*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, pag. 1611; R. LUPI, E. COVINO, *La soggettività tributaria del trust in ambito IRES: punti fermi ed interrogativi nella interpretazione dell’Agenzia delle Entrate*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005 pag. 1209; R. LUPI, D. STEVANATO, *Regime di trasparenza per i trust interni “non discrezionali”*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 1391.

⁽¹⁵⁰⁾ G. ZIZZO, *Note minime in tema di trust e soggettività tributaria*, cit., pag. 4658; P. LAROMA JEZZI, *I profili soggettivi dell’imposizione nella cartolarizzazione dei crediti, fra separazione patrimoniale e trust*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, pag. 293; R. LUPI, A. CONTRINO, *Riforma IRES e trust: la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività “definitiva” del trust*, in *Dialoghi dir.trib.*, 2004, pag. 579; S. CAPOLUPO, *La soggettività passiva del trust ai fini delle imposte sui redditi*, in *Il Fisco*, 2006, pag. 4421; C. PESSINA, L. PITTALUGA, *Il trust interno nelle imposte dirette*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 6242; P. GAETA, *Redditi finanziari del trustee residente all’estero*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, pag. 211.

- b) non costituisce segmenti di organizzazioni più ampie, restando assorbito nella soggettività passiva di queste ultime;
- c) infine, è lo stesso *trust* ad acquisire i proventi dei beni formanti il *trust fund* e dell'attività svolta per loro mezzo ⁽¹⁵¹⁾.

Si deve però tenere conto che contro la possibilità di ricondurre il *trust* nel campo di applicazione dell'art. 73, comma 2, t.u.i.r. venivano avanzate varie motivazioni ⁽¹⁵²⁾. La caratteristica delle organizzazioni cui fa riferimento l'art. 87 t.u.i.r. è costituita, da un lato, dalla mancanza di uno specifico centro di imputazione di effetti giuridici; dall'altro, dal loro carattere anomalo che ne impedirebbe l'inclusione, in quanto entità economiche, nelle altre figure soggettive indicate dalla medesima disposizione. In ogni caso, affinché si possa configurare un'autonomia, si concordava nel ritenere che dovessero ricorrere i presupposti menzionati in precedenza: l'organizzazione dei beni, l'autonomia patrimoniale, l'autonomia gestionale, una oggettiva capacità di produrre reddito, nonché l'autonomia di redazione del bilancio.

Nel caso del *trust*, l'autonomia, si obiettava, verrebbe a mancare in quanto i beni dati in *trust*, pur essendo usciti dalla sfera patrimoniale del disponente, sono comunque soggetti ai vincoli ed ai limiti di disponibilità tali da configurare una semplice separazione. Parrebbe di comprendere, allora, che, ai fini fiscali, più che l'idoneità a produrre un reddito unitario si sia di fronte alla somma dei frutti prodotti dai singoli beni.

È stata negata, inoltre, l'autonomia gestionale poiché i mezzi utilizzati non sono né del *trustee*, né del *settlor*, né dei beneficiari né del *trust* in quanto tale ⁽¹⁵³⁾.

Alle medesime conclusioni negative si è pervenuti per l'autonomia decisionale per la quale, evidentemente, non è stata ritenuta sufficiente la semplice autonomia patrimoniale. È indubbio che la prima si configura allorché sia possibile individuare, senza condizionamenti o vincoli, natura, tempi e modi degli atti negoziali e gestionali da porre in essere per lo svolgimento dell'attività. Ma anche laddove tale autonomia negoziale è stata ravvisata, si è ritenuto che il relativo esercizio non fosse comunque funzionale al conseguimento delle finalità del *trust*, bensì del *trustee*. Infine, l'autonomia contabile, laddove esistente, sarebbe comunque irrilevante per provare la soggettività passiva del *trust* in quanto poco significativa per gli stessi fini.

In conclusione, il *trust* difettava dei requisiti necessari per la sua riconduzione alla norma residuale di cui all'art. 73 t.u.i.r.. Il legislatore ha però

⁽¹⁵¹⁾ Presentano queste caratteristiche:

1. i *trust* c.d. di accumulazione, ove, per un determinato numero di anni il *trustee* è tenuto ad accumulare il reddito prodotto dal *trust fund* per poi distribuirlo solo successivamente, secondo quanto previsto nello strumento istitutivo;
2. i *trust* discrezionali: il *trustee* ha una rosa di beneficiari e, nella sua piena e assoluta discrezionalità, può decidere se distribuire il reddito prodotto dai beni in *trust* e a chi distribuirlo;
3. i *trust* di scopo che come tali non hanno beneficiari.

Cfr. G. ZIZZO, *Note minime in tema di trust e soggettività tributaria*, cit., pag. 4658.

⁽¹⁵²⁾ S. CAPOLUPO, *La soggettività passiva del trust ai fini delle imposte sui redditi*, cit., pag. 4421.

⁽¹⁵³⁾ V. FICARI, *Il Trust nelle imposte dirette (Irpeg ed Irapp): un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo*, in *Boll. trib.*, 2000, pag. 1529.

ritenuto di superare tali obiezioni includendo nominativamente il *trust* nei soggetti passivi IRES. Sistemáticamente l'impostazione della legge fiscale ⁽¹⁵⁴⁾ è stata quella di aver individuato il *trust* (il patrimonio organizzato in *trust*) come un'organizzazione di beni suscettibile di una propria capacità giuridica tributaria (*norma generale*), prevedendo a certe condizioni (*norma speciale*) l'imputazione per trasparenza del reddito prodotto dal *trust* – organizzazione ai beneficiari.

Nell'ipotesi in esame, quindi, il legislatore, aderendo alla costante prassi dell'Amministrazione Finanziaria, ha riconosciuto piena soggettività tributaria ad un istituto privo di un definito quadro civilistico di riferimento ⁽¹⁵⁵⁾ che ha per oggetto il godimento di un bene in vista del suo trasferimento finale a terzi ⁽¹⁵⁶⁾. Il legislatore, sovvertendo le conclusioni cui si è giunti in precedenza ha riconosciuto la soggettività tributaria del *trust* prescindendo dalla puntuale verifica della soggettività dello stesso tanto nell'ordinamento interno, quanto nel sistema della Convenzione dell'Aja per effetto della quale è riconosciuto in Italia. Infatti, neppure la Convenzione dell'Aja fornisce elementi per predicare la soggettività del *trust*. L'art. 2 della predetta convenzione che individua i caratteri essenziali che un istituto deve manifestare per essere considerato quale *trust*, non fornisce elementi utili al riguardo. Detto articolo prevede che per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Un *trust* per essere considerato tale deve presentare esclusivamente le seguenti caratteristiche:

- a) i beni del *trust* devono costituire una massa distinta e non fare parte del patrimonio del *trustee*;
- b) i beni del *trust* devono essere intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*;
- c) il *trustee* deve essere investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge.

Nessuna di tali circostanze è di per sé sufficiente per il riconoscimento della soggettività del *trust*.

⁽¹⁵⁴⁾ Fra le diverse opzioni ricostruttive prospettate la norma fiscale ha, quindi, optato per quella secondo cui il *trust* (patrimonio separato o segregato) ha capacità giuridica tributaria. Il patrimonio in *trust* è, cioè, fiscalmente considerato come un'organizzazione di beni idonea ad esprimere una propria capacità contributiva distinta da quella dei diversi soggetti interessati: *settlor*, *trustee* e beneficiari. Anche nel caso di *trust* con beneficiari individuati, a ben vedere, il *trust* non “perde” in senso proprio la capacità e soggettività tributaria (tant'è che il *trust* rimane comunque soggetto passivo IRAP e mantiene lo *status* di sostituto d'imposta), verificandosi solo un fenomeno di trasparenza (imputazione ai beneficiari) per i redditi prodotti dal patrimonio organizzato in *trust*.

⁽¹⁵⁵⁾ Il *trust*, secondo le prevalenti ricostruzioni civilistiche, viene considerato un modello di obbligazione non contrattuale che ha per oggetto il godimento di un bene in vista del suo trasferimento finale a terzi. Così M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1977, *passim*. Esso si fonda su un rapporto trilaterale che rappresenta l'insieme dei rapporti fiduciari in funzione dei quali il *settlor* trasferisce un *trust fund* a un *trustee*, che ne acquista la *trust ownership* (proprietà formale) e provvede ad amministrare il *trust fund* e ad attribuire il reddito che ne deriva ai *beneficiaries* che hanno la *equitable ownership* (proprietà sostanziale).

⁽¹⁵⁶⁾ Di nuovo M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1977, *passim*.

Come evidenziato, in precedenza, invece, la soggettività tributaria veniva ricondotta a quella di diritto civile per garantire il collegamento dell'obbligazione tributaria:

- a) con un soggetto capace di essere titolare di situazioni espressive di capacità contributiva o;
- b) per effetto della rilevanza di centri di interessi provvisti di un sensibile grado di autonomia non riconosciuti quale persone giuridiche ⁽¹⁵⁷⁾.

In caso di *trust*, tale parallelismo è stato attenuato in favore di un'autonoma nozione di soggettività passiva tributaria. Se il *trust* fosse stato di per sé considerabile quale autonomo soggetto di imposta, al legislatore tributario sarebbe stato sufficiente includerlo, testualmente al fini di fare definitiva chiarezza, tra gli enti diversi dalle società di cui all'art. 73, comma 2, t.u.i.r.. Invece, ha dovuto considerarlo come un *tertium genus* rispetto alle società e agli enti diversi dalle società ⁽¹⁵⁸⁾. L'inserimento del *trust* tra i soggetti passivi d'imposta comporta, in definitiva l'inserimento di un ente che non è un soggetto giuridico e che, quindi, non ha capacità giuridica di diritto privato (è il *trustee* l'unico soggetto che ha capacità).

Il *trust* diviene così un argomento a favore della tesi della specialità della soggettività tributaria, fornendo un esempio di un soggetto passivo d'imposta non dotato di soggettività di diritto privato. I recenti interventi normativi dimostrano, quindi, un'embrionale tendenza del legislatore tributario a discostarsi dalle soluzioni cui giunge il diritto civile e ad introdurre regole proprie.

11. – I RIFLESSI FISCALI DELL'ANALISI CIVILISTICA NELLE INTERPRETAZIONI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA – IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA.

Dalla particolare struttura delle società a base capitalistica che si è proceduto ad analizzare, deriva la circostanza che queste società possono essere considerate “naturali” soggetti passivi dell'imposta ⁽¹⁵⁹⁾. Come chiarito esse si pongono come soggetti “altri” rispetto alla compagine sociale che li compone, sicché l'attività svolta può essere loro direttamente imputata. Il diritto del socio a percepire la propria quota di utili sorge solo a seguito della delibera di distribuzione assunta a maggioranza dell'assemblea e non è immediato; ciò consente di poter riferire alla società in quanto tale il presupposto di imposta.

La struttura delle società di persone risulta, invece, significativamente differente sicché il legislatore non ha potuto ricorrere allo stesso meccanismo impositivo, sebbene, teoricamente, tali soggetti ben potrebbero essere inclusi nel novero dei soggetti IRES. Come chiarito in precedenza, infatti, l'IRES (come la precedente IRPEG) prescinde, nella elencazione dei soggetti passivi, dal requisito della personalità giuridica, ma include anche gli enti privi di personalità giuridica.

⁽¹⁵⁷⁾ S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, cit., pag. 11.

⁽¹⁵⁸⁾ G. PALADINI, *Appunti sulla soggettività passiva d'imposta del trust*, in corso di pubblicazione, dattiloscritto per gentile concessione dell'Autore.

⁽¹⁵⁹⁾ C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, cit., pag. 102; P. M. TABELLINI, *Persone giuridiche (Imposta sulle)*, cit., pag. 473. V. anche M. MACCARONE, *Persone fisiche (Imposta sulle)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pag. 406.

Anche le società di persone vi sarebbero potute rientrare, ma la loro esclusione risulta giustificata sulla base di un diverso atteggiarsi del presupposto di imposta.

Al fine di giustificare l'applicazione del meccanismo della trasparenza sono state così avanzate differenti motivazioni.

Non è stato ritenuto aver rilevanza il modello di responsabilità per le obbligazioni sociali che connota queste società in quanto tale elemento ha rilevanza solo indiretta sul piano tributario: vale esclusivamente a consentire all'Erario di poter pretendere l'adempimento delle obbligazioni tributarie non solo nei confronti della società, ma anche dei soci ⁽¹⁶⁰⁾, ma non è anche indice di un fatto di capacità contributiva.

Né ha riflessi decisivi sul piano fiscale la carenza di personalità giuridica. In via generale, oltre al fatto che l'IRES, come l'IRPEG, si applicano a soggetti privi di personalità giuridica, con specifico riferimento alle società di persone, è altresì vero che queste possiedono quel minimo di capacità giuridica che consentirebbe di riferire loro il presupposto di imposta ⁽¹⁶¹⁾.

Inoltre, la condizione giuridica delle società di persone, quale risulta dalla disciplina dei singoli tipi, non appare sempre coerente con l'idea che queste società, in quanto prive di personalità giuridica, siano costituite dalla pluralità dei loro soci; né, d'altra parte, la contrapposta categoria delle società di capitali è sempre regolata in modo da rendere la società terza rispetto ai soci. Non risulta coerente con tale impostazione la presenza, ad esempio nella società in accomandita semplice, di soci accomandatari illimitatamente responsabili, come pure, nelle società in accomandita per azioni, appare una deviazione dalle regole generali la circostanza che un socio possa essere chiamato a rispondere personalmente delle obbligazioni sociali (art. 2325, comma 2; art. 2462, comma 2) ⁽¹⁶²⁾.

Diversamente risulta rilevante nella scelta del legislatore fiscale il minor livello di formalizzazione che accompagna le vicende sociali delle società per azioni: si pensi, che, come chiarito in precedenza, che l'iscrizione delle società di persone nel registro delle imprese non è un adempimento cui l'ordinamento giuridico subordina la nascita della società come soggetto autonomo di diritti ed obblighi o a cui condiziona la validità del contratto ⁽¹⁶³⁾.

Delle scelte operate dal legislatore civilistico si ritiene, invece, assuma rilievo quale giustificazione per l'applicazione della tassazione per trasparenza quella che prevede l'automatica insorgenza in capo ai soci di un diritto alla percezione degli utili successivamente all'approvazione del rendiconto ⁽¹⁶⁴⁾. Prima di tale momento il socio non può pretendere nulla dalla società, mentre dopo tale momento, risulta titolare di un diritto soggettivo perfetto azionabile in sede

⁽¹⁶⁰⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 551.

⁽¹⁶¹⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 552.

⁽¹⁶²⁾ F. D'ASTA, T. LANDI, *Riflessioni sulla personalità giuridica delle società di capitali nell'ottica del regime di trasparenza fiscale*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 4871.

⁽¹⁶³⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 551; per gli aspetti civilistici V. BUONOCORE, *L'impresa societaria a base personale – La società in nome collettivo*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 218.

⁽¹⁶⁴⁾ P. LAROMA JEZZI, *Brevi note in tema di trasparenza fiscale e capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, pag. 917; E. GIARDINA, *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1962, pag. 269.

processuale ⁽¹⁶⁵⁾. Dal punto di vista tributario, quindi, la società di persone non sembrerebbe avere alcuna disponibilità sugli utili risultanti a fine esercizio. Non sussiste, infatti, a differenza che nelle società di capitali, un organo cui è attribuito il compito di decidere in ordine alla destinazione del risultato di esercizio ⁽¹⁶⁶⁾.

Attraverso la delibera di approvazione del rendiconto viene, infatti, esclusivamente analizzato il risultato della gestione; non viene, in tale sede assunta, in via necessaria, anche una formale decisione circa la distribuzione dell'utile conseguito ⁽¹⁶⁷⁾. Il socio di una società di persone si troverebbe così nella disponibilità giuridica del reddito, *rectius*, secondo la dottrina dominante ⁽¹⁶⁸⁾ nella titolarità giuridica della fonte produttiva, sicché il diritto di credito che il socio vanta nei confronti della società sarebbe sufficiente a configurare il presupposto delle imposte sui redditi. Il diritto di credito del socio, infatti, integrerebbe quella “*disponibilità*” ⁽¹⁶⁹⁾ che fonda il concetto di possesso di redditi utilizzato dal legislatore per descrivere la relazione intercorrente tra presupposto e soggetto passivo. Secondo tale impostazione alla eventuale mancata distribuzione degli utili non potrebbe attribuirsi alcuna rilevanza fiscale; essa, infatti, deriverebbe da una deroga alla disciplina civilistica attuata attraverso il raggiungimento di un accordo tra i soci assunto secondo il principio maggioritario cui essi hanno implicitamente aderito aderendo alla società ⁽¹⁷⁰⁾. Muovendo da tale opzione ricostruttiva, sarebbe comunque salvo il rispetto del principio di capacità contributiva in quanto la mancata distribuzione dipenderebbe dalla volontà dispositiva del singolo e non da una scelta legislativa. Ciò comporterebbe una differente qualificazione del presupposto di imposta che sarebbe, secondo tale opzione, integrato anche in assenza di una materiale disponibilità sui beni.

Secondo tale ricostruzione, l'art. 5 t.u.i.r. non risulterebbe apportare alcuna deroga ai principi generali in tema di soggettività giustificandosi in base al possesso di reddito. Tale presupposto dovrebbe intendersi non nella accezione classica che lo ritiene rispettato al momento della effettiva percezione, bensì in una diversa accezione per la quale risulta sufficiente l'imputazione a colui che

⁽¹⁶⁵⁾ Si fa riferimento a questo proposito all'art. 2270 cod. civ. che consente al creditore particolare del socio, finché dura la società, di far valere i propri eventuali diritti di credito sugli utili spettanti al socio debitore. La possibilità per il creditore del socio di agire su una quota degli utili della società deve ritenersi legittima solo se il socio debitore possa vantare nei confronti di tali utili un immediato diritto ad apprenderli. Non potrebbe il creditore del socio vantare diritti maggiori di quelli che vanta il socio stesso.

⁽¹⁶⁶⁾ M. NUSSI, *Spunti per una rimediazione della disciplina impositiva reddituale delle società di persone*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, pag. 732.

⁽¹⁶⁷⁾ Si giunge a tale conclusione argomentando dalla differenza di tenore lessicale degli artt. 2262 e 2243 cod. civ. Il secondo di tali articoli espressamente colloca la delibera di distribuzione degli utili in un momento logicamente e necessariamente successivo all'approvazione del bilancio. L'art. 2262 cod. civ. non farebbe eccezione a tale regola in quanto si limiterebbe a riconoscere al socio un diritto di credito, ma non sarebbe comunque sufficiente per far conseguire la socio la materiale disponibilità delle somme di sua spettanza.

⁽¹⁶⁸⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., *passim*.

⁽¹⁶⁹⁾ M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit., *passim*.

⁽¹⁷⁰⁾ M. NUSSI, *Spunti per una rimediazione della disciplina impositiva reddituale delle società di persone*, cit., pag. 732; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 528.

risulta socio a fine esercizio ⁽¹⁷¹⁾. Il particolare meccanismo civilistico di cui all'art. 2262 cod. civ., per effetto del quale l'approvazione del rendiconto avrebbe natura accertativa e non costitutiva del diritto di attribuzione agli utili sorti a fine esercizio, consentirebbe di salvaguardare i principi della materia tributaria.

Tuttavia tale impostazione che si fonda sulla affermazione della identità tra le nozioni di imputazione e possesso non mancò di sollevare critiche. Si obiettò, infatti, che l'approvazione del diritto del rendiconto consente al socio di vantare nei confronti della società esclusivamente un diritto di credito per l'effettiva soddisfazione del quale è comunque necessario un atto di materiale attribuzione dell'utile al socio ⁽¹⁷²⁾. Ne consegue allora che, scegliendo di imputare il reddito non al soggetto collettivo che lo ha prodotto, ma ai singoli soci, il legislatore tributario ha scelto di prescindere dalla regola civilistica e rendere fiscalmente irrilevante il successivo momento della distribuzione degli utili ⁽¹⁷³⁾. Secondo tale impostazione, allora, l'imputazione diviene cosa diversa dal possesso del reddito onde tale disciplina si presenta come eccezionale ⁽¹⁷⁴⁾ rispetto ai principi generali in tema di riferibilità dei redditi ai soggetti. Il termine imputazione non verrebbe quindi usato dal legislatore fiscale quale sinonimo di possesso di reddito, bensì quale meccanismo ispirato ad un criterio di collegamento diverso da quello generale ⁽¹⁷⁵⁾.

Queste conclusioni richiedono allora di procedere ad un ulteriore livello di analisi: quello costituzionale. Sotto questo punto di vista si è ritenuto che la disciplina in esame violi l'art. 3, comma 1, Cost. e l'art. 53, comma 1, Cost. ⁽¹⁷⁶⁾.

Mentre il menzionato art. 3 Cost. sancisce l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, dall'applicazione dell'istituto della trasparenza, discenderebbe, invece una diversa regolamentazione delle società di persone rispetto a quelle di capitali. Non sarebbe così rispettato il principio di neutralità dello strumento fiscale che produrrebbe, invece, distorsioni nell'applicazione di istituti giuridici e disparità di trattamento tra fenomeni economici ⁽¹⁷⁷⁾. Lo stesso art. 41 Cost. imporrebbe, invece, che le attività imprenditoriali siano trattate in modo uniforme indipendentemente dalla forma adottata in concreto ⁽¹⁷⁸⁾. L'analisi civilistica

⁽¹⁷¹⁾ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pag. 414; A. URICCHIO, *I redditi prodotti in forma associata e le società senza impresa*, in *Dir. prat. trib.*, 1990, pag. 271.

⁽¹⁷²⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 270.

⁽¹⁷³⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 553; R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 125; M. A. GALEOTTI FLORI, *Il possesso del reddito nell'ordinamento dei tributi diretti*, cit., pag. 74.

⁽¹⁷⁴⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 552; R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 630.

⁽¹⁷⁵⁾ R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 125.

⁽¹⁷⁶⁾ R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 652; G. A. MICHELI, *Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria*, cit., pag. 49; A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 552.

⁽¹⁷⁷⁾ G. FALSITTA, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d'impresa nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 117; R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 652. Per la neutralità nell'IRES: A. SANTORO, *Profili economici, in Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 62.

⁽¹⁷⁸⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 362.

(quanto ai regimi di amministrazione e responsabilità nei due modelli societari) ha posto in evidenza l'esistenza di sovrapposizioni tali da smussare le differenze dei due tipi societari accentuandone la fungibilità ⁽¹⁷⁹⁾. Sarebbe allora possibile ritenere che non sussistono ragionevoli giustificazioni per ritenere legittima una diversità nell'imposizione delle società personali rispetto a quelle di capitali.

Quanto alla violazione dell'art. 53 Cost., si ricorda che con riferimento alla trasparenza delle società di persone si è dovuto specificare il tipo di possesso di reddito che il meccanismo che l'art. 2262 cod. civ. configura e, come è stato chiarito, la questione non ha raggiunto l'unanimità di consensi in dottrina. Chi analizza criticamente questo meccanismo ⁽¹⁸⁰⁾ ritiene esso violi l'art. 53 Cost. in quanto determina la tassazione in capo al socio degli utili sociali non distribuiti, ma reimpiegati nella società stessa a fini di autofinanziamento. La forza economica costituita dagli utili non distribuiti non entra nella sfera del socio sicché, non registrandosi un afflusso di ricchezza novella non si ha alcun aumento di capacità contributiva. Il socio viene ad essere colpito da un tributo parametrato alla capacità contributiva della società ⁽¹⁸¹⁾.

La relazione ministeriale al d.P.R. n. 597 del 1973 ⁽¹⁸²⁾ riconosceva tale diversità ritenendola giustificata dal fatto che la personalizzazione delle società di capitali consentisse di sottrarre gli utili passati a riserva alla disponibilità dei soci, mentre uguale garanzia non si aveva per le società personali.

È stata sottolineata non solo la diversità di trattamento tra società di persone e società di capitali in relazione alla parte di utili non distribuita ⁽¹⁸³⁾, ma anche, più in generale, la circostanza che in talune ipotesi il risultato dell'attività sociale si riveli giuridicamente indisponibile, falsando così, ove imputato al socio, l'esatta determinazione della sua capacità contributiva ⁽¹⁸⁴⁾. L'automaticità postulata dalla norma tributaria nell'ascrivere ai singoli il reddito sociale riflette una situazione considerata solo eventuale alla stregua della normativa civilistica ⁽¹⁸⁵⁾. Ciò potrebbe in concreto determinare l'inclusione nel reddito imponibile del socio di un credito non esigibile e dunque di un elemento patrimoniale inidoneo a rappresentare un effettivo incremento di ricchezza da assumere a base dell'imposizione.

Pur essendosi dimostrato che i soci delle società di persone vengono, a trovarsi in una situazione peggiore rispetto alle società di capitali ⁽¹⁸⁶⁾, è stato

⁽¹⁷⁹⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 360.

⁽¹⁸⁰⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 552; R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 656.

⁽¹⁸¹⁾ R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 652. 657.

⁽¹⁸²⁾ Ne riferisce R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 127.

⁽¹⁸³⁾ G. FALSITTA, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d'impresa nell'ordinamento italiano*, cit. pag. 117.

⁽¹⁸⁴⁾ A. LOVISOLO, *Il sistema impositivo dei dividendi*, Padova, 1980, pag. 148.

⁽¹⁸⁵⁾ G. TINELLI, F. PARISI, *Società nel diritto tributario*, cit. pag. 322 immaginano il caso di cui all'art. 2303, comma 2, cod. civ., per effetto del quale se si verifica una perdita del capitale sociale, la ripartizione di utili è preclusa fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente.

⁽¹⁸⁶⁾ R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 127.

privilegiato un approccio che valga a contemperare gli interessi dei singoli con quelli dell'Ente pubblico, sì da poter giustificare il peculiare meccanismo attuativo della norma tributaria alla luce di principi costituzionali almeno concorrenti con quelli contenuti negli artt. 3 e 53 Cost.. Da questo punto di vista, in altri termini, i lamentati effetti distorsivi che l'imputazione per trasparenza recherebbe hanno trovato composizione ammettendo che il sacrificio dei principi costituzionali di cui si assume la violazione possa essere bilanciato dall'interesse erariale, anch'esso avente rango costituzionale, ad una più sicura riscossione dei tributi.

L'applicazione del principio di trasparenza, secondo questa prospettiva⁽¹⁸⁷⁾, non risulta irragionevole muovendo dalla constatazione che le società personali sono composte per lo più da ristretti gruppi di persone, spesso legati da vincoli di parentela o amicizia, sicché, ragionevolmente, si può ritenere possibile la configurazione di schemi elusivi. Finalità antielusive consentono, in special modo, di superare le obiezioni connesse alla mancata distribuzione di riserve; infatti, la maggiore duttilità della struttura delle società di persone consente una migliore allocazione delle stesse che potrebbe permettere di differire a lungo nel tempo il prelievo tributario o di sceglierne la distribuzione nel momento di maggior convenienza⁽¹⁸⁸⁾. Sarebbe pertanto inadeguato assoggettare a tassazione solo la parte effettivamente distribuita.

La Corte Costituzionale ha, in più occasioni, riconosciuto che l'interesse generale all'accertamento e alla riscossione dei tributi “è condizione di vita per la comunità, perché rende possibile il regolare funzionamento dei servizi statali. Tale interesse è protetto dalla Costituzione (art. 53) sullo stesso piano di ogni diritto individuale; tanto è vero che le sue esigenze vanno soddisfatte anche nel conflitto con quello all'inviolabilità del domicilio (art. 14, comma terzo), non meno resistente e fondamentale”⁽¹⁸⁹⁾. All'esclusione o almeno alla limitazione delle forme più facilmente ipotizzabili di evasione fiscale si può così riconoscere rango costituzionale⁽¹⁹⁰⁾ con la conseguenza che ad esso debbono talora subordinarsi gli altri principi costituzionali: la riduzione del rischio di evasione può così legittimamente compensare la lesione del principio di uguaglianza.

Parrebbe, in definitiva, che nella scelta del legislatore abbiano prevalso ragioni di “cautela fiscale”⁽¹⁹¹⁾ al fine di evitare la necessità di controlli circa la destinazione degli utili mancando, a livello civilistico, regole sufficienti circa la rappresentazione contabile e circa la disciplina del capitale.

La discriminazione tra società personali e società di capitali riposerebbe su una valutazione in sede legislativa della diversa attitudine delle une e delle altre a evitare o ridurre il prelievo tributario. La scelta della trasparenza sarebbe legittima in quanto il legislatore ben potrebbe optare per un metodo impositivo piuttosto

⁽¹⁸⁷⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 358.

⁽¹⁸⁸⁾ Prosegue ancora P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 359.

⁽¹⁸⁹⁾ Corte Cost., sentenza 9 aprile 1963, n. 45; nonché Corte Cost., sentenza 26 giugno 1965, n. 50; Corte Cost., sentenza 28 dicembre 1970, n. 201; Corte Cost., sentenza 18 maggio 1972, n. 92; Corte Cost., sentenza 7 novembre 1982, n. 186.

⁽¹⁹⁰⁾ E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente – Le garanzie costituzionali*, Milano, 1987, pag. 47 e 50.

⁽¹⁹¹⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 551.

che per un altro valutando diverse variabili tra le quali il rischio elusivo e evasivo ⁽¹⁹²⁾.

Il riconoscimento della copertura costituzionale delle finalità di prevenzione di comportamenti tesi ad aggirare le norme tributarie si è obiettato ⁽¹⁹³⁾ non sarebbe però sufficiente a giustificare l'applicazione del meccanismo della trasparenza alle società di persone dal momento che eventuali deroghe alla disciplina ordinaria introdotte in funzione dell'interesse alla riscossione dei tributi possono riguardare il *quomodo* dell'imposizione, ma non il *quantum*. Ne consegue che il richiamo all'interesse fiscale dovrebbe comunque rispettare il principio di uguaglianza e capacità contributiva ⁽¹⁹⁴⁾.

La questione del possibile contrasto tra l'art. 5 t.u.i.r. e l'art. 53 Cost., non è stata fino ad ora oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale che ha, invece, analizzato altri profili della tassazione per trasparenza. Questo implica l'attribuzione immediata ad ogni socio non solo della quota spettante dell'utile conseguito dalla società, ma anche l'obbligo del pagamento delle maggiori imposte nei casi di accertamento di un maggior reddito sociale, a nulla rilevando le responsabilità personali ovvero l'eventuale asserita estraneità all'occultamento dei proventi. A questo proposito si ricorda che il comma 2 dell'art. 40, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 stabilisce che la rettifica delle dichiarazioni presentate dalle società ed associazioni (di persone) ha effetto anche ai fini delle imposte dovute dai soci sui redditi accertati.

La legittimità costituzionale di tale norma è stata sottoposta all'attenzione delle Corte Costituzionale ⁽¹⁹⁵⁾ che, con l'ordinanza n. 53 emessa il 6 marzo 2001

⁽¹⁹²⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 360.

⁽¹⁹³⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 365.

⁽¹⁹⁴⁾ E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente – Le garanzie costituzionali*, cit., pag. 47.

⁽¹⁹⁵⁾ La questione è stata sollevata avanti la Corte Costituzionale con ordinanza del 10 marzo 2000 da parte della Commissione tributaria provinciale di Chieti che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del suddetto comma 1 dell'art. 5 t.u.i.r., nella parte in cui prevede l'imputazione del reddito indipendentemente dalla sua percezione non consentendo al socio di dimostrare giudizialmente di non averlo percepito. Il caso concreto sottoposto alla Commissione aveva per oggetto il ricorso, presentato da un socio accomandante di una società in accomandita semplice in liquidazione, contro l'avviso di accertamento emesso nei confronti della società e derivato dal disconoscimento di alcuni costi, fiscalmente dedotti in violazione dell'allora art. 75 t.u.i.r.. Il ricorrente aveva eccepito, tra l'altro, di non avere alcuna responsabilità relativamente alla presentazione di una dichiarazione infedele da parte della società; aveva affermato, inoltre, che l'utile conseguito era da considerarsi meramente fittizio, poiché sottratto fraudolentemente dagli amministratori e dagli accomandatari. La Commissione tributaria ha, quindi, ritenuto non attribuibile agli accomandanti il reddito di fatto non percepito, anche a seguito della rilevata sussistenza di prove oggettive prodotte in giudizio per dimostrare i comportamenti illeciti degli altri soci. In conseguenza di tale presupposto, ha perciò, ravvisato una presunta incostituzionalità della disposizione in argomento, poiché in contrasto con i seguenti articoli della Costituzione: con l'art. 3 (principio di uguaglianza), in quanto si produrrebbe una disparità di trattamento tra i contribuenti privi di reddito ed i soci di società di persone i quali, qualora non abbiano effettivamente percepito alcun utile, sarebbero in ogni caso tenuti a versare le imposte sui redditi ad essi imputati); con l'art. 24, poiché il principio di trasparenza comprimerebbe il diritto alla difesa costituzionalmente garantito, non essendo possibile al socio evitare il pagamento delle imposte dimostrando di non aver percepito alcun utile; infine con l'art. 53, poiché obbligare il socio a versare l'IRPEF su un reddito di cui non dispone,

ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni poste confermando che il reddito sociale è imputabile ai soci, per effetto della disposizione impugnata, pur essendo fittizio; ciò poiché gli illeciti compiuti, dai quali è scaturita la sottrazione del reddito medesimo, costituiscono un aspetto interno della vicenda sociale. A giudizio della Corte tali illeciti saranno il presupposto dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e degli accomandatari, non dispiegando alcun effetto però sul "momento genetico" della produzione del reddito; anzi, la sua sottrazione ne presuppone logicamente l'esistenza. L'ordinanza in esame attribuisce così legittimità alla circostanza che, per effetto del comma 1 dell'art. 5 si realizzi "*l'immedesimazione fra società partecipata e socio, ai soli specifici fini tributari*".

Ne consegue allora la produzione del reddito da parte della società di persone può considerarsi condizione necessaria, ma anche sufficiente, per configurare un reddito di partecipazione tassabile in capo a ciascun socio. Va precisato che nell'ordinanza emessa la Consulta non ha esaminato le implicazioni in termini di capacità contributiva, ritenendole assorbite nella declaratoria di infondatezza della questione di legittimità.

In senso analogo si è espressa l'ordinanza n. 5 del 29 gennaio 1998 resa all'esito del giudizio di legittimità costituzionale, promosso dalla Commissione tributaria di II grado di Venezia, dell'art. 5, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, ritenuto contrastante con gli artt. 53 e 24 della Costituzione. In tale occasione, la Corte ha sostenuto che l'ecceputa incostituzionalità del ridetto art. 5, d.P.R. n. 597 del 1973 si sarebbe potuta affermare soltanto qualora fosse totalmente preclusa al socio la tutela giurisdizionale dei propri diritti; ciò risulta invece escluso, ricorda la Corte, oltre che dai principi generali, dalla propria precedente sentenza n. 184 del 12 aprile 1989, in cui è stato affermato che: "*tutte le norme che prevedono la responsabilità di soggetti dell'ordinamento, salvo che non eludano espressamente la possibilità di agire in giudizio, devono essere interpretate nel senso che sia data la possibilità al soggetto onerato di avvalersi della tutela giurisdizionale prevista dall'art. 24 della Costituzione come diritto inviolabile*".

Anche in questo caso, la censura relativa al contrasto con l'art. 53 della Costituzione non è stata esaminata.

Nell'ambito di questo dibattito si è inserita la giurisprudenza della Corte di Cassazione. Questa ha affermato che, per effetto dell'art. 5 t.u.i.r., a fini IRPEF il reddito delle società di persone, sin dall'origine, è attribuito a ciascun socio, indipendentemente dall'effettiva percezione, in funzione della sua quota di partecipazione agli utili della società. Si realizza così una equiparazione tra reddito percepito e reddito che, pur se, in ipotesi, non riscosso, il singolo ha diritto di percepire. Questo risulta possibile muovendo dall'art. 2262 cod. civ. che attribuisce ai soci la titolarità di un vero e proprio diritto soggettivo perfetto e pone una presunzione legislativa del suo regolare soddisfacimento.

violerebbe il principio della capacità contributiva individuale, venendo a mancare il presupposto della manifestazione di ricchezza. Cfr. M. DE MASI, *Legittimità costituzionale dell'art. 5 del Tuir*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 8794.

La Cassazione, quindi, specifica le posizioni dottrinarie illustrate ritenendo che la disposizione del codice civile ponga altresì una presunzione di effettiva ripartizione dell'utile prodotto dalla società ⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, è riassunto nella sentenza delle Sezioni Unite dell'8 gennaio 1993, n. 125, relativa alla configurabilità del reato di infedele dichiarazione del reddito di partecipazione del socio come conseguenza della infedele dichiarazione della società. La questione prendeva le mosse dal contrasto tra le pronunce della I Sezione civile rese con le sentenze 14 febbraio 1991, n. 1560, 21 febbraio 1991, n. 1869 e 2 marzo 1992, n. 2514. Dai predetti precedenti sono state tratte, nell'ordine, le seguenti massime ufficiali:

- a) *“In tema di imposta sul reddito delle persone fisiche, non può essere considerata infedele la dichiarazione del socio di una società di persone che indichi la sua quota di reddito societario in base al reddito imponibile dichiarato dalla società ai fini dell'imposta locale sui redditi, anche se il reddito della società venga successivamente rettificato dall'Amministrazione Finanziaria, atteso che il detto reddito è l'unico parametro applicabile ai sensi degli artt. 5 ed 8 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597. In tal caso, accertato un maggior reddito societario rispetto al dichiarato, ne consegue per il socio soltanto l'imputazione del corrispettivo maggior reddito, previa rettifica della sua dichiarazione, ma non applicazione della pena pecuniaria per l'infedeltà della dichiarazione, che deve essere applicata alla sola società (ex art. 8 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 599 che, richiamando espressamente le disposizioni del D.P.R. n. 600, rende applicabile l'art. 56 di tale ultimo D.P.R.)”;*
- b) *“Il socio accomandante di una società in accomandita semplice, ove non abbia dichiarato, per la parte di sua spettanza, il reddito prodotto (risultante dalla rettifica operata dall'ufficio e) a lui imputato sulla base della presunzione di effettiva percezione, è tenuto non solo al pagamento del supplemento di imposta sulla differenza, ma salvo che non vinca tale presunzione (provando di avere realmente percepito il solo reddito dichiarato e di avere senza sua colpa ignorato la produzione sociale di redditi superiori), anche alla correlata pena pecuniaria”;*
- c) *“Il reddito di partecipazione agli utili di un socio di società di persone costituisce reddito proprio dello stesso contribuente e non della società, con la conseguenza che detto socio è soggetto a sanzione pecuniaria per infedele dichiarazione quante volte abbia dichiarato un reddito complessivo netto inferiore a quello accertato nei confronti della società”.*

Mentre la prima sentenza afferma che la dichiarazione del socio non può essere ritenuta infedele perchè il socio è obbligato ad indicare il reddito di partecipazione in base all'unico parametro costituito dal reddito imponibile dichiarato dalla società ai fini ILOR, le altre affermano il contrario: il socio risponde della sanzione pecuniaria tutte le volte che dichiara un reddito inferiore a quello accertato (cfr. R. LUPI, *Dichiarazioni di società personali: dalla Cassazione arriva un premio-infedeltà*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, pag. 321). Le Sezioni Unite disattendono quanto affermato nella sentenza n. 1560 del 1989 secondo cui *“ai soci non potrà essere applicata la pena pecuniaria di cui al cit. art. 46 del D.P.R. n. 600/1973, giacchè essi sono inderogabilmente costretti dal sistema tributario a uniformare la detta dichiarazione (ai fini dell'IRPEF) alla dichiarazione fatta dalla società (ai fini dell'ILOR)”*, in quanto tale affermazione presupporrebbe esistente, nel vigente sistema fiscale, una netta separazione tra reddito delle società di persone e reddito dei loro soci ed implicherebbe la non sanzionabilità in assoluto, dell'omessa denuncia del maggior reddito soggetto ad IRPEF. Ritengono, invece, condivisibile l'orientamento della sentenza n. 1869 del 1991, secondo la quale l'art. 5, d.P.R. n. 597 del 1973 (analogo all'art. 5 t.u.i.r. pone una duplice presunzione: *“senza dubbio assoluta in relazione al supplemento d'imposta (nel senso che il socio è tenuto a pagarlo indipendentemente dall'addebitabilità psicologica dell'infedeltà”* ed una *“a carattere relativo riguardo alla sanzione in esame, stante la sua natura prevalentemente afflittiva e la connessa esigenza (per ragioni di "civiltà giuridica" altre volte non appropriatamente evocate nella trattazione del tema) di espungerla allorquando risulti che il dichiarante ha realmente percepito il reddito dichiarato, inferiore a quello prodotto, e non era a conoscenza di quest'ultimo, né avrebbe potuto conoscerlo (perchè privo di adeguati mezzi di controllo sull'amministrazione della società e sugli utili conseguiti), onde ha reso senza sua colpa una dichiarazione involontariamente falsa”*. Questa seconda presunzione (relativa), precisano i giudici, deve rapportarsi non già alla posizione giuridica che assumono, in astratto, i

Secondo la Cassazione, non si può non riconoscere che in forza dell'imputazione al socio del reddito di partecipazione *pro quota*, indipendentemente dall'effettiva percezione, *“il socio medesimo diventa l'unico soggetto passivo dell'imposta personale, avendo in realtà dichiarato un reddito proprio ancorché il presupposto dell'imposizione si verifichi unitariamente presso l'ente collettivo che lo produce e lo dichiara. Questa diretta imputazione del reddito è la conseguenza logica immediata del principio accolto dal legislatore tributario di «immedesimazione» esistente tra società a base personale e singoli soci che la compongono, per cui non è configurabile una soggettività distinta, separata o disgiunta della società rispetto ai soci. Tale principio costituisce espressione della giuridica irrilevanza della soggettività delle società di persone in campo tributario, considerando il Fisco le società di persone come uno schermo dietro il quale operano i soci con i particolari poteri di direzione, di controllo e di gestione anche se non sono amministratori”*⁽¹⁹⁷⁾.

Il fondamento logico di tale impostazione viene, quindi, ravvisato nel fatto che il reddito di partecipazione costituisce un reddito proprio del contribuente che lo dichiara *“dal momento che il socio della società di persone – a differenza di quello della società di capitali – partecipa alla gestione della società, per cui i poteri di controllo che gli spettano in base alle norme sul libro V del codice civile danno un fondamento logico giuridico”*⁽¹⁹⁸⁾ alla regola della imputazione.

In definitiva, consentendo la struttura societaria di considerare le società di persone come uno schermo dietro il quale operano i soci con i particolari poteri di direzione, di controllo e di gestione anche se non sono amministratori, l'applicazione del principio di trasparenza diviene la logica conseguenza della giuridica irrilevanza della soggettività delle società di persone.⁽¹⁹⁹⁾ La Cassazione pone particolarmente l'accento sulla circostanza che il socio disponga di significativi poteri di ingerenza nella gestione della società dal momento che,

soci nei diversi tipi di società personali, né alla effettiva assunzione dell'amministrazione da parte di essi, bensì deve fondarsi su di un accertamento da compiersi caso per caso, della consapevolezza della falsità posta in essere dall'ente collettivo dichiarante. Tuttavia, è altresì poco realistico supporre che le dichiarazioni individuali infedeli siano, di regola, attribuibili a prevaricazione degli amministratori in danno dei soci residui, ignari del reddito prodotto e perciò incolpevoli, mentre l'esperienza suggerisce che, di norma, l'infedeltà è soggettivamente qualificata dall'occultamento consapevole e volontario di redditi effettivamente riscossi.

Ciò consente alle Sezioni Unite di concludere ritenendo che *“il reddito di partecipazione agli utili del socio di società di persone costituisce, ai fini dell'IRPEF (o dell'IRPEG), reddito proprio del contribuente (al quale è imputato sulla base della presunzione di effettiva percezione) e non della società. Pertanto detto socio, ove non abbia dichiarato, per la parte di sua spettanza, il reddito societario nella misura risultante dalla rettifica operata dall'Amministrazione Finanziaria, è tenuto - oltre che al pagamento del supplemento di imposta - alla pena pecuniaria per infedele dichiarazione, ai sensi dell'art. 46, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600”*.

In definitiva, la Cassazione spiega che la responsabilità del socio è di natura oggettiva (esclusa solo dal caso fortuito o dalla forza maggiore, ricordate come “esimenti assolute”) e quindi il socio che, secondo la Cassazione, di norma nella pratica collude con la società, è punibile anche se agisce senza colpa; la violazione tributaria viene cioè integrata per il solo fatto di uniformare, come peraltro la legge fiscale impone, la dichiarazione personale a quella (infedele) della società.

⁽¹⁹⁷⁾ Cass., sent. 12 aprile 1991, n. 2514; Cass., sent. 21 marzo 1990, n. 2345.

⁽¹⁹⁸⁾ Cass., sent. 12 aprile 1991, n. 2514.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. per riferimenti Cass., sent. 21 marzo 1990, n. 2345 che ritiene direttamente deducibili dai singoli soci gli interessi relativi al mutuo edilizio pagato dalla società di persone non considerata come soggetto passivo IRPEF.

ad esempio, nel caso in cui siano riscontrate infedeltà nella dichiarazione della società, è “*poco realistico supporre che le dichiarazioni individuali infedeli siano, di regola, attribuibili a prevaricazione degli amministratori in danno dei soci residui, ignari del reddito prodotto e perciò incolpevoli, mentre l’esperienza suggerisce che, di norma, l’infedeltà è soggettivamente qualificata dall’occultamento consapevole e volontario di redditi effettivamente riscossi*”⁽²⁰⁰⁾ da parte di tutti i soci⁽²⁰¹⁾.

La posizione della Corte di Cassazione differisce quindi parzialmente dalle conclusioni cui è pervenuta la dottrina. La giurisprudenza, per giustificare l’applicazione alle società di persone del regime di trasparenza, risulta attribuire maggior rilievo alle struttura civilistica di tali soggetti: dal mancato riconoscimento di personalità giuridica di tale soggetti, dalla circostanza che esse si pongono quale schermo dietro il quale operano i soci con i particolari poteri di direzione, di controllo e di gestione anche se non sono amministratori, dalla regola dell’automatica attribuzione degli utili, si fa discendere, in campo tributario, l’immedesimazione dei soci nella società e la necessità di imputare direttamente ai primi i risultati reddituali della seconda.

Dottrina e giurisprudenza, quindi, dando differente peso ora ad un elemento, ora ad un altro, individuano nella personalità giuridica, nel regime di amministrazione e nelle modalità di ripartizione degli utili gli elementi che giustificano l’applicazione del principio della trasparenza. Come illustrato in precedenza, gli stessi, nelle società di capitali, operano diversamente sicché il regime di trasparenza sembrerebbe non estendibile a tali soggetti.

11.1. – Prime considerazioni conclusive e prosecuzione dell’indagine.

La questione della legittimità costituzionale dell’art. 5 t.u.i.r. e del corrispondente articolo del d.P.R. n. 597 del 1973 appare, alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, implicitamente, risolto in senso positivo. Pur in assenza di pronunce espresse della Consulta, questa ha in più occasioni, almeno fino ad ora, “salvato” la norma in esame.

Il riconoscimento della legittimità del meccanismo di tassazione per trasparenza è poi passata, soprattutto ad opera della giurisprudenza della Cassazione, attraverso un’interpretazione di carattere sostanzialistico che ha valorizzato i profili strutturali delle società di persone. Il diritto dei soci di apprendere l’utile di esercizio successivamente all’approvazione del rendiconto, unitamente alla diretta partecipazione degli stessi alla gestione, consentono di configurare in capo ai soci il presupposto delle imposte sui redditi, “il possesso del reddito”, inteso quale titolarità della fonte produttiva. La scelta di imputare per trasparenza i redditi della società ai soci è così coerente con l’ormai pacifica evoluzione del diritto tributario che dimostra di aver sempre maggiore riguardo più alla giuridica sostanza delle fattispecie economiche che alla forma apparente

⁽²⁰⁰⁾ Cass., sent. 23 febbraio 1990, n. 1869.

⁽²⁰¹⁾ Secondo la Cassazione (cfr. Cass., sent. 27 maggio 1994, n. 7549), addirittura, “*in base al principio di “immedesimazione” tra società a base personale e singoli soci, le società di pongono come uno schermo dietro il quale operano i soci che abbiano poteri di direzione, di gestione e di controllo anche quando non siano amministratori*”.

delle stesse ⁽²⁰²⁾. In questa prospettiva la sostanza economica delle società di persone è la diretta partecipazione alla vita sociale da parte dell'intera compagine sociale. Ne consegue che, secondo tale approccio, la condizione del possesso di reddito diviene soddisfatta allorquando il soggetto passivo vanta una posizione giuridicamente rilevante nei confronti di un reddito.

Lo stesso approccio sostanzialistico è stato allora utilizzato anche per altri fattispecie e ne è derivata una generale diversa valutazione dei tradizionali schemi impositivi che ha consentito di rimmetterli in discussione e ha consentito di verificare se fosse possibile estendere il campo di applicazione della tassazione per trasparenza.

Prima di giungere a questo risultato, si è assistito ad un ripensamento della dialettica diritto civile – diritto tributario. Il legislatore, in maniera non sempre del tutto corretta ⁽²⁰³⁾, ha così dimostrato di cessare di considerare la struttura tributaria quale sovrastruttura appoggiata alla struttura civilistica per accentuare i caratteri di autonomia della materia fiscale. Ne è derivata una svalutazione dei tradizionali schemi, accompagnata dalla introduzione di regole proprie della materia fiscale. Il tema della soggettività tributaria si è svincolato dal più generale tema della soggettività giuridica sia nel senso di attribuire soggettività a enti i cui contorni non sono del tutto definiti nel diritto interno (il *trust*) e di negarla a soggetti cui normalmente è riconosciuta (le società di capitali).

In entrambi i processi non si è però potuto tralasciare il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e dell'ordinamento tributario ed, in particolare, il rispetto del principio di capacità contributiva. Il soggetto passivo di imposta deve comunque vantare nei confronti del reddito da tassare un'effettiva disponibilità. Ove sia dimostrata questa evenienza, il legislatore ha ritenuto di poter apprezzare secondo schemi tributari la personalità dell'ente.

Nell'ipotesi di enti associativi, l'attenzione si è, quindi, spostata dai caratteri formali dell'ente stesso ai suoi aspetti sostanziali e, in particolare, al grado di autonomia dello stesso rispetto ai soci che lo compongono. Questa autonomia è stata apprezzata dal legislatore sotto due aspetti:

- a) la capacità dell'ente di assumere autonome scelte nelle strategie operative e;
- b) la capacità dell'ente di imprimere autonoma destinazione ai propri risultati reddituali.

In assenza di questi due requisiti, l'*an* dell'obbligazione tributaria non ricade sulla società, bensì sui soci. La “deriva in senso sostanzialistico” nell'interpretazione dei canoni tradizionali ha consentito di ulteriormente evolvere la nozione di possesso di reddito e di interpretarla fino ad abbandonare il collegamento a requisiti di tipo giuridico per dare rilievo a situazioni fatto.

Questo processo è stato anticipato da quella ulteriore giurisprudenza della Cassazione ⁽²⁰⁴⁾ che, anche nelle società di capitali, ha ritenuto legittimo

⁽²⁰²⁾ Così F. MARCHETTI, *Profili fiscali di fattispecie innovative in tema di OICR: il trattamento fiscale di un fondo comune chiuso che investa in opere d'arte*, in *Mondo Bancario*, 2007, pag. 10.

⁽²⁰³⁾ Ci si riferisce a quanto osservato in tema di *trust* al paragrafo 10. – *Nozione di soggettività tributaria – i recenti sviluppi in tema di soggettività tributaria: il trust.*

⁽²⁰⁴⁾ Che si analizzerà approfonditamente nel successivo paragrafo 15. – *Il superamento della soggettività delle società di capitali ad opera della giurisprudenza: il caso delle società a ristretta base proprietaria.*

considerare distribuiti ai soci eventuali maggiori utili accertati in capo alla società, prescindendo dall'assunzione di una formale delibera di distribuzione degli utili. Questo approccio è stato adottato sulla base di considerazioni di fatto: la base proprietaria composta da un numero ristretto di soci collegati da rapporti di carattere familiare ha consentito di valutare, secondo schemi diversi da quelli tradizionali, il normale atteggiarsi del presupposto di imposta.

Questa giurisprudenza, oltre a sollevare questioni di ordine processuale, è indice della crescente attenzione verso circostanze di fatto quali elementi per interpretare le tradizionali fattispecie giuridiche.

La giurisprudenza, come si vedrà più diffusamente in seguito, è intervenuta per reagire a situazioni patologiche in cui i soci apprendevano gli utili in assenza di una formale delibera di distribuzione. L'evoluzione dei concetti di personalità giuridica e possesso di reddito che si stanno qui descrivendo ha consentito di fare un ulteriore passo in avanti: cercare di superare tali modelli anche in situazioni fisiologiche, ovvero in situazioni in cui non viene realizzato alcun abuso, ma in casi in cui legittimamente forma e sostanza del fenomeno non coincidono.

Anche alla luce di tali orientamenti, deve apprezzarsi la portata delle disposizioni di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r. che, si può anticipare sin d'ora, hanno introdotto dei correttivi e delle condizioni alle conclusioni della Cassazione. Ne consegue, allora, l'opportunità di approfondire, alla luce dei principi di carattere generale che sono stati illustrati e dello loro più recenti interpretazioni, le condizioni alle quali il regime di trasparenza può essere applicato alle società di capitali che sono state sino ad ora considerate naturali soggetti di imposta⁽²⁰⁵⁾.

Si procederà, quindi, ad analizzare in presenza di quali circostanze ciò era stato ritenuto possibile da dottrina e giurisprudenza per poi verificare, sulla base del diritto positivo, in presenza di quali indici il legislatore abbia consentito l'applicazione della trasparenza nella sua nuova accezione e se tali indici siano coerenti con la nozione tradizionale di trasparenza.

⁽²⁰⁵⁾ G. U. CASALE, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali secondo la bozza di decreto legislativo istitutivo dell'I.R.E. e dell'I.R.E.S.: verso il superamento della personalità giuridica?*, in *Boll. trib.*, 2003, pag. 1690.

CAPITOLO TERZO

IL SUPERAMENTO DELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI PERSONE E DELLA SOGGETTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: ORIENTAMENTI LEGISLATIVI, GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINARI

SOMMARIO: 12. – Il superamento della trasparenza delle società di persone e della soggettività della società di capitali: spunti di riflessione offerti dal diritto comparato; 12.1. – L’esperienza francese; 12.1.1. – La trasparenza delle società di persone ed il superamento di tale schema; 12.1.2. – La soggettività delle società di capitali ed il superamento di tale schema; 12.2. – L’esperienza americana; 12.2.1. – La “*check the box regulation*”; 12.2.2. – Le “*S-Corporations*”; 12.3. – La recente esperienza tedesca; 13. – L’applicazione del principio di trasparenza ad un ente di tipo associativo tra diritto comunitario e diritto interno: il Gruppo Europeo di Interesse Economico; 13.1. – I caratteri essenziali del GEIE nella disciplina comunitaria; 13.2. – I caratteri essenziali del GEIE nella disciplina nazionale: il d.lgs. n. 240 del 1991; 13.3. – Le ragioni dell’applicazione del principio di trasparenza; 14. – Il superamento della trasparenza delle società di persone: la Legge Finanziaria per il 2001; 15. – Il superamento della soggettività delle società di capitali ad opera della giurisprudenza: il caso delle società a ristretta base proprietaria; 16. – Il superamento della soggettività delle società di capitali ad opera della Dottrina: spunti ricostruttivi e condizioni specifiche; 16.1. – Ulteriori considerazioni conclusive e prosecuzione dell’indagine.

12. – IL SUPERAMENTO DELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI PERSONE E DELLA SOGGETTIVITÀ DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI: SPUNTI DI RIFLESSIONE OFFERTI DAL DIRITTO COMPARATO.

Il problema del trattamento da riservare alle società di persone ed alle società di capitali in ambito tributario non riguarda, ovviamente, solo l’esperienza italiana, bensì si tratta di problema proprio di tutte le legislazioni nazionali che trova soluzioni coerente. L’applicazione del principio di trasparenza alle società di persone e il riconoscimento della piena soggettività delle società di capitali (salvo poi prevedere meccanismi differenziati per eliminare la doppia tassazione degli utili societari in capo ai soci) rappresentano soluzioni sostanzialmente comuni e condivise a livello internazionale. Tuttavia anche in altre esperienze giuridiche si è posto il problema di individuare se, ed a quali condizioni, sia possibile superare tali schemi ⁽²⁰⁶⁾. A questo proposito, assumono rilievo l’esperienza legislativa francese ed americana dove per i tipi societari in esame sono previsti meccanismi

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. G. FALSITTA, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d’impresa nell’ordinamento italiano*, cit., pag. 114.

alternativi di tassazione che abbandonano i tradizionali approcci ⁽²⁰⁷⁾ ⁽²⁰⁸⁾, nonché l'esperienza tedesca ove, a partire dal 2008, i redditi imputati per trasparenza possono beneficiare di un regime di tassazione simile, almeno nel *quantum*, a quelli previsti per le società di capitali ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁷⁾ Il dibattito circa il riconoscimento di soggettività tributaria anche alle società di persone e l'applicazione del principio di trasparenza anche alle società di capitali risulta vivace pure in altre esperienze giuridiche oltre a quelle menzionate, in particolare, quella spagnola. In Spagna, si registra che alle società di persone riconducibili ai seguenti modelli: società in accomandita per azioni o *Sociedad en Comandita por Acciones*; società semplice o *Sociedad Comanditaria Simple* e società in nome collettivo o *Sociedad Colectiva*, è riconosciuta personalità giuridica, sicché sono, ai fini, fiscali, considerate equivalenti alle società di capitali e, pertanto, pienamente assoggettate all'imposta sulle società (Á. DE LA CUEVA GONZÁLEZ, COTERA, E. PONS GASULLA, *Spain – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007, punto A.1.2.4.1 e A.14.2.). In tale esperienza giuridica, il problema della tassazione delle società di persone viene risolto diversamente rispetto all'Italia per effetto del pieno riconoscimento di soggettività giuridica generale a tale tipologie. L'applicazione del principio di trasparenza trovava, comunque, un residuale campo di applicazione. Esso era riservato alle società i cui ricavi derivavano dall'esercizio dei attività professionali, artistiche, sportive, a "holding di natura familiare" o a "holding di gestione di beni". Si qualificano come "holding di natura familiare" le società in cui più del 50 per cento del capitale è posseduto, direttamente o indirettamente da un numero di azionisti non superiore a 10 o da un gruppo familiare; si qualificano come "holding di gestione di beni" le società il cui patrimonio si compone principalmente di beni mobili o immobili non utilizzati per lo svolgimento dell'attività tipica (Á. DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, E. PONS GASULLA, *Spain – Corporate taxation*, cit., punto A.1.4.1.1.). Tuttavia l'applicazione del principio di trasparenza alle menzionate tipologie societarie è stato sostituito, a partire dal 2003, da un regime fondato sul riconoscimento della loro piena soggettività tributaria (J. PALCIOS, V. BORRELLO, *Spain – 2003 Direct taxation reform*, in *European taxation*, 2003, pag. 58). Nel sistema spagnolo, la trasparenza ha così una portata del tutto residuale; essa risulta esclusivamente riservata a enti associativi privi di personalità giuridica (Á. DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, E. PONS GASULLA, *Spain – Corporate taxation*, cit., punto A.1.4.2.).

⁽²⁰⁸⁾ È riconosciuta la piena soggettività tributaria delle società di persone, ad esempio, in Ungheria. Queste sono tassate secondo gli schemi ordinari, salva la facoltà di optare per l'applicazione di un'imposta sostitutiva del 25 per cento. Tale regime si applica alle *partnership* a responsabilità limitata:

- il cui volume d'affari, comprensivo dell'IVA, è inferiore a 25 milioni di fiorini ungheresi nei due anni precedenti l'esercizio dell'opzione e in quello in cui viene esercitata l'opzione;
- che non esercitano un'attività soggetta a regole speciali sia nel campo delle imposte dirette, sia dell'IVA e le stesse società non sono rappresentanti doganali;
- che possiedono un conto corrente bancario in Ungheria;
- i cui soci sono esclusivamente persone fisiche che non possiedono partecipazioni in altre società.

In presenza di questi requisiti, la società può optare per l'applicazione di un'imposta del 25 per cento, parametrata al giro d'affari della società comprensivo dell'IVA, sostitutiva delle imposte dirette, del contributo di solidarietà sociale, dell'imposta sugli autoveicoli e dell'IVA (tale regime non è però sostitutivo dell'IVA eventualmente dovuta in capo di operazioni intracomunitarie). I dividendi formati durante il periodo di esercizio dell'opzione e distribuiti ai sono esenti da tassazione (dividendi formati in periodi differenti sono invece soggetti a tassazione nei modi ordinari). Cfr. G. ANTAL, *Hungary – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007, punto A.3.4.; R. SZUDOCZKY, *Hungary – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country surveys*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007, punto A.3.2..

⁽²⁰⁹⁾ Gli stessi problemi, ed in particolare quello del superamento della personalità giuridica delle società di capitali, sono stati fortemente dibattuti non solo a livello legislativo, ma anche a livello giurisprudenziale sin dall'inizio del 1900, sia in Europa, sia negli Stati Uniti d'America. Ne

12.1. – *L'esperienza francese.*

12.1.1. – La trasparenza delle società di persone ed il superamento di tale schema.

Anche nel sistema tributario francese opera, in via di principio, la distinzione secondo cui le società di persone sono considerate fiscalmente trasparenti, mentre le società di capitali sono assoggettate all'imposta sulle società (*Impot sur les sociétés - IS*)⁽²¹⁰⁾.

Le società di persone, analogamente a quanto avviene in Italia, presentano la caratteristica di associare dei soci *intuitu personae* per la realizzazione

riferisce V. UCKMAR, *Il regime impositivo delle società – La società a ristretta base proprietaria*, Padova, 1966, pag. 127. L'AUTORE osserva che particolarmente copiosa è stata la giurisprudenza degli Stati Uniti perché qui, già dalla fine del secolo scorso, si manifestò la tendenza di disconoscere alcuni privilegi derivanti dalla *corporate form*. In tale contesto è stata riconosciuta la possibilità di superare lo schermo societario:

- a) quando sia richiesto da esigenze nazionali o di pubblico interesse, anche se l'iniziale *incorporation* sia stata ottenuta per motivi perfettamente leciti;
- b) quando scopo della *incorporation* o il successivo uso della forma sociale contrasta con l'espressa politica governativa (legislativa o amministrativa);
- c) quando scopo della *incorporation* o il successivo uso della forma sociale consente il perpetuare una frode;
- d) quando la limitazione della responsabilità sia *inequitable*;
- e) quando sia necessario prevenire una ingiustizia ai danni dei soci (o dell'unico socio);
- f) quando sia necessario prevenire la *intracorporate oppression* di una parte dei soci;
- g) quando sia necessario per affermare o escludere la giurisdizione o per applicare la regola della *res judicata*.

Ben più limitate applicazioni del *lifting the veil* da parte della giurisprudenza si sono avute in Inghilterra dove è stato consentito superare la personalità giuridica:

- a) quando lo scopo della società sia in contrasto con la *public policy*, o con disposizioni d'ordine pubblico;
- b) quando lo schermo della società è usato per celare "*fraud or improper conduct*";
- c) quando si debba ritenere che per determinati affari o addirittura per l'intera sua attività la società operi quale una mera *agency*.

La giurisprudenza continentale è stata restia ad ammettere il superamento della personalità giuridica delle società. In Germania, il superamento di massima è stato consentito solo quando si abbia l'abuso (*missbrauch*) della persona giuridica, utilizzata quale strumento:

- a) per operare in frode alla legge;
- b) per violare obbligazioni contrattuali;
- c) per compiere atti fraudolenti a danno di terzi.

Anche nella giurisprudenza svizzera, al pari che in quella tedesca, non è stata rinvenuta una formula atta ad abbracciare e giustificare tutti i casi di superamento della persona giuridica. Si è fatto riferimento all' "abuso del diritto" per infrangere interessi giuridicamente protetti.

A livello generale, risulta, quindi, che il superamento della personalità giuridica, in definitiva è stato considerato possibile al fine:

- 1) della diretta realizzazione di interessi propri dello Stato (di natura tributaria o spiccatamente politica);
- 2) della repressione di frodi alla legge;
- 3) della repressione di frodi contrattuali;
- 4) della realizzazione dell'interesse dei terzi quando non ricorrano gli estremi della frode di cui innanzi, al momento iniziale dell'operazione (costituzione della società o stipulazione del contratto);
- 5) della realizzazione dell'interesse dei soci *uti singuli*.

⁽²¹⁰⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU, *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, traduzione a cura di E. DE MITA, Milano, 2006, pag. 198.

dell'oggetto sociale. Si tratta di società in cui la componente personale è fortemente marcata e la cui attività è di tipo civile, piuttosto che commerciale.

Sono comprese in tale categoria:

- le diverse forme di società semplici (immobiliari, professionali e di mezzi),
- le società in nome collettivo;
- le società in accomandita semplice;
- le strutture sociali rette dalle sole disposizioni del codice civile quali le società di fatto e le società in partecipazione la cui rilevanza è solo fiscale. Si tratta di società la cui esistenza può essere rilevata semplicemente perché esse si conformano, nei fatti, alle disposizioni del codice civile relative al contratto di società: almeno due persone partecipano ai conferimenti, al controllo dell'impresa ed ai suoi risultati. Le società in partecipazione e le società di fatto non hanno personalità giuridica.

Sul piano fiscale, le società elencate sono considerate trasparenti in quanto non costituiscono enti autonomi e distinti dai soci che le compongono. Indice del legame esistente tra soci e società viene rinvenuto nella circostanza che, secondo il diritto civile, i soci sono considerati illimitatamente responsabili dei debiti della società, *pro quota* delle loro partecipazioni nel capitale. L'imposizione degli utili segue tale regola: essi sono assoggettati all'imposta sul reddito solo a livello dei soci, tuttavia residuano in capo alla società gli obblighi dichiaratori⁽²¹¹⁾.

Ogni società di persone deve tenere una contabilità e, quindi trascrivere il risultato così ottenuto in un risultato fiscale. L'art. 60 *C.G.I. (code général des impôts)* precisa, che le regole applicabili per la determinazione dell'utile, sono quelle previste per gli imprenditori individuali della categoria da cui dipende l'attività della società. I risultati sono indicati in una dichiarazione annuale, che fa apparire, oltre al risultato complessivo, la quota parte di utile o di perdita attribuita ad ogni socio.

Gli utili subiscono allora l'imposizione al livello del socio e precisamente, scontano l'imposta sul reddito, se questo è una persona fisica, o l'imposta sulle società se è un contribuente assoggettato all'*IS*. La quota parte dell'utile è così rapportata agli altri redditi del contribuente, mentre se si tratta di una perdita, questa concorrerà alla determinazione del reddito complessivo solamente a certe condizioni, in particolare soltanto se la società di persone non esercita un'attività professionale.

Se il principio di trasparenza rappresenta il meccanismo normale di tassazione delle società di persone, tuttavia, in presenza di talune condizioni il legislatore francese ha consentito il superamento di tale schema e l'assoggettamento all'*IS* di queste società.

L'articolo 206, comma 3, *C.G.I.* consente tale scelta alla maggior parte delle società di persone, ivi comprese quelle di fatto e quelle civili professionali, escludendo da tale opzione le sole società civili di costruzione – vendita, le società civili di mezzi⁽²¹²⁾.

La scelta è irrevocabile e comporta la sottomissione a tutti gli obblighi, in particolare quelli contabili, di un'impresa commerciale, quali il passaggio dalla

⁽²¹¹⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, cit., pag. 199.

⁽²¹²⁾ Si tratta di società di servizi costituite da liberi professionisti per gestire la loro piattaforma tecnica.

contabilità di cassa ad una contabilità per competenza. L'opzione può essere esercitata sia nel momento di creazione della società stessa, sia nel corso della sua esistenza ⁽²¹³⁾.

L'opzione viene ritenuta conveniente per beneficiare delle più ridotte aliquote dell'IS ⁽²¹⁴⁾. L'interesse dell'opzione può risiedere, inoltre, nell'uniformità del modo di gestione che ne risulta in caso di gruppo in quanto tutte le filiali saranno assoggettate alla stessa imposta.

12.1.2. – La soggettività delle società di capitali ed il superamento di tale schema.

Le società di capitali costituiscono il campo di elezione dell'imposta sulle società ⁽²¹⁵⁾. Quest'imposta assoggetta a tassazione il risultato realizzato da quelle persone giuridiche a cui non si applica il regime di trasparenza. In dettaglio si tratta delle:

- le società anonime (ivi compresa le società per azioni);
- le società a responsabilità limitata;
- le società cooperative;
- le società in accomandita per azioni.

Esse sono accomunate dall'essere società di capitali, nelle quali la responsabilità dei soci o azionisti è, in genere, limitata ai loro conferimenti. La loro forma giuridica e finanziaria porta a considerarle come entità giuridiche e come contribuenti dagli interessi separati da quelli dei loro azionisti, quindi giuridicamente soggette ad un'imposizione specifica. Il loro statuto di società commerciali fa presumere come commerciale tutta la loro attività, sicché tutti i tipi di reddito realizzati da una società di capitali sono ritenuti reddito d'impresa, sia che derivino dalle effettive attività commerciali che dagli investimenti (dividendi, interessi, reddito da locazione). Il reddito imponibile è determinato sulla base del risultato contabile, apportando extra contabilmente le variazioni in aumento o in diminuzione richieste dalle norme fiscali.

In funzione della diversità di taluni soggetti, sono stati creati alcuni regimi particolari di tassazione in cui si è ritenuto possibile superare il principio della

⁽²¹³⁾ Se esercitata in questo momento l'operazione, determina effetti analoghi a quelli della cessazione dell'impresa.

⁽²¹⁴⁾ Lo schema delle aliquote applicabili alle persone fisiche è:

Reddito imponibile	Aliquota
Fino a € 5,614	0
Da € 5,614 a € 11,198	5.5%
Da € 11,198 a € 24,872	14%
Da € 24,872 a € 66,679	30%
Oltre € 66,679	40%

L'aliquota dell'imposta sulle società è pari al 33 1/3 per cento.

S. BARANGER, *France – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007, punto A.2.8.1.1.; M. HENDERSON, *France – Individual taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007, punto B. 7.1.

⁽²¹⁵⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, cit., pag. 199.

soggettività giuridica in favore dell'applicazione del metodo della trasparenza⁽²¹⁶⁾.

Particolare rilievo assumono “*le società a responsabilità limitata a carattere familiare*”⁽²¹⁷⁾. A tali società è consentito scegliere di applicare il regime fiscale delle società di persone, qualora soddisfino due condizioni:

1. esercitare un'attività industriale, commerciale o artigianale, il che esclude le società a responsabilità limitata che svolgono attività civile, liberale o agricola e;
2. essere costituite unicamente tra persone parenti in linea retta (nonni, genitori, figli), e/o tra collaterali fino al secondo grado (fratelli e sorelle) ed i loro coniugi. Tutte queste persone possono essere associate simultaneamente, ma il carattere familiare della società e, di conseguenza, la possibilità di scelta, cessano con la presenza nel capitale di persone che non soddisfano più questa condizione.

La scelta deve essere esercitata all'unanimità dei soci, che saranno tutti imponibili sulla loro quota parte degli utili, nell'ambito del loro reddito complessivo; quest'opzione è revocabile nelle stesse forme, ma il ritorno nell'ambito dell'IS esclude qualsiasi possibilità di nuova scelta per l'avvenire.

Dal punto di vista soggettivo, appare che l'esercizio dell'opzione per la trasparenza dipenda esclusivamente dall'esistenza di vincoli familiari tra i soci il numero dei quali è del tutto irrilevante. Il particolare assetto proprietario che connota questa società consente al legislatore di presumere l'esistenza di particolari vincoli che consentono ai soci di apprendere gli utili. Tuttavia, di particolare rilievo è la circostanza che l'accesso a tale regime venga, comunque, condizionato alla manifestazione del consenso unanime dei soci.

La trasparenza costituisce, invece, il meccanismo normale di tassazione per talune società di capitali quali “*le società unipersonali a responsabilità limitata*”⁽²¹⁸⁾. Se socio unico di una società a responsabilità limitata è una persona fisica, la società applica il regime fiscale delle società di persone, salva espressa opzione per l'IS. In questo caso il meccanismo di tassazione viene rovesciato: si applica per legge la trasparenza, mentre l'IS per opzione. Tuttavia, l'applicazione di tale schema di tassazione è possibile solo nell'ipotesi in cui il socio unico sia una persona fisica, diversamente, nell'ipotesi in cui il socio unico sia una persona giuridica, la legge impone l'assoggettamento della società unipersonale a responsabilità limitata all'imposta sulle società nei modi ordinari. Il legislatore ha inteso così eliminare la possibilità, per un gruppo, di dare alle sue filiali lo statuto di società trasparente, di cui la società madre sarebbe l'unica socia, evitando così l'introduzione di una forma surrettizia di consolidato fiscale.

⁽²¹⁶⁾ La trasparenza costituisce il naturale meccanismo di tassazione anche per un altro ente associativo cui l'ordinamento francese riconosce personalità giuridica: il Gruppo Europeo di Interesse Economico. Questa struttura è dotata di personalità giuridica, tuttavia, è considerata fiscalmente trasparente. Qualora realizzasse degli utili questi sarebbero tassati in capo ad ogni membro.

⁽²¹⁷⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, cit., pag. 205.

⁽²¹⁸⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, cit., pag. 205.

CAPITOLO TERZO

La trasparenza costituisce il meccanismo normale di tassazione anche di altre società di capitali: “*le società di comproprietà immobiliare*”⁽²¹⁹⁾. Queste hanno come oggetto l’acquisto o la costruzione di immobili per assegnarli ai soci, in proprietà o in godimento esclusivo. Ai sensi dell’art. 1655-ter C.G.I., sono ritenute sprovviste di personalità giuridica e, di conseguenza, considerate trasparenti dal punto di vista fiscale, anche se prendono a prestito la forma di una società di capitali. Esse sono semplicemente obbligate ad una dichiarazione annua, che indica la quota di ogni socio negli eventuali redditi societari e nei diversi oneri sopportati dalla società a causa dei suoi immobili.

L’imputazione diretta dei risultati ai soci trova applicazione anche per altre società che operano nel settore immobiliare. Si tratta, in dettaglio, delle “*società civili immobiliari patrimoniali*”⁽²²⁰⁾ che acquistano o costruiscono immobili per gestirli. Il loro statuto e la loro attività, entrambe civili, ne fanno società trasparenti, il cui obbligo annuo si limiterà alla presentazione di una dichiarazione di risultati.

“*Le società civili di investimento immobiliare*” hanno come oggetto esclusivo l’acquisto e la gestione di un patrimonio immobiliare locativo, generalmente facendo pubblico ricorso al risparmio. L’art. 239-septies C.G.I. le esclude dall’ambito di applicazione dell’IS e la loro trasparenza consente di ripartire il loro risultato tra i soci, tassandolo, in capo a questi ultimi, quale reddito fondiario.

12.2. – L’esperienza americana.

12.2.1. – La “*check the box regulation*”.

Il regime fiscale degli Stati Uniti è imperniato sull’imposizione a livello federale, statale e locale. Alle imposte federali vanno aggiunte le imposte statali e quelle di alcuni comuni. In via generale, è assoggettata alla giurisdizione fiscale degli Stati Uniti ciascuna persona fisica o giuridica che produca, venda beni o servizi negli Stati Uniti d’America o che sia membro di una Partnership o Limited Liability Company americana⁽²²¹⁾.

In dettaglio, gli enti di diritto associativo, secondo il diritto americano⁽²²²⁾ si qualificano come segue:

- a) *Association*: un’*association* è un’ente associativo che non esercita attività commerciale;
- b) *Corporation*: una *corporation* è:
 - 1) un ente commerciale costituito secondo una legge federale o statale che gli attribuisca autonoma soggettività;
 - 2) un ente commerciale costituito secondo leggi statali che richiedono l’attribuzione di un patrimonio comune diviso in quote (esempio di tale

⁽²¹⁹⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, cit., pag. 206.

⁽²²⁰⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, cit., pag. 206.

⁽²²¹⁾ J. G. RIENSTRA, *United States – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country surveys*, banca dati on line consultabile su internet all’indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007, punto A.1.2..

⁽²²²⁾ cfr. Istruzioni al modello 8832 (Rev. 3-2007) disponibile sul sito dell’*Inland Revenue Service* www.irs.gov.

modello associativo sono le *joint stock corporation* e le *joint stock association*);

- 3) le compagini assicurative;
 - 4) le banche;
 - 5) gli enti commerciali integralmente posseduti da enti pubblici statali o locali;
 - 6) taluni enti associativi espressamente elencati dall'*Internal Revenue Code*;
 - 7) taluni enti esteri;
- c) *Partnership*: ricadono in tale definizione le società di persone⁽²²³⁾.

Secondo le regole ordinarie i soggetti *sub b)*, si classificano quali autonomi soggetti di imposta tassati separatamente rispetto ai soci che li compongono. Tali soggetti sono definiti "*Per sé corporations*".

I soggetti *sub a)* e *c)* non beneficiano del medesimo regime di tassazione in quanto di per sé non possono considerarsi autonomi rispetto ai soggetti che li compongono sicché sono tassati per trasparenza. Tuttavia tali soggetti, attraverso l'unanime consenso dei soci che li compongono, possono esercitare l'opzione per essere tassati quali autonomi soggetti di imposta al pari delle *corporations*. Tale opzione trova il proprio fondamento nella c.d. "*check the box regulation*"⁽²²⁴⁾ come applicata a partire dal 1° gennaio 1997, a seguito della riforma varata dal *Treasury Department* il 18 dicembre 1996. Obiettivo delle autorità finanziarie americane era introdurre una semplificazione nel sistema americano finalizzata a consentire a enti associativi che esercitano un'attività commerciale non in forma di *corporation* di scegliere il regime fiscale applicabile tra quello loro normalmente applicabile, *i.e.* quello delle c.d. *pass through entities* che prevede l'applicazione del principio di trasparenza, ovvero quello proprio delle *corporations* che si fonda sul riconoscimento della loro autonoma soggettività di imposta.

Il regime della c.d. "*check the box regulation*" si applica a soggetti, residenti e non, che svolgono un'attività commerciale in una forma associativa diversa dalla *corporation* alla quale l'ordinamento generale riconosca, comunque, autonoma soggettività, pur se non in campo tributario.

La possibilità di esercitare l'opzione dipende dalla tipologia associativa che l'ente riveste, non dal numero di membri che la compongono. L'opzione deve essere, tuttavia, esercitata all'unanimità dai soggetti che compongono l'ente o da coloro che l'amministrano a condizione che tale potere sia loro espressamente conferito.

Tali cautele discendono dal contenuto complesso che determina l'elezione. Questa, infatti, oltre a comportare un mutamento nelle regole di determinazione del reddito, comporta degli effetti immediati quali o la liquidazione fittizia della stessa o la fittizia effettuazione di conferimenti⁽²²⁵⁾.

L'elezione è modificabile ed ha validità 12 mesi; deve essere inoltrata prima dell'inizio del periodo di imposta (comunque non più di 75 giorni prima che essa

⁽²²³⁾ D. L. FORST, *The U.S. international tax treatment of partnerships: a policy-based approach*, in *Berkeley Journal of International Law*, 1996, pag. 239.

⁽²²⁴⁾ W. KESSLER, R. EICKE, *Germany's partnership tax regime: a response to U.S. Check-the-box Regs?*, in *Tax Notes Int'l*, 2007, pag. 587.

⁽²²⁵⁾ Cfr. Istruzioni al modello 8832 (Rev. 3-2007) disponibile sul sito dell'*Inland Revenue Service* www.irs.gov.

abbia effetto). Dopo il ricevimento dell'opzione, l'*Internal Revenue Service (IRS)* deve provvedere a notificare allo stesso ente l'accettazione o il rifiuto di tale opzione entro 60 giorni da quello della spedizione ⁽²²⁶⁾.

Alla luce di tali considerazioni pare, quindi, che il sistema americano di tassazione degli enti associativi diversi dalle *corporations* si presenti estremamente duttile tanto da consentire ai differenti soggetti la scelta di meccanismi di tassazione diversi da quelli loro altrimenti applicabili. In particolare, il mancato riconoscimento di una piena autonomia di una ente rispetto ai soci che lo compongono non esclude che a tale ente possa applicarsi il regime fiscale normalmente riservato ai soggetti dotati di tale autonomia, in luogo dell'applicazione di un regime di trasparenza. Il mutamento nel regime fiscale applicabile risulta condizionato esclusivamente dall'espressione di un'unanime consenso da parte dei soci, indipendentemente dalla struttura o dal numero dei soci che costituiscono l'ente stesso.

12.2.2. – Le “S-Corporations”.

L'ordinamento americano consente, quindi, a soggetti trasparenti di rinunciare a tale regime in favore dell'applicazione di un regime analogo a quello degli enti dotati di piena soggettività giuridica. Parimenti, in presenza di specifiche condizioni, enti quali le *corporations* che, come chiarito, sono considerati, anche dal punto di vista tributario, enti perfettamente autonomi dai soci che li compongono, possono optare per l'applicazione del regime di trasparenza.

Tradizionalmente l'ordinamento tributario americano consente alle c.d. “*closely held corporations*” (o *small business corporation* – società a ristretta base proprietaria) di essere tassate per trasparenza.

Possono esercitare tale opzione le società residenti che hanno emesso un'unica tipologia di azioni possedute esclusivamente da soci persone fisiche residenti ⁽²²⁷⁾ in numero non superiore a 100, a condizione che tutti i soci esprimano il consenso per l'applicazione di tale regime di tassazione.

Di particolare rilievo è l'evoluzione del requisito numerico. Inizialmente il numero massimo dei soci superato il quale non era consentito l'esercizio dell'opzione era fissato in 10; successivamente, nel 1976, tale soglia fu innalzata a 15. Nel 1981 fu nuovamente modificata per consentire alle società con un numero di soci non superiore a 25 di esercitare l'opzione per la tassazione per trasparenza e immediatamente dopo tale modifica, nel 1982, lo stessa soglia è stata elevata a 35. Nonostante il numero dei soci fosse già particolarmente elevato, il legislatore americano ha ritenuto di poterlo, comunque, ulteriormente modificare per portarlo prima a 75 nel 1996 e, a partire dal 2004, a 100. Tale soglia è quella attualmente vigente.

Il legislatore americano dimostra così di aver voluto consentire alla più ampia platea di società di optare per il regime di tassazione per trasparenza. La legittimità dell'applicazione di tale meccanismo non viene, quindi, ravvisata nella maggiore o minore consistenza numerica della società bensì nell'unanime

⁽²²⁶⁾ Cfr. Istruzioni al modello 8832 (Rev. 3-2007) disponibile sul sito dell'*Inland Revenue Service* www.irs.gov.

⁽²²⁷⁾ O alcuni particolari enti associativi.

consenso dei soci. Detto requisito è, infatti, rimasto un elemento costante nell'istituto in esame e su questo pare ora concentrarsi l'attenzione del legislatore.

L'opzione deve essere esercitata non più di due mesi e quindici giorni dopo l'inizio del periodo di imposta per il quale deve avere effetto o in qualunque momento durante il periodo di imposta precedente ⁽²²⁸⁾. L'opzione deve essere comunicata a mezzo posta o fax all'IRS che deve comunicare l'accettazione o il rifiuto entro 60 giorni.

Essa rimane valida a meno che la società non decada per perdita dei requisiti ovvero ne faccia richiesta un gruppo di soci rappresentativo di più del 50 per cento delle azioni.

Risulta particolarmente evidente il tentativo di bilanciamento che il legislatore americano ha cercato di perseguire. Mentre l'ingresso in tale regime di tassazione è condizionato al consenso unanime dei soci che diventano così tassati per trasparenza indipendentemente dall'effettiva percezione delle somme, la fuoriuscita dal sistema risulta maggiormente agevolata. Non diventa più necessaria l'unanimità, ma risulta sufficiente la volontà della maggioranza dei soci.

Il sistema americano risulta, quindi, particolarmente flessibile in quanto consente ai soci di rinunciare all'ordinario regime fondato sul riconoscimento della soggettività della società. Ma derivando dall'esercizio di tale opzione l'obbligo per i soci di pagare imposte indipendentemente dalla percezione dei relativi redditi, il legislatore ha voluto condizionare tale scelta all'unanime consenso dei soci. L'impianto originario di tale istituto che si fondava sulla ristrettezza della base proprietaria è stato abbandonato in quanto la regola dell'unanimità ha reso ininfluenza il numero dei soci che compongono la società.

12.3. – La recente esperienza tedesca.

In Germania, dopo essere stata approvata da parte del *Bundestag* il 25 maggio e da parte del *Bundesrat* il 6 luglio 2007, è stata varata una penetrante riforma fiscale la cui entrata in vigore è prevista con il 1° gennaio 2008 nella parte in cui concerne la nuova tassazione del reddito d'impresa e con il 1° gennaio 2009 nella parte in cui riguarda l'introduzione di una ritenuta a titolo d'imposta del 25 per cento per certi tipi di redditi di capitale.

Il legislatore tedesco si era prefissato diversi obiettivi (riduzione delle aliquote, miglioramento della competitività fiscale della Germania nel contesto internazionale, contrasto allo spostamento all'estero di materia imponibile) per raggiungere i quali è stato scelto di abbandonare gli schemi tradizionali fondati sul principio della tassazione personale progressiva del reddito complessivo delle persone fisiche. Da un'imposizione attraverso la quale tutti i tipi di reddito delle persone fisiche, a prescindere dalla loro natura e dalla loro fonte, contribuivano a determinare il reddito complessivo dei contribuenti, si è passati ad un'imposizione cosiddetta "duale" con la quale il reddito complessivo viene suddiviso nei singoli componenti che vengono assoggettati poi ad aliquote fiscali diverse. Per motivi di gettito, l'uso di tale sistema non viene però generalizzato, ma limitato ad alcuni

⁽²²⁸⁾ Cfr. Istruzioni al modello 2553 (Rev. Dicembre-2006) disponibile sul sito dell'*Inland Revenue Service* www.irs.gov.

tipi di reddito più esposti alla competizione fiscale internazionale perché caratterizzati da un elevato grado di mobilità: i redditi d'impresa e i redditi di capitale ⁽²²⁹⁾).

L'opportunità di prevedere nuovi meccanismi di tassazione dei redditi di impresa conseguiti da persone fisiche derivava dalla circostanza che uno degli interventi principali della riforma è stato la riduzione dell'aliquota dell'imposta sul reddito delle società (dal 25 per cento al 15 per cento). Dal momento che gran parte delle imprese tedesche sono organizzate nella forma giuridica di società di persone, tassate per trasparenza con il conseguente assoggettamento dei soci persone fisiche all'imposta personale progressiva sulla quota di reddito imputata, la menzionata riduzione di aliquota avrebbe reso più acuto il problema della discriminazione della tassazione del reddito a seconda della forma giuridica attraverso la quale l'attività d'impresa viene esercitata. Per ovviare a tale conseguenza, il legislatore tedesco ha cercato di assicurare la neutralità dell'imposizione rispetto alla forma giuridica dell'impresa (impresa individuale, società di persone, società di capitali), agendo sulla disciplina delle imprese individuali e delle società di persone.

A questo proposito è stato consentito alle imprese individuali o ai soggetti che detengono una partecipazione in una società di persone superiore al 10 per cento oppure una quota di utile superiore a € 10.000 di optare per la c.d. "agevolazione per la tesaurizzazione". Questa consiste nell'applicazione di un'aliquota proporzionale del 28,25 per cento (come imposta personale) applicata al reddito d'impresa conseguito da imprese individuali e da società di persone. Ne consegue che il reddito d'impresa conseguito da persone fisiche (direttamente, come imprenditori individuali o, indirettamente, come soci di società di persone) viene sottratto all'imposizione progressiva personale avvicinando così il carico fiscale delle società di persone e delle imprese individuali al carico fiscale delle società di capitali. Detta agevolazione si applica solo all'utile conservato all'interno dell'impresa. Si considerano prelevate le somme utilizzate dalla società per pagare l'imposta locale sui redditi (c.d. *Gewerbesteuer*), le somme prelevate dai soci per pagare le proprie imposte personali, nonché, naturalmente, i dividendi distribuiti. In caso di distribuzioni, i dividendi scontano, secondo il nuovo regime, una ritenuta a titolo d'imposta del 25 per cento, nonché un addizionale di solidarietà del 5,5 per cento ⁽²³⁰⁾.

Dal punto di vista del prelievo, questo nuovo regime comporta che il reddito degli imprenditori individuali e delle società di persone sconti una tassazione solo di qualche punto superiore a quello delle società di capitali; infatti, la menzionata aliquota del 28,25 per cento si applica solo agli utili tesaurizzati, cioè non prelevati. Le ordinarie aliquote progressive (più elevate) restano,

⁽²²⁹⁾ *Amplius* S. MAYR, *La riforma fiscale in Germania per le imprese*, in *Boll. trib.*, 2007, pag. 1430, nonché ID., *Il modello tedesco ora fa scuola*, in *Il Sole 24 ore*, 17 settembre 2007; W. KESSLER, R. EICKE, *Germany's partnership tax regime: a response to U.S. Check-the-box Regs?*, cit., pag. 587. Per un'analisi delle evoluzioni del sistema fiscale tedesco cfr. R. SEER, S. AHRENS, *An overview of recent tax reform plans in Germany*, in *European taxation*, 2005, pag. 500; W. KESSLER, R. EICKE, *Germany's Corporate tax reform – The road not taken*, in *Tax Notes Int'l*, 2007, pag. 1135.

⁽²³⁰⁾ *Amplius* S. MAYR, *La riforma fiscale in Germania per le imprese*, cit., pag. 1432.

conseguentemente, applicabili alla parte di utile utilizzata per il pagamento dell'imposta locale ed eventualmente dell'imposta personale.

Tralasciando gli aspetti quantitativi, la riforma tedesca merita di essere segnalata in quanto, dal punto di vista qualitativo, il legislatore tedesco dimostra di aver virato verso un regime di tassazione nel quale il reddito di impresa conseguito da persone fisiche, anche attraverso la partecipazione in società di persone, non concorre alla formazione del reddito complessivo, ma subisce un'autonoma tassazione. La riforma tedesca, pur lambendo soltanto i temi della soggettività e differenziandosi così dalle altre esperienze appena analizzate, conferma l'esistenza di un acceso dibattito sulla tassazione dei redditi derivanti dalle società di persone. In particolare, può porsi come primo accenno di un'evoluzione dei sistemi tributari in senso reale e dell'opportunità, in un'ottica di competizione fiscale, di garantire, all'interno di ogni ordinamento, uniformi meccanismi di tassazione del reddito di impresa ⁽²³¹⁾.

13. – L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA AD UN ENTE DI TIPO ASSOCIATIVO TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO INTERNO: IL GRUPPO EUROPEO DI INTERESSE ECONOMICO.

13.1. – I caratteri essenziali del GEIE nella disciplina comunitaria.

Il Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE) è disciplinato dal Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985. I Considerando di tale Regolamento accuratamente precisano le finalità e le motivazioni per cui si è fortemente voluto portare a compimento un simile progetto: "*la realizzazione di un mercato unico e il rafforzamento della sua unità rendono auspicabile segnatamente la creazione per le persone fisiche, le società e gli altri enti giuridici, di un contesto giuridico che faciliti l'adattamento delle attività alle condizioni economiche della Comunità; ... a tal fine è necessario che le persone fisiche, le società e gli altri enti giuridici possano effettivamente cooperare oltre le frontiere; considerando che tale cooperazione può incontrare difficoltà di ordine giuridico, fiscale, psicologico ... la creazione di uno strumento giuridico adatto a livello europeo, sotto forma di gruppo europeo di interesse economico, contribuisce alla realizzazione dei suddetti obiettivi ... ed è quindi necessaria...*" ⁽²³²⁾.

Dal punto di vista soggettivo, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a), Regolamento 2137/85 possono essere membri di un GEIE "*le società, ai sensi dell'articolo 58, secondo comma del Trattato*" ⁽²³³⁾, nonché gli altri enti giuridici

⁽²³¹⁾ Cfr. sull'argomento F. GALLO, *Le ragioni del fisco – Etica e giustizia nella tassazione*, cit., pag. 119, ove afferma, riferendosi all'IRPEF, che "*nella sostanza la progressività è mantenuta solo per i redditi di lavoro*"; anche G. TREMONTI, *Strumenti giuridici utilizzati e utilizzabili*, in *La crisi dell'imposizione progressiva sul reddito*, a cura di E. GERELLI e R. VALIANI, Milano, 1982, pag. 239.

⁽²³²⁾ Considerando I e II, Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 Luglio 1985 relativo all'istituzione di un Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE), Gazzetta ufficiale n. L199 del 31/07/1985.

⁽²³³⁾ Per definire le società viene richiamato l'art. 58, comma 2, Trattato CEE dove è dettata una definizione di società ai fini del diritto di stabilimento. Tale concetto comprende le società

di diritto pubblico ⁽²³⁴⁾ o privato ⁽²³⁵⁾, costituiti conformemente alla legislazione di uno stato membro”. Vi possono, quindi, partecipare tutti quegli enti giuridici, diversi dalle persone fisiche, dotati, nei rispettivi ordinamenti di appartenenza, indipendentemente dal requisito del riconoscimento di personalità giuridica, della capacità di compiere, in nome proprio, atti giuridicamente rilevanti i cui effetti siano a loro stessi imputabili ⁽²³⁶⁾. La lett. b) dello stesso articolo elenca ancora come ulteriori possibili partecipanti ad un GEIE “*le persone fisiche che esercitano un’attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, una libera professione o prestano altri servizi nella Comunità*”. Attraverso queste specificazioni vengono esclusi dalla partecipazione ad un GEIE coloro che svolgono un’attività salariata, disciplinata da un contratto di lavoro. Una persona fisica, perciò, per avere titolo di partecipare, deve esercitare un’attività entro la Comunità; non appare invece necessario il possesso della cittadinanza di uno degli Stato Membri ⁽²³⁷⁾.

Un requisito essenziale, tanto per le persone fisiche quanto per quelle giuridiche per aderire ad un GEIE, è lo svolgimento, in territorio comunitario, di un’attività economica, intesa in senso lato ⁽²³⁸⁾.

L’art. 4, comma 2, Regolamento 2137/85, prevede un ulteriore requisito: un GEIE deve essere necessariamente formato da almeno due membri appartenenti ad almeno due Stati diversi dell’Unione Europea. Il requisito dell’internazionalità viene perciò considerato un elemento integrante della fattispecie, idoneo a distinguere il GEIE da altri istituti di diritto nazionale, tanto che il legislatore comunitario ha addirittura previsto che la mancanza dei summenzionati requisiti, al momento della conclusione del contratto o la loro perdita sopravvenuta, siano causa di scioglimento obbligatorio del Gruppo.

La natura di questa nuova fattispecie associativa è chiarita dal Considerando V ⁽²³⁹⁾ ove si precisa che tramite il GEIE non si crea una struttura di tipo

commerciali, civili, le cooperative e “*ogni altra persona giuridica contemplata dal diritto pubblico o privato, ad eccezione di società che non si prefiggono scopo di lucro*”. Le società che possono partecipare sono perciò tutte le società qualunque ne sia la causa: lucrativa, non lucrativa, mutualistica, consortile; e qualunque sia l’attività esercitata: commerciale, civile, agricola.

⁽²³⁴⁾ Per enti di diritto pubblico si devono considerare le persone giuridiche di diritto pubblico, gli enti pubblici locali, le Università, gli enti preposti alla cura di determinati interessi, le varie formazioni sociali sottoposte a vigilanza dello Stato o inserite in ordinamenti settoriali, le Camere di Commercio, gli ordini professionali, i consorzi di bonifica o di sviluppo industriale, i centri di ricerca scientifica, le aziende di cura, le accademie di scienze ed arti, alcune federazioni sportive. Tutte queste possono partecipare purché nella gamma delle loro attività alcune, almeno, possiedano carattere economico.

⁽²³⁵⁾ Enti giuridici di diritto privato esistenti nell’ordinamento nazionale, inquadrabili nella definizione comunitaria, sono: le associazioni riconosciute e non, i comitati, le fondazioni, le cooperative, i consorzi. Sono irrilevanti le finalità di detti enti in quanto è sufficiente l’esercizio di un’attività economica; sono invece escluse le fattispecie a carattere associativo, che, pur avendo rilevanza esterna, non assumono esternamente forma di soggetto di diritto quali l’associazione in partecipazione e le varie forme di associazione temporanea di imprese.

⁽²³⁶⁾ A. BADINI CONFALONIERI, *Disciplina comunitaria e profili operativi nell’ordinamento italiano*, cit., pag.103; A. MONGIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico*, cit., pag. 61.

⁽²³⁷⁾ A. MONGIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico*, cit., pag. 85.

⁽²³⁸⁾ Il requisito dello svolgimento di un’attività economica ha all’interno del Regolamento una notevole portata selettiva. Si deve precisare infatti che l’attività del GEIE stesso in virtù dei requisiti dell’accessorietà e ausiliarietà di quella dei membri, sarà un’attività economica.

societario da cui, anzi, vi si differenzia per il tipo di scopo perseguito: non un fine di lucro, bensì il conseguimento di vantaggi mutualistici. La possibilità che il GEIE consegua utili non determina un tradimento della causa contrattuale, anzi è una circostanza pienamente compatibile: il Gruppo, in quanto tale, deve attuare un'attività ausiliaria e non può perseguire un lucro diretto, ma se questo si manifesta, in quanto fine ulteriore dei singoli, dovrà essere considerato, ai soli fini fiscali, dei membri, mai del Gruppo.

Il Gruppo deriva da un contratto atipico tramite cui i contraenti costituiscono una forma intermedia tra le società e l'associazionismo senza scopo di lucro⁽²⁴⁰⁾, con vocazione squisitamente sovranazionale.

Attraverso il Regolamento n. 2137/85, il legislatore comunitario ha cercato di fornire la più completa regolamentazione dell'istituto in esame. Il regolamento, infatti, disciplina puntualmente le modalità della costituzione del GEIE, della sua organizzazione interna, della tutela dei terzi e dei membri. Ai sensi dell'art. 3, Regolamento n. 2137/85, il fine del gruppo è di agevolare o di sviluppare l'attività economica dei suoi membri, di migliorare o di aumentare i risultati di questa attività; il gruppo non ha lo scopo di realizzare profitti per se stesso. La sua attività deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima. La causa del rapporto, quindi, espressa in termini generici di ausiliarità dell'attività esercitata dai contraenti, può essere aneconomica o economica, in questo secondo caso lucrativa, mutualistica o consortile.

Si fissa come principio fondamentale la capacità del Gruppo di agire a proprio nome, assumendo diritti ed obblighi di qualsiasi natura e la connessa capacità processuale⁽²⁴¹⁾.

Se il Regolamento stesso risolve positivamente il problema circa l'attribuzione della soggettività giuridica, rimette invece agli ordinamenti nazionali la questione dell'attribuzione della personalità giuridica (art. 1, comma 3, Regolamento 2137/85). Le ragioni di questa scelta risiedono nel fatto che non è data una nozione di personalità giuridica sufficientemente unitaria a livello di legislazioni nazionali. Le conseguenze e le modalità di un simile riconoscimento sono talmente diverse che si sarebbe rischiato di inserire un elemento di disomogeneità nelle legislazioni con il rischio di decretare l'insuccesso del GEIE⁽²⁴²⁾.

⁽²³⁹⁾ "...considerando che il gruppo si differenzia da una società soprattutto per il suo scopo che è soltanto quello di facilitare o di sviluppare l'attività economica dei suoi membri per permettere loro di migliorare i propri risultati; che, a causa di tale carattere ausiliario, l'attività del gruppo deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e non sostituirsi ad essa e che, in tale misura, per esempio, il gruppo stesso non può esercitare nei confronti dei terzi libere professioni e che la nozione di attività economica deve essere interpretata nel senso più largo..."

Cfr. A. ROSSI, *D.lg. 23 luglio 1991, n. 240 - Applicazione del Regolamento n. 85/2137/CEE relativo all' istituzione di un Gruppo europeo d'interesse economico - GEIE, ai sensi dell' art. 17 l. 29 dicembre 1990, n. 428. Commento all' art. 1 (Ambito di applicazione)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1992, pag. 1017.

⁽²⁴⁰⁾ R. CONTI, *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Economia Pubblica*, 1990, pag. 625.

⁽²⁴¹⁾ A. MONGIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1994, pag. 49.

⁽²⁴²⁾ Solo Italia e Germania non hanno riconosciuto al GEIE personalità giuridica.

CAPITOLO TERZO

Se da un lato viene riconosciuta al GEIE piena capacità giuridica e d'agire, dall'altro, tuttavia, non viene previsto l'obbligo di dotare il gruppo stesso di un capitale minimo o di un fondo tramite cui adempiere alle obbligazioni. Conseguentemente, il Regolamento ha dovuto prevedere all'art. 24 un particolare regime di responsabilità a carico dei membri: questi rispondono in maniera illimitata e solidale per le obbligazioni del Gruppo. Si precisa che rispondono per le “*obbligazioni di qualsiasi natura purché riferibili al Gruppo*”⁽²⁴³⁾, ricomprendendo così le obbligazioni di natura contrattuale, extra-contrattuale, sociale e fiscale come precisato dal Considerando X⁽²⁴⁴⁾. La responsabilità dei membri è di natura sussidiaria in quanto destinata ad entrare in gioco solo dopo il rispetto di una serie di adempimenti formali a carico del creditore: è previsto che questi proceda prima nei confronti del Gruppo tramite intimazione ad adempiere priva di formalità e, solo decorso da questa un termine congruo, potrà agire direttamente nei confronti dei membri. Il creditore potrà agire nei confronti anche solo di uno dei membri, salvo, a favore di questo, il diritto di regresso a carico degli altri partecipanti o del Gruppo stesso in proporzione alle rispettive quote o, se non sono state stabilite, in parti uguali⁽²⁴⁵⁾.

Il Regolamento n. 2137/85 affronta anche la questione del trattamento fiscale dell'istituto in esame disponendo che “*Il risultato delle attività del gruppo è soggetto ad imposta soltanto tramite imposizione a carico dei singoli membri*”. Viene così prevista l'applicazione del principio di trasparenza, salvo rinviare alle legislazioni nazionali la disciplina degli altri aspetti, in particolare di quelli formali⁽²⁴⁶⁾.

Il legislatore comunitario, nel momento in cui con il Gruppo Europeo di Interesse Economico aveva scelto di dare vita ad un istituto disciplinato in maniera univoca a livello comunitario, doveva necessariamente affrontare anche il problema del suo regime fiscale. All'applicazione dei modelli di imposizione propri delle società di capitali ostavano principalmente due ordini di considerazioni: in primo luogo il fatto che queste sono sempre dotate di

⁽²⁴³⁾ A. MONGIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico*, cit., pag. 354.

⁽²⁴⁴⁾ “...considerando che la protezione dei terzi esige che si organizzi una ampia pubblicità e che i membri del gruppo rispondano sempre e solidalmente dei debiti di quest'ultimo, compresi quelli in materia fiscale e di sicurezza sociale, senza che tale principio pregiudichi tuttavia la libertà di escludere o di ridurre, mediante specifico contratto tra il gruppo ed un terzo, la responsabilità di uno o più dei suoi membri per un determinato debito...”.

⁽²⁴⁵⁾ La responsabilità dei membri vale per il periodo di partecipazione al Gruppo e perdura per un periodo di cinque anni successivi alla cessazione dalla qualità di membro ai sensi dell'art 37.1 Regolamento 2137/85. Per i nuovi membri l'art. 26, comma 2, Regolamento n. 2137/85 prevede l'estensione automatica delle obbligazioni anteriori all'ammissione, salva diversa previsione contrattuale.

Unica deroga al regime considerato è prevista al X Considerando dove si permette che pattiziamente, in sede di accordi con terzi, limitatamente al contratto in questione, si preveda l'esclusione della responsabilità a favore di uno o più dei membri del Gruppo. G. A. TEDESCHI, G. TORNO, *GEIE, Gruppo europeo di interesse economico, diritto e fiscalità del primo strumento associativo comunitario*, Milano, 1991, pag. 35; A. BADINI CONFALONIERI, *Disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Torino, 1999, pag. 205.

⁽²⁴⁶⁾ Il Considerando XIV precisa che “... il presente regolamento stabilisce che i risultati delle attività del gruppo sono assoggettabili ad imposizione soltanto nei confronti dei singoli membri; che resta inteso che per ogni altro aspetto si applica il diritto tributario nazionale, in particolare per quanto riguarda la ripartizione dei profitti, le procedure fiscali e tutti gli obblighi imposti dalle legislazioni fiscali nazionali...”.

personalità giuridica, il riconoscimento della quale al GEIE era invece un'opzione rimessa agli Stati Membri, in secondo luogo, il fatto che, dal punto di vista fiscale, prevedendo un simile sistema, si sarebbe avuto come conseguenza la necessità di risolvere l'ulteriore problema della doppia imposizione sugli utili.

Il legislatore comunitario, non potendo introdurre una disciplina tributaria completa in cui il ruolo delle legislazioni nazionali fosse stato solo un ruolo servente⁽²⁴⁷⁾, è preferito partire da un modello già conosciuto ed ampliare il ruolo giocato dai singoli Stati. Il legislatore comunitario ha ritenuto che il sistema della trasparenza fiscale, generalmente applicato alle società di persone, fosse quello più conforme alla struttura del GEIE⁽²⁴⁸⁾. Tale sistema consentiva di evitare il rischio di doppia imposizione interna. Per le aspirazioni operative del GEIE, un regime fiscale trasparente permette poi agli operatori di agire liberamente nel territorio comunitario, rimanendo ugualmente legati alle regole dell'ordinamento giuridico determinato dalla propria residenza fiscale⁽²⁴⁹⁾. Inoltre, presenta l'indubbio vantaggio di fornire una disciplina sufficientemente completa, senza dover intervenire in maniera incisiva sui sistemi tributari degli Stati Membri.

13.2. – I caratteri essenziali del GEIE nella disciplina nazionale: il d.lgs. n. 240 del 1991.

Nonostante il ricorso allo strumento del Regolamento, il legislatore comunitario aveva previsto l'intervento dei singoli legislatori nazionali per dare completa attuazione al GEIE.

⁽²⁴⁷⁾ In quanto avrebbe corso il rischio di creare una isola normativa omogenea fonte di distorsioni all'interno dei sistemi nazionali e di disparità di trattamento rispetto ad altre fattispecie associative, i cui tratti sarebbero invece rimasti inalterati. Cfr. M. B. PUOTI, *Profili fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)*, in *Rass. trib.*, 1992, pag. 43; A. NOVELLI, *Aspetti fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (G.E.I.E.) alla luce del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240: prime considerazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, pag. 992.

⁽²⁴⁸⁾ All'applicazione dei modelli di imposizione propri delle società di capitali ostavano principalmente due ordini di considerazioni: in primo luogo, il fatto che queste sono sempre dotate di personalità giuridica, il riconoscimento della quale al GEIE era invece un'opzione rimessa agli Stati Membri; in secondo luogo, il fatto che, dal punto di vista fiscale, prevedendo un simile sistema si sarebbe avuta come conseguenza la necessità di risolvere l'ulteriore problema della doppia imposizione sugli utili. Essi, infatti, sarebbero stati tassati, una prima volta, in capo al GEIE, poi, in seguito alla distribuzione, sarebbero stati tassati una seconda volta a carico dei partecipanti. Si sarebbero così dovuti applicare per ovviarvi sistemi quali il credito di imposta, ma correndo così il rischio di causare forti discrepanze e di decretare l'insuccesso del GEIE.

⁽²⁴⁹⁾ G. PETRELLA, M. GRASSANO, *Il regime fiscale del GEIE*, in *Massimario delle Commissioni Tributarie Milanesi*, 1999, pag. 6; P. PACITTO, *D.lg. 23 luglio 1991, n. 240 - Applicazione del Regolamento n. 85/2137/CEE relativo all' istituzione di un Gruppo europeo d' interesse economico - GEIE, ai sensi dell' art. 17 l. 29 dicembre 1990, n. 428. Commento degli artt. 11 (Imposte dirette) e 12 (Imposte indirette)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1992, pag. 1083, nota 5.

CAPITOLO TERZO

L'Italia vi ha dato attuazione, dopo alcuni iniziali tentennamenti ⁽²⁵⁰⁾, con la legge 9 marzo 1989, n. 86 detta "Legge La Pergola". In attuazione di questa legge quadro, il Parlamento ha approvato la prima legge comunitaria per il 1990 (Legge 29 dicembre 1990, n. 428) che all'art. 16 affidava al Governo il compito di legiferare in materia di GEIE indicando il contenuto della delega. In particolare, il Parlamento invitava il Governo a prendere posizione sulle opzioni riservate ai legislatori nazionali, quali l'attribuzione della personalità giuridica, la tenuta della contabilità, e in particolare di intervenire circa:

- a) l'adozione delle disposizioni necessarie per la disciplina fiscale del GEIE e la previsione dell'imputazione del relativo reddito a ciascun partecipante in ragione della quota di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla percezione, sia agli effetti dell'imposta personale dei redditi (IRPEF e IRPEG), sia agli effetti dell'imposta locale sui redditi (ILOR poi abrogata);
- b) l'armonizzazione del regime fiscale dei conferimenti nel GEIE con il sistema fiscale nazionale e degli altri Paesi della Comunità.

Il Consiglio dei Ministri ha adempiuto alla delega con i tredici sintetici articoli del d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240 ⁽²⁵¹⁾ che recuperano gli spazi di intervento concessi dal legislatore comunitario, esercitando le opzioni da questi lasciate.

Pur non essendosi il legislatore italiano avvalso della facoltà di attribuire personalità giuridica al gruppo, è pressoché ⁽²⁵²⁾ unanimemente riconosciuta la

⁽²⁵⁰⁾ Inizialmente, il compito di predisporre la regolamentazione attuativa fu affidato ad un'apposita Commissione istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia, sotto la direzione del prof. F. Di Sabato. Questa portò a termine il proprio compito con tempestività, intervenendo negli spazi lasciati dal legislatore Comunitario. Vi era una completa mancanza di riferimenti circa la tassazione diretta ed indiretta, l'unico riferimento era contenuto nella relazione di accompagnamento: si affermava che l'inderogabile principio di trasparenza fissato dal legislatore comunitario trovava già un precedente sul piano normativo interno nell'art. 5 t.u.i.r.. Si proseguiva denunciando l'esigenza di un apposito intervento normativo, nell'attesa si rinviava all'interprete la questione dell'inclusione del nuovo strumento tra le figure disciplinate dalla legislazione fiscale. La "Relazione e Schema di disegno di Legge sull'istituzione di un Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE) in attuazione del Regolamento 2137/85 CEE del Consiglio" datata 1° marzo 1989 non è però mai giunta alla discussione in Parlamento, determinando così l'arresto dei lavori e mettendo l'Italia in una situazione di inadempimento degli obblighi comunitari. *Amplius* M. NOTARI, *L'attuazione in Italia del Regolamento CEE sul gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in *Riv. soc.*, 1991, pag. 1906.

⁽²⁵¹⁾ Pubblicato nella Gazz. Uff. 5 agosto 1991, n. 182.

⁽²⁵²⁾ Chi nega, invece, la possibilità di riconoscergli soggettività giuridica, lo degrada ad una "sorta di ufficio o organo comune dei partecipanti, diverso comunque da un rappresentante perché agisce in nome proprio, nonché diverso da un mandatario perché gli effetti dei suoi atti ricadono direttamente nella sfera giuridica altrui". La ragione di tale impostazione si fonderebbe sul fatto che i soggetti di diritto non personificati dovrebbero essere dotati di tre requisiti: la capacità processuale, l'autonomia negoziale e l'autonomia patrimoniale. Al Gruppo, nominalmente, sarebbero attribuiti soltanto i primi due in virtù del disposto del summenzionato art. 1, comma 2, Regolamento n. 2137/85; l'esistenza di un fondo comune, invece, sarebbe una circostanza eventuale rimessa alla scelta delle parti. Così A. PIETROBON, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, pag. 61 dove L'AUTORE precisa che un ente giuridico può definirsi soggetto di diritti quando gode di capacità giuridica, negoziale e processuale, e dispone anche di un patrimonio proprio; puntualizza, però, che possedere la capacità di essere titolari di obbligazioni non significa solo idoneità a porre in essere un'obbligazione, ma anche essere tenuti all'adempimento ai sensi dell'art. 2740 cod. civ.. Perciò capacità giuridica e negoziale diventano il riflesso della titolarità di un patrimonio separato da quello dei componenti con cui adempiere alle obbligazioni.

possibilità di considerare il gruppo quale autonomo soggetto di diritto. Le ragioni che hanno portato alla scelta negativa sono di vario ordine; anche l'obbligo di applicare il principio di trasparenza ha pesato in tale scelta. L'attribuzione di personalità giuridica sarebbe stata in contrasto con il principio inderogabile di trasparenza fiscale *ex art. 40 Regolamento 2137/85 CEE* ⁽²⁵³⁾. Infatti, mediante il riconoscimento di personalità giuridica, il GEIE sarebbe stato considerato completamente soggetto *proprio iure* e avrebbe assunto rilevanza a fini fiscali. Si sarebbe giustificata l'applicazione dell'IRPEG alle attività del Gruppo, inteso *sic et simpliciter* ⁽²⁵⁴⁾, mentre il Regolamento poneva un obbligo di imputazione dell'attività, almeno per l'imposizione diretta, a carico esclusivamente dei membri.

Per ragioni di coerenza sistematica, il legislatore nazionale ha preferito escludere la personalità giuridica del GEIE assimilando concettualmente ad una società di persone.

Ferma questa opzione di fondo, comunque, dal punto di vista fiscale, il legislatore italiano ha cercato di attribuire al GEIE la massima autonomia evitando di operare tramite la tecnica del rinvio all'art. 5 t.u.i.r.

Per questo motivo è stato previsto l'art 11, comma 1, d.lgs. n. 240 del 1991 secondo cui "*Il GEIE non è soggetto all'imposta sul reddito delle persone fisiche, all'imposta sul reddito delle persone giuridiche e all'imposta locale sui redditi*". È stata così affermata la non soggettività passiva del GEIE ai fini IRPEF, IRPEG ed anche a fini ILOR, imposta poi abrogata e sostituita dall'IRAP tra le cui norme viene riconosciuta, all'art. 3, comma 2, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, l'assenza di soggettività passiva del Gruppo ai fini anche di questa imposta.

Il legislatore nazionale ha così limitato l'assimilazione del GEIE alle società di persone al solo piano concettuale, in quanto dal punto di vista pratico ha riservato al GEIE una trasparenza fiscale totale e perfetta ancor più ampia di quella delle società di persone ⁽²⁵⁵⁾. Queste ultime, infatti, sono trasparenti ai soli

L'obiezione principale mossa a questa ricostruzione si fonda sul fatto che l'assenza di fondo su cui i creditori possono rivalersi è perfettamente compensata dalla previsione, a carico dei membri, di una forma di responsabilità solidale ed illimitata per le obbligazioni di qualsiasi natura riferibili al Gruppo. A. FRIGNANI, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE): passato, presente e futuro*, in *Riv. dir. ind.*, 1989, pag. 37. Inoltre D. CORAPI, *Il Gruppo Europeo di Interesse Economico*, in *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, pag. 111 precisa che non si possono trarre argomenti a sfavore del riconoscimento di una propria soggettività dall'utilizzo del principio di trasparenza fiscale per il quale i risultati dell'attività comune vanno imputati ai membri. Esso, infatti, risulta già utilizzato nell'ordinamento italiano con riferimento alle società di persone della soggettività delle quali, invece, non si dubita affatto. Si sostiene anzi, che se il legislatore non avesse dettato tale principio ai fini dell'imposizione sul reddito, il Gruppo avrebbe avuto i requisiti minimi per essere considerato autonomo soggetto passivo di imposta. In senso conforme E. BELLI CONTARINI, *Il Gruppo europeo di interesse economico, struttura e aspetti fiscali*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, pag. 40.

⁽²⁵³⁾ V. SALAFIA, *Conclusioni, (Il Gruppo europeo di interesse economico - tavola rotonda)*, in *Le Società*, 1990, pag. 183.

⁽²⁵⁴⁾ U. I. A. STRAMIGNONI, *Il Geie: qualificazione giuridica e disciplina fiscale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, pag. 884.

⁽²⁵⁵⁾ A. LOVISOLO, *Profili fiscali del GEIE: prime considerazioni, (Relazione al convegno organizzato dall' IRI sul tema: "Il GEIE: Gruppo europeo di interesse economico"*, Roma, 12 ottobre 1989), in *Dir. prat. trib.*, 1989, pag. 1171.

fini delle imposte dirette e non anche ai fini IRAP il cui art. 3, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 446 del 1997 le annovera tra i soggetti passivi ⁽²⁵⁶⁾.

La trasparenza fiscale del GEIE risulta più ampia di quella delle società di persone anche se si sposta l'analisi sul piano internazionale. Non è trasparente solo il GEIE residente, ma anche il GEIE con sede in altri paesi dell'Unione Europea, che abbia attività in Italia o a cui partecipino residenti italiani. Il fatto che la trasparenza operi anche nei confronti di un GEIE non residente costituisce una deroga ai principi generali dell'ordinamento tributario nazionale, per il quale qualsiasi ente collettivo non residente, con o senza personalità giuridica (tra i quali pertanto sarebbe potuto rientrare il GEIE), è considerato soggetto passivo IRES (così l'art. 73, comma 1, lett. d), t.u.i.r.) ⁽²⁵⁷⁾.

Se la trasparenza del GEIE ha un campo di applicazione più ampio dell'omologo istituto nazionale, ciò nonostante, gli effetti che derivano dall'applicazione di tale meccanismo di tassazione sono i medesimi ⁽²⁵⁸⁾. Anche la soggettività tributaria del GEIE viene a distinguersi in soggettività in senso sostanziale e soggettività in senso formale. Al gruppo in quanto tale è riconosciuta soltanto la seconda ⁽²⁵⁹⁾. L'imposizione sui risultati di un GEIE passa quindi, prima, attraverso la determinazione dei profitti e delle perdite in modo unitario in capo al Gruppo, mediante l'assolvimento da parte di esso di una serie di obblighi contabili e fiscali, poi procede con la ripartizione proporzionale in capo ai singoli della risultante, e termina con la riscossione dell'imposta solo presso di questi. Conseguentemente, degli obblighi formali (tenuta delle scritture contabili e presentazione della dichiarazione) è responsabile unicamente il Gruppo assieme ai suoi amministratori ⁽²⁶⁰⁾, mentre la responsabilità degli obblighi sostanziali viene a ricadere solo sui membri, residenti in Italia e non, in capo ai quali sorgerà il debito

⁽²⁵⁶⁾ L'art. 116 t.u.i.r. allora vigente considerava soggetti passivi ILOR le persone fisiche, le società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplici e le società ed enti soggetti ad IRPEG ovunque residenti.

⁽²⁵⁷⁾ S. MAYR, *Il GEIE: prime considerazioni sugli aspetti fiscali italiani*, in *Corr. trib.*, 1991, pag. 2438; N. DOLFIN, *Profili tributari del trattamento del gruppo europeo di interesse economico (Geie)*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, pag. 755; M. B. PUOTI, *Profili fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)*, cit., pag. 46; C. C. CARLI, *Ora, anche in Italia il GEIE - L'ordinamento giuridico della Comunità europea ha il suo consorzio*, in *Il Fisco* 1991, pag. 5573; E. BLASIO, *Pianificazione fiscale internazionale*, Milano, 1992, pag. 5574.

⁽²⁵⁸⁾ C. C. CARLI, *Ora, anche in Italia il GEIE - L'ordinamento giuridico della Comunità europea ha il suo consorzio*, in *Il Fisco* 1991, pag. 5573; E. BLASIO, *Pianificazione fiscale internazionale*, Milano, 1992, pag. 5574.

⁽²⁵⁹⁾ P. PURI, *Gruppo europeo di interesse economico (GEIE), II) Diritto tributario*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1994, pag. 2; G. PETRELLA, M. GRASSANO, *Il regime fiscale del GEIE*, cit., pag. 8; C. C. CARLI, *Ora, anche in Italia il GEIE - L'ordinamento giuridico della Comunità europea ha il suo "consorzio"*, cit., pag. 5573; E. BLASIO, *Pianificazione fiscale internazionale*, cit., pag. 162.

⁽²⁶⁰⁾ Nel caso previsto dall'art. 11 comma 2, d.lgs. n. 240 del 1991 per cui è ammessa la possibilità che amministratore sia una persona giuridica, ai sensi del combinato disposto degli artt. 5 e 13 del decreto citato, l'eventuale responsabilità penale ricade sul rappresentante designato dalla società amministratrice; ai fini civilistici e patrimoniali è operante la responsabilità solidale della società amministratrice.

⁽²⁶⁰⁾ L. FIACCOLA, *GEIE: contabilità ed adempimenti fiscali*, in *Consulenza*, 1991, pag. 2955.

d'imposta ⁽²⁶¹⁾. Mentre per i soci residenti in Italia è evidente la sussistenza della potestà impositiva del legislatore italiano, per i soci non residenti si è dovuto introdurre una norma apposita. Così l'art. 11, comma 4, ultimo periodo, d.lgs. n. 240 del 1991 pone un criterio di territorialità ulteriore rispetto a quelli dell'art. 23 t.u.i.r. per effetto del quale "Ai fini dell'applicazione delle imposte nei confronti dei soggetti non residenti nel territorio dello Stato si considerano prodotti nel territorio stesso i redditi e le perdite imputati ai membri non residenti". Lo Stato italiano ha così affermato il proprio diritto a tassare anche i membri non residenti per i redditi che ritraggono dalla partecipazione ad un GEIE superando così il problema dell'inquadramento della partecipazione ad un GEIE all'interno dei casi dell'art. 23 t.u.i.r.. La partecipazione ad un GEIE, in relazione a tale articolo, sarebbe potuta essere ricondotta alla lettera e) o alla lettera g). Il criterio della lett. e), richiede la verifica della sussistenza in Italia di una stabile organizzazione del soggetto non residente; la partecipazione al GEIE, di per se stessa, non configura l'esistenza di una stabile organizzazione in quanto la sottoscrizione in Italia di un contratto di GEIE comporta solo l'assunzione di obblighi contrattuali e non lo svolgimento di un'attività con caratteri di fissità ⁽²⁶²⁾. Peraltro l'applicazione del criterio di cui alla lettera e) dell'art. 23 t.u.i.r. avrebbe risolto solo in modo parziale il problema della tassazione dei non residenti. La disposizione in esame sarebbe stata applicabile solo nel caso in cui il GEIE svolgesse attività commerciale riconducibile, dal punto di vista fiscale, all'attività di impresa. Il GEIE può, invece, svolgere un più ampio ventaglio di attività.

Parimenti non avrebbe potuto trovare applicazione il criterio di cui alla lett. g) del menzionato art. 23 che riconosce la potestà impositiva dello Stato italiano sui redditi imputabili a soci, associati o partecipanti non residenti, delle società di cui all'art. 5 t.u.i.r.. in quanto il regime di trasparenza del GEIE è di derivazione comunitaria e l'assimilazione tra la trasparenza di cui all'art. 5 t.u.i.r. e quella di cui all'art. 11 d.lgs. n. 240 del 1991 non è, come dimostrato in precedenza, piena. È stato, quindi, ritenuto ⁽²⁶³⁾ sistematicamente preferibile introdurre un nuovo ed autonomo criterio di collegamento per stabilire la sussistenza della potestà impositiva dello Stato italiano.

13.3. – Le ragioni dell'applicazione del principio di trasparenza.

Analizzati i caratteri essenziali del GEIE nel contesto della disciplina comunitaria e in quella nazionale, pare potersi ritenere che, anche in ottica nazionale, il regime di trasparenza fiscale risulta quello più coerente con le finalità dell'istituto ⁽²⁶⁴⁾. Tale conclusione trova conforto nell'analisi della struttura di tale ente e nella funzione mutualistica che esso è deputato a perseguire che ne fa uno strumento da utilizzare per il mero coordinamento organizzativo – produttivo dei membri (art. 3, Regolamento n. 2137/85). Se, infatti, il Gruppo deve essere

⁽²⁶¹⁾ M. B. PUOTI, *Profili fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)*, cit., pag. 5.

⁽²⁶²⁾ A. NOVELLI, *Aspetti fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (G.E.I.E.) alla luce del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240: prime considerazioni*, cit., pag. 1008 nota 52.

⁽²⁶³⁾ A. NOVELLI, *Aspetti fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (G.E.I.E.) alla luce del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240: prime considerazioni*, cit., pag. 1010.

⁽²⁶⁴⁾ G. A. TEDESCHI, G. TORNO, *GEIE, Gruppo europeo di interesse economico, diritto e fiscalità del primo strumento associativo comunitario*, cit., pag. 73.

CAPITOLO TERZO

adoperato dai partecipanti a proprio immediato e diretto vantaggio, ne deriva che essi devono, in via altrettanto diretta, sostenere le spese necessarie per l'attività, e tra queste anche quelle fiscali. Inoltre, la trasparenza risulta il sistema coerente con quanto previsto dall'art. 21, Regolamento n. 2137/85 secondo cui “*i profitti risultanti dalle attività del gruppo sono considerati come profitti dei membri e ripartiti tra questi ultimi secondo la proporzione prevista nel contratto di gruppo o, nel silenzio del contratto, in parti uguali*”.

La scelta per l'applicazione del principio di trasparenza appare, nella prospettiva italiana, perfettamente coerente con la struttura e le modalità operative del GEIE. Detto meccanismo trova, infatti, ragione d'essere, prima che nella mancanza di personalità giuridica di tale ente, nella piena riconducibilità dell'attività svolta ai soci stessi e non al GEIE di cui i menzionati artt. 21 (relativo all'imputazione degli eventuali profitti) e 24 (relativo al regime di responsabilità per le obbligazioni sociali) sono sintomatici.

La scelta di non attribuire personalità giuridica a tale ente risulta coerente con l'impostazione nazionale. Merita però segnare che relativamente a questo aspetto con il d.lgs. n. 240 del 1991 è stato compiuto un percorso inverso rispetto a quello ordinario. Se la trasparenza delle società di persone trova la propria giustificazione anche nella mancanza di attribuzione di personalità giuridica a tale enti, nel GEIE, nella scelta di non attribuire personalità giuridica, ha inciso la necessità di adottare il regime di trasparenza. In questa ipotesi, il diritto civile è stato condizionato dal diritto tributario.

Questa inversione del normale svolgersi del ragionamento giuridico è giustificata dalla matrice comunitaria dell'istituto in esame e dalla necessità (politica) delle istituzioni comunitarie di conciliare diverse esperienze giuridiche⁽²⁶⁵⁾. Il Gruppo Europeo di Interesse Economico trova le proprie origine nel *Groupement d'intérêt économique (GIE)* del diritto francese⁽²⁶⁶⁾ cui tale ordinamento attribuisce personalità giuridica ed applica lo schema della trasparenza⁽²⁶⁷⁾. Come chiarito in precedenza, il legislatore comunitario, quanto alla questione della personalità giuridica, ha dovuto tollerare differenze nei sistemi

⁽²⁶⁵⁾ Al momento dell'introduzione del GEIE, Hanno riconosciuto personalità giuridica al GEIE i seguenti Stati:

PAESE	ATTRIBUZIONE DI PERSONALITÀ GIURIDICA
Italia	No
Belgio	Sì
Danimarca	Sì
Francia	Sì
Germania	No
Grecia	No
Irlanda	Sì
Inghilterra	Sì
Lussemburgo	No
Olanda	Sì
Portogallo	No
Spagna	Sì

C. C. CARLI, *Ora, anche in Italia il GEIE - L'ordinamento giuridico della Comunità europea ha il suo consorzio*, cit., pag. 5573; E. BLASIO, *Pianificazione fiscale internazionale*, cit., pag. 5574.

⁽²⁶⁶⁾ A. MONGIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico*, cit., pag. 18.

⁽²⁶⁷⁾ J. GROCLAUDE, P. MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte - Le procedure*, cit., pag. 207.

nazionali. Esempio ne sia la circostanza che mentre il legislatore italiano ha ritenuto di non attribuirgli personalità giuridica, il legislatore francese, in analogia con il *GIE*, attribuisce personalità giuridica al GEIE e lo considera fiscalmente trasparente. Come chiarito in precedenza, è pienamente tollerato nel sistema francese l'applicazione del principio di trasparenza a enti cui è riconosciuta personalità giuridica.

Da tali brevi osservazioni si ricava, quindi, che a livello di legislazioni europee non sussiste una corrispondenza tra tassazione per trasparenza e personalità giuridica. Il legislatore comunitario ha dovuto prendere atto di tale circostanza ed effettuare una scelta che il legislatore italiano ha cercato di applicare senza traumi per il sistema nazionale.

Il GEIE quale esempio di applicazione del regime di tassazione per trasparenza su base legale consente di confermare che il ridetto regime risulta applicabile a enti di tipo associativo connotati da una forte vocazione personalistica l'attività dei quali è direttamente riconducibile a quella dei membri che li compongono.

14. – IL SUPERAMENTO DELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI PERSONE: LA LEGGE FINANZIARIA PER IL 2001.

Oltre che al Regolamento n. 2137/85, prima di procedere all'analisi della legislazione italiana si devono segnalare ulteriori suggerimenti del legislatore comunitario.

Nel processo di armonizzazione fiscale ⁽²⁶⁸⁾ che le istituzioni comunitarie, ed in particolare la Commissione, sono chiamate a svolgere, queste si sono più volte occupate dei modelli di tassazione delle società. Nel raggiungimento di un'effettiva unione economica o monetaria la variabile fiscale è stata considerata elemento assolutamente rilevante e diffusamente analizzata e, in questo contesto, anche i modelli di tassazione delle società di persone sono stati oggetto di analisi. A questo proposito, si deve allora segnalare il c.d. rapporto Burke del 1980 [Comunicazione della Commissione COM/80/139, *Rapporto sulle prospettive di convergenza dei regimi fiscali nella Comunità* proposto dal Signor. R. Burke, membro della Commissione ⁽²⁶⁹⁾], con il quale la Commissione, delineando un pacchetto di misure ritenute utili per favore la realizzazione del mercato comune e l'eliminazione delle relative barriere fiscali, suggeriva l'opportunità di consentire alle società di persone la possibilità di optare per la disciplina dell'imposta di società così da evitare differenze nei due modelli societari.

Anche a livello comunitario la trasparenza delle società di persone non è stata, quindi, considerata un dogma ineliminabile, bensì è stata considerata un elemento distorsivo della concorrenza. Sono soprattutto ragioni economiche che hanno suggerito alla Commissione le conclusioni appena menzionate; il rapporto Burke, infatti, suggerisce di equiparare fiscalmente le società di persone alle società di capitali per annullare le differenze che derivano dal modello societario

⁽²⁶⁸⁾ G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, in *Enc. Dir., Annali I*, Milano, 2007, pag. 399.

⁽²⁶⁹⁾ Ne riferisce ASSONIME, *La politica di armonizzazione fiscale della Comunità economica europea. Quaderno n. XXXVII dell'Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime)*, Roma, 1982, pag. 38.

adottato così da consentire agli operatori economici di agire sul mercato europeo in condizioni di parità.

Pur non essendo tale comunicazione stata trasformata in provvedimenti vincolanti, non può darsi atto che, anche a livello comunitario, il principio della tassazione per trasparenza delle società di persone è stato ritenuto superabile.

Le istituzioni comunitarie sono poi tornate sul punto con la Raccomandazione n. 94/390/CE ⁽²⁷⁰⁾ della Commissione, del 25 maggio 1994, riguardante la tassazione delle piccole e medie imprese ⁽²⁷¹⁾. Qui la Commissione, dopo aver analizzato i sistemi impositivi dei vari stati ⁽²⁷²⁾,

⁽²⁷⁰⁾ Ne riferisce P. ROSSI MACCANICO, *Riforma del sistema fiscale statale: prospettive della tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 3047.

⁽²⁷¹⁾ In G.U.C.E. n. L 177 del 09/07/1994 pag. 0001 – 0019.

⁽²⁷²⁾ La situazione osservata dalla Commissione è la seguente: *“La tassazione delle imprese è generalmente funzione della loro forma giuridica, più che della loro dimensione. Nel caso delle imprese individuali, la tassazione dei redditi dell’impresa non è distinta da quella dei redditi dell’imprenditore, e si effettua nel quadro dell’imposta sul reddito delle persone fisiche. Le società di persone sono generalmente tassate secondo i principi della trasparenza fiscale: gli utili imponibili sono imputati a ciascun socio proporzionalmente ai suoi diritti, a prescindere dalla effettiva percezione degli utili stessi. Di fatto, le condizioni di tassazione delle società di persone sono molto simili a quelle delle imprese individuali. Tuttavia in taluni Stati membri tali società sono o assoggettate de facto all’imposta sulle società, se la loro attività è industriale o commerciale (Belgio, Spagna), oppure possono optare (Francia) per il regime fiscale previsto per le società di capitali. Nel caso delle società di capitali, l’imposta sulle società colpisce gli utili realizzati dalla società stessa. In linea di principio, gli azionisti e i soci sono tassabili soltanto per gli utili ad essi distribuiti”*.

Sono poi elencate alcune misure applicati da taluni Stati Membri: *“In Danimarca, un imprenditore individuale può, ogni anno, scegliere di essere tassato in base all’aliquota dell’imposta sulle società per i redditi mantenuti nell’impresa. Da notare ugualmente che nell’ambito di questo regime particolare in vigore dal 1987 (special business arrangement o «business rules»), viene operata una distinzione, quanto alla natura dei redditi prelevati dall’imprenditore, fra redditi di capitale e redditi «salariati». La parte del reddito di capitale, determinata applicando all’attivo netto dell’impresa il tasso di rendimento obbligatorio medio dell’anno, beneficia del trattamento fiscale privilegiato dei dividendi, applicato tradizionalmente ai redditi azionari. I redditi salariali, ossia i redditi prelevati dall’imprenditore in aggiunta alla remunerazione del capitale, sono tassati in base alle aliquote progressive dell’imposta sui redditi. Questo metodo utilizzato da circa 130000 imprese permette di raggiungere una parità di trattamento fiscale tra imprese individuali, società di persone e società di capitali per i redditi mantenuti nell’impresa, poiché questi sono tassati alla stessa aliquota del 34%, stabilita per l’imposta sulle società. La Norvegia e la Svezia applicano a loro volta regimi di concezione relativamente analoga a quella del sistema danese. La contropartita di questa disposizione fiscale è che essa implica maggiori oneri amministrativi, specie di ordine contabile, per le imprese che hanno scelto l’opzione. In Grecia, la riforma fiscale del giugno 1992 ha introdotto un meccanismo simile per le imprese costituite in forma di società in norme collettivo, società in accomandita o società a responsabilità limitata, che erano assoggettate fino ad allora all’aliquota progressiva dell’imposta sul reddito che varia dal 5% al 40%. Ormai gli utili di tali società sono tassati in base all’aliquota unica del 35% (come per le società per azioni), previa detrazione della remunerazione dei soci o degli amministratori, persone fisiche che detengono almeno un terzo delle quote della società. Questa remunerazione, sia essa effettivamente prelevata o no, è valutata forfettariamente al 50% del reddito netto della società e tassata in capo al socio o all’amministratore a titolo dell’imposta sul reddito delle persone fisiche. Questa riforma presenta il vantaggio di offrire la neutralità di trattamento fiscale degli utili reinvestiti dalle imprese costituite nelle suddette forme giuridiche. Va ugualmente notato che la Germania ha introdotto dal 1° gennaio 1994 una norma che evita la progressività dell’imposta sul reddito gravante sugli utili delle imprese individuali e delle società di persone, limitando l’aliquota marginale massima dell’imposta al 47% per questa categoria di redditi. Continuerà invece ad applicarsi, se del caso,*

osservava che le modalità di tassazione delle imprese individuali e delle società di persone (assoggettate generalmente all'imposta, normalmente di tipo progressivo, sul reddito delle persone fisiche) costituiscono un freno allo sviluppo della capacità di autofinanziamento di queste imprese e, in un contesto economico in cui l'accesso al finanziamento esterno tende a ridursi, limita la loro capacità di investimento. Differenze nella struttura delle aliquote dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e dell'imposta sulle società sono considerate una fonte di distorsione della concorrenza tra imprese mentre è stato ritenuto auspicabile promuovere una maggiore neutralità fiscale almeno per quanto riguarda gli effetti dei regimi impositivi sugli utili reinvestiti delle imprese e dunque sulla capacità di autofinanziamento di queste ultime. La Commissione, allora, invitava gli Stati *“ad adottare qualsiasi iniziativa tendente a correggere gli effetti dissuasivi dei sistemi fiscali attuali nei riguardi dell'autofinanziamento delle imprese individuali e delle società di persone. Una maggiore equità nel trattamento fiscale degli utili accantonati/reinvestiti da tali imprese, offrendo loro la possibilità di migliorare la propria capacità di autofinanziamento e di rafforzare la propria situazione finanziaria, dovrebbe metterle in grado, da un lato, di resistere meglio alle difficoltà che incontrano abitualmente le PMI specie nella fase bassa dei cicli economici e, dall'altro, di approfittare al massimo, grazie ad una migliore capacità di investimento, delle situazioni di ripresa dell'attività economica (recovery). Tali iniziative avrebbero inoltre il merito di offrire alle imprese una vera libertà di scelta tra le forme giuridiche a loro disposizione per l'esercizio della propria attività, essendo attenuata l'incidenza del fattore fiscale al momento della scelta”*

Più dettagliatamente l'art. 1 della Raccomandazione si affermava che *“Gli Stati membri sono invitati ad adottare le necessarie misure fiscali atte a correggere gli effetti dissuasivi della progressività dell'imposta sul reddito gravante sulle imprese individuali e sulle società di persone per quanto concerne gli utili reinvestiti. Essi considerano in particolare le possibilità:*

- a) di attribuire a questo titolo a tali imprese e società il diritto di optare per l'imposta sulle società e/o;*
- b) di limitare l'onere fiscale gravante sugli utili reinvestiti ad una aliquota comparabile a quella dell'imposta sulle società”.*

La Commissione europea ha così di nuovo insistito sulla possibilità di concedere alle società di persone di optare per essere tassate in modo analogo alle società di capitali. Tuttavia, anche la Raccomandazione n. 94/390/CE non è stata tradotta in un atto vincolante.

Indipendentemente dalle suggestioni comunitarie ed a lunga distanza di tempo, anche il legislatore italiano si è interrogato sul punto ⁽²⁷³⁾ ed a preso

alla totalità degli altri redditi imponibili dei contribuenti l'aliquota massima del 53%. Il divario fra l'aliquota dell'imposta sulle società [45% sugli utili non distribuiti] e quella dell'imposta sul reddito delle imprese non costituite in società di capitali (47%) sarà ormai soltanto di 2 punti mentre sarebbe stato quattro volte superiore in assenza di questo plafond. Questa misura, pur collocandosi in una concezione differente da quella adottata in Grecia e in Danimarca nel senso che si applica a tutti i redditi, distribuiti e reinvestiti, delle imprese interessate, è la riprova nondimeno di una volontà identica di limitare le differenze di trattamento fiscale tra gli utili reinvestiti delle società di capitali e quelli delle imprese individuali e delle società di persone”.

⁽²⁷³⁾ R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 128 ricorda che si occupò del problema *“la Commissione dei Trenta, la quale nel parere sullo*

CAPITOLO TERZO

adeguati provvedimenti. Ci si riferisce alla Legge Finanziaria per il 2001 (legge 23 dicembre 2000, n. 388) il cui art. 9 ⁽²⁷⁴⁾ introduceva un regime facoltativo di tassazione dei redditi di impresa degli imprenditori individuali e delle società di persone alternativo a quello ordinario in attuazione delle previsioni della delega di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), della legge 13 maggio 1999, n. 133 ⁽²⁷⁵⁾.

*schema di T.U.I.R. invitò il Governo a valutare l'opportunità di un'iniziativa legislativa diretta ad equiparare il regime delle società di persone a quelle di capitali «in quanto il regime di imputazione dei redditi desta perplessità di ordine costituzionale». Il legislatore delegato ha tuttavia ritenuto di conservare il principio di trasparenza». In precedenza cfr. G. FALSITTA, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d'impresa nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 119.*

⁽²⁷⁴⁾ L'articolo appena menzionato così disponeva:

1. *Il reddito d'impresa degli imprenditori individuali, determinato ai sensi dell'articolo 52 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, può essere escluso dalla formazione del reddito complessivo di cui all'articolo 8 del medesimo testo unico e assoggettato separatamente all'imposta sul reddito delle persone fisiche secondo le disposizioni dei commi successivi.*
2. *L'imposta è commisurata al reddito di cui al comma 1 con l'aliquota prevista dall'articolo 91 del citato testo unico delle imposte sui redditi, come modificato dalla presente legge; si applicano le disposizioni dell'articolo 1 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 466, come modificato dalla presente legge, e dell'articolo 91-bis del citato testo unico.*
3. *omissis.*
4. *omissis.*
5. *Il regime di cui al comma 1 è applicato su opzione revocabile. L'opzione e la revoca sono esercitate nella dichiarazione dei redditi e hanno effetto a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello cui si riferisce la dichiarazione.*
6. *omissis.*
7. *Gli utili dei periodi d'imposta nei quali è applicato il regime di cui al comma 1, se prelevati dal patrimonio dell'impresa, costituiscono per l'imprenditore redditi ai sensi dell'articolo 41, comma 1, lettera e), del citato testo unico delle imposte sui redditi e per essi spetta il credito d'imposta secondo i criteri dell'articolo 14 di detto testo unico, come modificato dalla presente legge; omissis.*
8. *Le somme trasferite dal patrimonio dell'impresa a quello personale dell'imprenditore, al netto delle somme versate nello stesso periodo d'imposta, costituiscono prelievi degli utili dell'esercizio in corso e, per l'eccedenza, di quelli degli esercizi precedenti. L'importo che supera il patrimonio si considera prelievo degli utili dei periodi d'imposta successivi, da assoggettare a tassazione in tali periodi.*
9. *omissis.*
10. *Per le imprese familiari, le disposizioni dei commi da 7 a 9 si applicano al titolare dell'impresa e ai collaboratori in proporzione alle quote di partecipazione agli utili determinate secondo le disposizioni del comma 4 dell'articolo 5 del citato testo unico delle imposte sui redditi.*
11. *Le disposizioni dei commi da 1 a 9 si applicano, su opzione, anche alle società in nome collettivo e in accomandita semplice. In tale caso, dette società sono considerate soggetti passivi d'imposta assimilati alle società di cui all'articolo 87, comma 1, lettera a), del citato testo unico delle imposte sui redditi e ad esse si applicano, in quanto compatibili, le relative disposizioni.*
12. *omissis.*

⁽²⁷⁵⁾ L'art. 2, legge n. 133 del 1999 delegava, tra le altre cose, il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi aventi ad oggetto la modifica delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi applicabili alle imprese individuali e alle società di persone, in regime di contabilità ordinaria, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

- a) *tassazione separata, con aliquota allineata a quella prevista per le persone giuridiche, della parte dei redditi d'impresa soggetta al regime di cui all'articolo 5, comma 2, primo periodo, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 466, e assoggettamento all'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) dei residui redditi di impresa, eccedenti la predetta parte;*

Tale delega aveva come oggetto la riforma della disciplina fiscale dei redditi di impresa, delle imprese individuali e delle società di persone in contabilità ordinaria e doveva essere esercitata entro il 18 novembre 2000. Tra i criteri direttivi era appunto inserita la previsione in base alla quale, per i periodi d'imposta successivi a quello in corso alla data del 1° gennaio 2000, si sarebbe dovuta riconoscere alle società di persone la facoltà di richiedere l'assoggettamento ad imposta proporzionale, con applicazione dello stesso regime previsto per le persone giuridiche e l'assoggettamento all'IRPEF dei redditi corrisposti dall'impresa all'imprenditore, ai collaboratori familiari e ai soci, con applicazione del credito di imposta per l'imposta assolta dall'impresa.

Pur non essendo esplicitate nella relazione di accompagnamento al disegno di legge le finalità che si intendeva perseguire con la riforma in esame, si ritiene che alla base di tale scelta vi fosse l'esigenza di perequazione del trattamento fiscale dei redditi d'impresa⁽²⁷⁶⁾. Obiettivo di tale riforma era, quindi, eliminare una discriminazione qualitativa nelle modalità di tassazione del reddito di impresa basata non sulla natura del reddito, bensì sulla forma giuridica del soggetto esercente attività di impresa⁽²⁷⁷⁾.

Al momento della introduzione di tale opzione, il panorama legislativo che si offriva agli operatori economici era il seguente. In sintesi, il trattamento tributario riservato alle società di persone ed alle ditte individuali era così articolato:

- il prelievo sul reddito d'impresa avveniva per trasparenza per cui non veniva fatta distinzione tra imposizione sull'impresa, per gli utili rimasti investiti in azienda, e imposizione in capo all'imprenditore individuale, ai collaboratori familiari, ai coniugi dell'azienda coniugale non gestita in forma societaria e ai soci delle società di persone, per gli utili effettivamente distribuiti;
- sull'intero utile veniva ad incidere la progressività delle aliquote IRPEF;
- ai fini dell'allora vigente *Dual Income Tax* (c.d. DIT) (che trovava applicazione in presenza di un regime di contabilità ordinaria per natura o per opzione irrevocabile) rilevava l'incremento del patrimonio esistente alla fine del periodo d'imposta, al netto del solo utile dell'esercizio.

Invece, l'applicazione dell'allora vigente Imposta sul Reddito della Persone Giuridiche (IRPEG) comportava a carico delle società di capitali la seguente situazione:

-
- b) previsione, per i periodi di imposta successivi a quello in corso alla data del 1° gennaio 2000, della facoltà per il contribuente di richiedere:
- 1) la separazione dell'imposizione sui menzionati soggetti da quella dell'imprenditore, dei collaboratori familiari e dei soci;
 - 2) l'assoggettamento del reddito di impresa ad imposta proporzionale, con applicazione dello stesso regime previsto per le persone giuridiche;
 - 3) l'assoggettamento all'imposta sul reddito delle persone fisiche dei redditi corrisposti dall'impresa all'imprenditore, ai collaboratori familiari e ai soci, con applicazione del credito di imposta per l'imposta assolta dall'impresa.

⁽²⁷⁶⁾ G. FERRANTI, *Imprese individuali e società personali: le novità della prossima Finanziaria*, in *Corr. Trib.*, 2000, pag. 3202.

⁽²⁷⁷⁾ S. CAPOLUPO, *Tassazione del reddito d'impresa con aliquota proporzionale*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 3811; G. FERRANTI, *Tassazione con aliquota proporzionale: i primi chiarimenti ministeriali*, in *Corr. trib.*, 2001, pag. 339.

- gli utili non distribuiti erano gravati da un'aliquota proporzionale del 37 per cento;
- l'aliquota del 37 per cento era abbattuta al 19 per cento per effetto della DIT per la quota parte di utile che rappresentava la remunerazione ordinaria dell'incremento del capitale investito nell'impresa.
- gli utili distribuiti erano assoggettati all'IRPEF in capo ai soci persone fisiche.

Contemporaneamente, sul fronte del diritto societario era stato introdotto l'istituto della società a responsabilità limitata con unico socio ad opera del d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 17 della legge comunitaria 19 febbraio 1992, n. 142. La società unipersonale rappresentava e rappresenta una forma di gestione imprenditoriale che consente al socio di tenere separato il capitale investito nell'impresa dal patrimonio personale (esposto alle richieste dei creditori "personali" del socio medesimo) e di limitare la sua responsabilità al menzionato capitale. Tale istituto consentiva così alle persone fisiche di scegliere tra applicazione dell'IRPEF e quella dell'IRPEG per l'imposizione del reddito d'impresa prodotto. A seconda della forma giuridica prescelta, ne derivava, pertanto, una sostanziale disparità di trattamento ai fini fiscali ⁽²⁷⁸⁾.

L'attribuzione agli imprenditori individuali ed alle società di persone delle opzioni per la tassazione separata ed autonoma del reddito di impresa consentiva un prelievo neutrale rispetto alla forma giuridica, consentiva, inoltre, di mantenere separata l'imposizione sulle imprese da quella sui soci, sugli imprenditori e collaboratori familiari, gravando quest'ultima solo sugli importi effettivamente percepiti.

Come rilevato nella relazione al disegno di legge, l'impresa commerciale esercitata in forma individuale e le società di persone venivano configurate come soggetti autonomi rispetto all'imprenditore e ai soci. Indipendentemente dalla forma giuridica dell'impresa, la riforma prevedeva che venisse assoggettato ad IRPEF a tassazione ordinaria il solo reddito distribuito, mentre tutto l'utile non distribuito veniva assoggettato separatamente all'IRPEF con la stessa aliquota prevista ai fini dell'IRPEG.

Sotto l'aspetto soggettivo, oltre alle persone fisiche, l'imposizione separata si applicava testualmente alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice ⁽²⁷⁹⁾ ed alle imprese familiari. Tuttavia il campo di applicazione della tassazione per trasparenza ad opera del comma 3 dell'art. 5 t.u.i.r. ⁽²⁸⁰⁾ doveva considerarsi esteso anche alle società di fatto e alle società di armamento per

⁽²⁷⁸⁾ G. FERRANTI, *Imprese individuali e società personali: le novità della prossima Finanziaria*, cit., pag. 3202.

⁽²⁷⁹⁾ L'esclusione delle società semplice è dovuta alla circostanza che, ai sensi della normativa civilistica, tali società non possono esercitare attività commerciale e, quindi, dal punto di vista tributario, produrre reddito di impresa. Come chiarito in precedenza, invece, le disposizioni in esame mirano a superare le differenze nella tassazione proprio del reddito di impresa.

⁽²⁸⁰⁾ Detta disposizione stabilisce che ai fini delle imposte sui redditi:

- a) le società di armamento sono equiparate alle società in nome collettivo o alle società in accomandita semplice secondo che siano state costituite all'unanimità o a maggioranza;
- b) le società di fatto sono equiparate alle società in nome collettivo o alle società semplici secondo che abbiano o non abbiano per oggetto l'esercizio di attività commerciali.

ragioni di ordine sistematico. L'articolo da ultimo menzionato realizza, infatti, un'equiparazione tra detti modelli societari.

L'applicazione del regime in esame era condizionata all'esercizio di specifica opzione che, nell'ipotesi di società di persone, doveva essere esercitata dalla società in quanto tale. Ciò avrebbe potuto offrire il destro ai soci di maggioranza per eventuali abusi in quanto questi, sulla base della loro personale situazione, avrebbero potuto scegliere il regime fiscale più adatto alle loro esigenze. Né veniva previsto alcun meccanismo correttivo o compensativo di eventuali svantaggi che i soci dissenzienti avrebbero potuto subire. Tale criticità (presente anche negli attuali artt. 115 e 116 t.u.i.r.) rappresenta una conseguenza naturale ed ineliminabile del principio maggioritario che connota il funzionamento degli enti associativi. L'unica tutela riconosciuta ai soci dissenzienti si sarebbe potuta avere nel caso in cui l'esercizio dell'opzione avesse configurato un abuso sanzionabile secondo le regole del diritto comune.

Dall'esercizio dell'opzione conseguiva, come chiarito, l'assimilazione dei soggetti indicati nell'art. 5 t.u.i.r. alle società di capitali e, conseguentemente, l'applicazione loro delle disposizioni dettate dal Testo Unico per quelle di capitali. Ciò comportava l'applicazione non solo delle disposizioni previste per le società di capitali in tema di determinazione del reddito di impresa, ma anche la trasformazione del reddito prelevato dal socio in reddito di capitale. Infatti, dopo aver fissato, al comma 1, il principio secondo cui il reddito d'impresa degli imprenditori individuali può essere escluso dalla formazione del reddito complessivo ed assoggettato separatamente all'imposta sul reddito delle persone fisiche con la medesima aliquota prevista per i soggetti IRPEG, l'art. 9, comma 7, della stessa legge Finanziaria 2001 prevede che gli utili dei periodi d'imposta nei quali è applicato lo speciale regime di tassazione separata con aliquota proporzionale, se prelevati dal patrimonio dell'impresa, costituiscono per l'imprenditore redditi di capitale, ai sensi dell'allora vigente art. 41 (ora art. 44), comma 1, lett. e), t.u.i.r..

Venendo riservato agli utili prelevati dall'imprenditore individuale il medesimo trattamento fiscale degli utili distribuiti ai soci delle società soggette ad IRPEG, ne conseguiva che essi erano tassati in capo al percipiente solo in caso di loro distribuzione, con il riconoscimento del credito d'imposta per le imposte pagate dall'impresa individuale. A tal fine l'impresa doveva memorizzare le imposte da utilizzare per l'attribuzione del credito d'imposta, ordinario o limitato, secondo le disposizioni degli articoli 105, 105-bis e 106-bis t.u.i.r. allora vigenti.

Ne derivava, infine, che gli stessi andavano dichiarati dal socio nel periodo d'imposta in cui erano stati percepiti e concorrevano alla formazione del reddito complessivo in base al principio di cassa scontando le relative aliquote.

A completamento di tale regime, il comma 8 della medesima disposizione prevedeva che le somme trasferite dal patrimonio dell'impresa a quello personale dell'imprenditore, al netto delle somme versate nello stesso periodo d'imposta, costituissero prelievi degli utili dell'esercizio in corso e, per l'eccedenza, di quelli degli esercizi precedenti, mentre l'importo che avesse superato il patrimonio, si sarebbe dovuto considerare prelievo degli utili dei periodi d'imposta successivi, da assoggettare a tassazione in tali periodi. Al riguardo appariva chiara, sin da una prima lettura delle disposizioni richiamate, la preoccupazione del legislatore di differenziare nettamente il regime di tassazione delle somme prelevate dal

patrimonio d'impresa ad opera degli imprenditori individuali, dal regime di tassazione delle somme distribuite, ai propri soci, dai soggetti IRPEG⁽²⁸¹⁾. Infatti, mentre l'art. 41, lett. e), t.u.i.r. prevedeva che costituissero redditi di capitale i (soli) utili derivanti dalla partecipazione in società ed enti soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche, il comma 1 del successivo art. 44 t.u.i.r., come allora vigente, qualificava quali redditi di capitale anche le somme e i beni ricevuti dai soci delle società soggette all'imposta sul reddito delle persone giuridiche a titolo di ripartizione di somme di ogni tipo diverse da quelle provenienti dalla riduzione di riserve o altri fondi costituiti con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione esenti da imposta. Per tale via, venivano ripresi a tassazione, in capo ai soci delle società soggette all'imposta sul reddito delle persone giuridiche, anche le somme distribuite da queste ultime per un titolo diverso da quello consistente nella ripartizione di utili⁽²⁸²⁾. Tale scelta si giustificava per la "diffidenza"⁽²⁸³⁾ del legislatore di introdurre, nei confronti dell'imprenditore individuale e delle società di persone disposizioni di tenore analogo a quelle di cui all'art. 44, comma 1, t.u.i.r. e per sancire la rilevanza reddituale, in capo ai soci, del prelievo di somme di denaro eccedenti l'utile civilistico dell'esercizio. Si trattava, infatti, di somme che, in virtù della nota "promiscuità"⁽²⁸⁴⁾ tra patrimonio d'impresa e patrimonio privatistico dell'imprenditore individuale, potevano essere prelevate in gran parte in corso d'esercizio, quando l'ammontare degli utili era indefinito. L'indiscriminata ricomprensione, tra le fattispecie produttive di redditi di capitale, del prelievo di somme destinate, in gran parte, ad essere riconferite nel patrimonio d'impresa avrebbe, pertanto, potuto essere lesiva del principio di capacità contributiva.

Infine, coerentemente con i principi normativi che informavano la disciplina sostanziale in commento, secondo cui la tassazione del reddito dell'impresa individuale e delle società di persone era equiparata a quella delle società di capitali, il comma 6 prevedeva che, ai fini dell'accertamento del maggior reddito dei soggetti sopra indicati, fossero applicabili le disposizioni di cui all'art. 40, comma 1, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 relative alla rettifica delle dichiarazioni presentate dai soggetti IRPEG, con la conseguenza che l'eventuale maggior reddito accertato veniva imputato all' "impresa – contribuente" ed assoggettata all'imposta da questa dovuta. L'impresa individuale e la società di

⁽²⁸¹⁾ J. BLOCH, L. SORGATO, *Il nuovo regime di tassazione con aliquota proporzionale*, in *Corr. trib.*, 2001, pag. 182; B. IANNIELLO, *Legge finanziaria per il 2001 – Il commento*, in *Le Società*, 2001, pag. 239.

⁽²⁸²⁾ Ipotizzano J. BLOCH, L. SORGATO, *Il nuovo regime di tassazione con aliquota proporzionale*, cit., pag. 182, il caso in cui, in assenza di utili distribuibili, vengano ripartite ai soci somme di denaro ottenute mediante l'accensione di un finanziamento (per un controvalore nettamente superiore al costo storico dell'immobile ipotecato), garantito dall'ipoteca iscritta su di un immobile allocato, in bilancio, ad un valore nettamente inferiore al prezzo di mercato. Si tratta di un fenomeno del tutto irrilevante in capo al soggetto d'impresa e rilevante, quale fattispecie produttiva di redditi di capitale, solo in capo ai soci di società di capitali e non anche in capo ai soci di società personali, ovvero in capo agli imprenditori individuali.

⁽²⁸³⁾ J. BLOCH, L. SORGATO, *Il nuovo regime di tassazione con aliquota proporzionale*, cit., pag. 182.

⁽²⁸⁴⁾ J. BLOCH, L. SORGATO, *Il nuovo regime di tassazione con aliquota proporzionale*, in *Corr. Trib.*, 2001, pag. 182.

persone che optavano per il regime in esame acquisivano così autonoma soggettività passiva tributaria anche ai fini dell'accertamento del reddito d'impresa, per cui si escludeva l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 38 e 40, comma 2, d.P.R. n. 600 del 1973.

Ai sensi del comma 12, dell'art. 9 in commento, veniva stabilita la decorrenza delle disposizioni in esame a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 1° gennaio 2001 e cioè con inizio dal 1° gennaio 2002, con opzione da esercitare nella dichiarazione dei redditi per l'anno 2001. Tuttavia, tale disposizione non ha potuto trovare applicazione in quanto l'art. 5, legge 18 ottobre 2001, n. 383⁽²⁸⁵⁾ ne disponeva la soppressione⁽²⁸⁶⁾. Tale ultima norma entrava in vigore il 25 ottobre 2001 sicché l'art. 9, legge 388 del 2000 non ha potuto mai trovare applicazione.

La disposizione in esame merita, comunque, di essere segnalata per il rilievo sistematico che essa assume. Attraverso di essa il legislatore aveva, infatti, superato il tradizionale approccio alla tassazione delle società di persone riconoscendo la possibilità di considerarle soggetto di imposta a pieno titolo. Preme rilevare che il riconoscimento della soggettività tributaria alle società di persone era pieno e non condizionato al possesso di alcun particolare requisito⁽²⁸⁷⁾. Non veniva richiesta l'esistenza di una particolare struttura societaria o di una particolare organizzazione delle società coinvolte. Non veniva prevista la necessità di operare alcuna deroga all'ordinario regime di funzionamento delle società di persone; in particolare, per quanto di interesse, la norma fiscale non richiedeva fosse apportata alcuna deroga al regime di ripartizione degli utili né veniva apportata alcuna deroga all'art. 2262 cod. civ. sicché i soci, nonostante il differente meccanismo di tassazione, continuavano a maturare il proprio diritto all'immediata apprensione degli utili.

Il legislatore dimostra di aver così implicitamente riconosciuto la possibilità di poter considerare, sul piano fiscale, anche le società di persone quali autonomi soggetti di imposta. Se la tassazione per trasparenza era stata fino ad allora considerata il naturale regime di tassazione di tale enti, il legislatore dimostra di aver così incrinato tale conclusione.

⁽²⁸⁵⁾ L'art. 5, legge 18 ottobre 2001, n. 383 (c.d. "Tremonti bis), rubricato "Sostituzione di precedenti agevolazioni fiscali" così disponeva: "Le agevolazioni fiscali di cui alla tabella allegata alla presente legge sono soppresse". La tabella includeva al numero al numero 6) la "Legge 23 dicembre 2000, n. 388, concernente «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)»: articolo 9".

⁽²⁸⁶⁾ La reintroduzione di un modello di tassazione analogo a quello appena illustrato è stata, di recente, sostenuta dalla Commissione di studio sull'imposizione fiscale delle società (c.d. Commissione Biasco, dal nome del Presidente) istituita con decreto del Vice Ministro dell'Economia del 27 giugno 2006 e "incaricata di condurre un lavoro di ricognizione ed approfondimento sull'applicazione della nuova disciplina dell'Ires per verificarne gli effetti e valutare l'eventuale necessità di correttivi" (cfr. COMMISSIONE DI STUDIO SULL'IMPOSIZIONE FISCALE DELLE SOCIETÀ, *Relazione finale*, cit., pag. 86). Secondo la Commissione, con riserva di tornare sul punto al paragrafo 28. – *La trasparenza "in senso forte" delle società di persone ed i meccanismi di tassazione dei redditi così imputati.*, una simile scelta consentirebbe di garantire maggiore uniformità al sistema fiscale nazionale.

⁽²⁸⁷⁾ La circostanza che il regime in esame fosse riservato alle sole società di persone in contabilità ordinaria non pare costituire un requisito di accesso in quanto il regime di contabilità non è un elemento indice di una differente capacità contributiva; tale condizione è esclusivamente un'opportuna cautela per non rendere troppo difficoltosa l'attività di accertamento.

15. – IL SUPERAMENTO DELLA SOGGETTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI AD OPERA DELLA GIURISPRUDENZA: IL CASO DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA.

Le istituzioni europee non hanno, come evidenziato in precedenza, solo sostenuto il superamento della tassazione per trasparenza delle società di persone, ma hanno anche suggerito il superamento della soggettività delle società di capitali. Così nella Comunicazione di Haferkamp del 23 ottobre 1972 (*Comunicazione di Haferkamp sul regime fiscale dei dividendi e redditi da obbligazioni del 23 ottobre 1972*)⁽²⁸⁸⁾ la Commissione, dopo aver discusso i vantaggi e gli inconvenienti dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione degli utili societari, ha ritenuto auspicabile consentire agli Stati Membri di completare l'armonizzazione del sistema dell'imposta sulle società concedendo alle società di capitali "chiuse" i cui soci sono noti ed in numero ridotto, la facoltà di optare per il regime della trasparenza fiscale. La stessa Comunicazione ribadiva poi nuovamente l'opportunità di concedere l'opzione inversa consentendo alle società di persone di optare per il regime dell'imposta sulle società.

Anche il principio della naturale soggettività delle società di capitali risulta, quindi, essere stato messo in discussione, oltre che, come osservato in precedenza, da legislazioni straniere, anche dalle istituzioni comunitarie, pur non avendo la comunicazione da ultimo menzionata mai trovato applicazione.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, il superamento della soggettività delle società di capitali è stato sostenuto, prima che dal legislatore con l'entrata in vigore delle disposizioni di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., dalla giurisprudenza. La Corte di Cassazione aveva, infatti, ritenuto possibile applicare alle società di capitali, in prevalenza alle società a responsabilità limitata, caratterizzate dalla ristrettezza della base proprietaria⁽²⁸⁹⁾, il principio dell'imputazione automatica di eventuali maggiori redditi accertati.

⁽²⁸⁸⁾ Ne riferisce ASSONIME, *La politica di armonizzazione fiscale della Comunità economica europea. Quaderno n. XXXVII dell'Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime)*, cit., pag. 63.

⁽²⁸⁹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1505.

Si segnalano, inoltre, i seguenti precedenti: Cass., sent. 24 aprile 1979, n. 2324; Cass., sent. 16 aprile 1983, n. 2625; Cass., sent. 5 gennaio 1984, n. 18; Cass., sent. 5 novembre 1984, n. 5590; Cass., SS.UU., sent. 24 ottobre 1985, n. 5250; Cass., sent. 17 febbraio 1986, n. 941; Cass., sent. 3 febbraio 1987, n. 947; Cass., sent. 11 dicembre 1990, n. 11785; Cass., sent. 10 marzo 1992, n. 2870; Cass., sent. 14 febbraio 1991, n. 1560; Cass., sent. 21 febbraio 1991, n. 1869; Cass., sent. 3 aprile 1991, n. 3480; Comm. trib. cent. 1° settembre 1994, n. 2953; Cass., sent. 26 novembre 1994, n. 10059; Cass., sent. 3 ottobre 2002, n. 4695; Cass., sent. 1° febbraio 2002, n. 7174; Cass., sent. 3 maggio 2002, n. 10951.

In dottrina si rinvia a G. TINELLI, F. PARISI, *Società nel diritto tributario*, cit. pag. 323, G. FALSITTA, *Accertamento di utili extrabilancio a carico di società familiari e loro tassazione in complementare nei confronti dei soci*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1962, pag. 185; P. ADONNINO, *Sulla tassabilità in complementare in testa all'azionista del maggior reddito di R.M. di società accertato extra-bilancio*, in *Rass. trib.*, 1958, pag. 118; A. CICOGNANI, *Reddito di R.M. accertato induttivamente a carico di società di capitali e imposta complementare*, in *Dir. prat. trib.*, 1959, pag. 6; V. UCKMAR, *Il regime impositivo delle società – La società a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 223.

Questi precedenti giurisprudenziali muovevano di norma da situazioni in cui sussisteva la prova di maggiori utili in capo ad una società, ma non quella della distribuzione ai soci. Si poneva allora il problema di verificare se fosse legittimo o meno presumere l'avvenuta percezione da parte di questi ultimi, proporzionalmente alle relative quote di partecipazione, dei maggiori utili accertati in capo alla società stessa. In proposito, gli Uffici facevano registrare la prassi, in sede di accertamento, di imputare anche ai soci delle società di capitali che si trovavano nella menzionata situazione i maggiori recuperi effettuati nei confronti della società, con ciò operando come se la rettifica di reddito imponibile avesse riguardato una società di persone. In altri termini non si teneva in considerazione il fatto che, nel caso di specie, la società oggetto di accertamento fosse una società di capitali e che quindi in tale ipotesi il maggior reddito imponibile non potesse essere ribaltato in capo a ciascun socio, proporzionalmente alla sua partecipazione e indipendentemente dalla percezione, secondo quanto disposto dall'art. 5 t.u.i.r. ⁽²⁹⁰⁾. Come chiarito in precedenza, di norma, per le società di capitali, in ragione della loro completa autonomia giuridica e patrimoniale, vige, ai fini tributari, un regime di netta separazione rispetto alla posizione dei soci, con la conseguenza che l'imputazione ai soci stessi degli utili prodotti avviene soltanto sulla base di formali deliberazioni così come disposto dall'art. 2433 cod. civ. codice civile, e nei limiti da esse stabiliti.

Secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, ai fini della tassazione di un reddito derivante da partecipazione in società di capitali, invece, la formale deliberazione di distribuzione degli utili poteva essere superata in caso di ristretta base proprietaria in quanto questa circostanza era ritenuta soddisfare i requisiti di gravità, precisione e concordanza richiesti dall'art. 2729 cod. civ. ai fini della validità di un ragionamento di tipo presuntivo⁽²⁹¹⁾.

Occorre allora verificare quando effettivamente una presunzione soddisfi i menzionati requisiti.

La gravità attiene al grado di continuità logica tra il fatto noto e quello ignoto: è grave l'inferenza presuntiva più attendibile tra le diverse inferenze desumibili dallo stesso fatto. A tal fine è considerato sufficiente dalla

⁽²⁹⁰⁾ Si precisa che gran parte di tale giurisprudenza si è formata nella vigenza dell'imposta complementare sui soci di società. In proposito: A. BERLIRI, *La tassazione in complementare dei soci delle c.d. società familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 685; B. COCIVERA, *Brevi considerazioni sull'acquisizione ad imposta complementare di redditi percepiti a titolo di partecipazione in società a tipo familiare o di comodo prima della chiusura dell'esercizio sociale*, in *Dir. prat. trib.*, 1963, pag. 354; E. FADDA, *Imposta complementare e reddito di società familiare*, in *Foro it.*, 1960, pag. 119; G. FALSITTA, *Accertamento di utili extra bilancio a carico di società familiari e loro tassazione in complementare nei confronti dei soci*, cit., 1962, pag. 185; A. LOVISOLO, *Limiti alla presunzione di distribuzione di utili nelle società a ristretta base azionaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1971, pag. 550; G. MARONGIU, *Presunzione di integrale distribuzione del reddito delle società di persone e prova contraria*, in *Boll. trib.*, 1965, pag. 34; G. A. MICHELI, *Imposta complementare sui dividendi e società familiari*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, pag. 22.

⁽²⁹¹⁾ *Amplius* G. TINELLI, *Presunzioni – II) Diritto tributario*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, pag. 1; P. RUSSO, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969, pag. 389; per il loro utilizzo in sede processuale cfr. F. TESAURO, *Le presunzioni nel processo tributario*, in *Le presunzioni in materia triburia*, a cura di A. E. GRANELLI, Rimini, 1987, pag. 39.

giurisprudenza ⁽²⁹²⁾ che l'esistenza del fatto ignoto sia desunta con ragionevole certezza, anche probabilistica. Sono considerati gravi quegli elementi presuntivi oggettivamente ed intrinsecamente consistenti e resistenti alle possibili obiezioni.

Il requisito della precisione impone, invece, che i fatti noti da cui muovere il ragionamento probabilistico non siano vaghi, ma ben determinati nella loro realtà storica; per "precisa", si deve intendere l'inferenza presuntiva più probabile intorno al fatto da provare ⁽²⁹³⁾. Sono quindi precisi gli elementi esatti, dotati di specificità, concretezza e non suscettibili di diversa (o più verosimile) interpretazione ⁽²⁹⁴⁾.

Con il requisito della concordanza si prescrive, invece, che la prova sia fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto e non smentiti da altri dati ugualmente certi. Essa attiene al significato da attribuire ad una serie di elementi indiziari che presentino, almeno, singolarmente, una soltanto parziale rilevanza positiva. La Corte di Cassazione ⁽²⁹⁵⁾ ha però precisato che "gli elementi assunti a fonte di presunzione, ai sensi dell'art. 2729 c.c., non debbono essere necessariamente più d'uno, potendo il convincimento del giudice fondarsi anche su di un solo elemento – purché grave e preciso – e dovendosi il requisito della "concordanza" ritenere menzionato dalla legge solo in previsione di un eventuale, ma non necessario, concorso di più elementi presuntivi". Tale indirizzo, rispetto al quale si segnalano peraltro pronunce di segno opposto ⁽²⁹⁶⁾, si fonda sull'interpretazione letterale degli art. 2727 e 2729

⁽²⁹²⁾ Cass., sent. 22 marzo 2001, n. 4168.

⁽²⁹³⁾ Cass., sent. 6 agosto 2003, n. 11906.

⁽²⁹⁴⁾ G. M. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, pag. 447.

⁽²⁹⁵⁾ Cass., sent. 26 marzo 2003, n. 4472; Cass., sent. 3 febbraio 1999, n. 914; Cass., sent. 11 dicembre 1998, n. 12482; Cass., sent. 11 dicembre 1998, n. 12481 con nota critica di A. VOGLINO, *Osservazioni sul regime della prova presuntiva nell'accertamento analitico-induttivo dei redditi determinati in base alle scritture contabili*, in *Boll. trib.*, 1999, pag. 1151; D. STEVANATO, *La presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito societario (nota a Cass., 29 dicembre 2003, n. 19803)*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1009; M. BEGHIN, *L'occulta distribuzione dei dividendi nell'ambito delle società di capitali a "ristretta base" tra automatismi argomentativi e prova per presunzioni (nota a Cass., 29 dicembre 2003, n. 19803)*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2004, pag. 431.

⁽²⁹⁶⁾ In altre occasioni (cfr. Cass. sent. 1 giugno 1994, n. 1628; Cass., sent. 3 aprile 1995, n. 9265; Cass., sent. 1° giugno 1994, n. 10850), la Cassazione ha ritenuto che un singolo fatto "non può, proprio perché "solo", valere a dare per vero un fatto ignorato che sia argomentato da esso, e da esso soltanto, non esistendo altri fatti "noti", dalla cui valutazione congiunta pervenire a quello ignorato e da provare". L'insufficienza di un singolo fatto noto a dar fondamento alla prova presuntiva discenderebbe dalla stessa formulazione dell'art. 2729 c.c., che fa riferimento a più presunzioni "concordanti", confermando così che il giudizio critico deve applicarsi ad una valutazione globale dei fatti storicamente verificabili. Tale conclusioni sono state utilizzate dalla Cassazione, in materia tributaria, in relazione al problema degli accertamenti fondati sulle percentuali di ricarico per affermare che "l'ufficio che procede alla rettifica del reddito di impresa, ai sensi del 1° comma, lett. d), dell'art. 39 d.p.r. 29 settembre 1973 n. 600, ... non può fornire la prova della omessa contabilizzazione di specifici elementi di reddito e, quindi, della esistenza di attività non dichiarate, in base all'unico dato della difformità della percentuale di ricarico, applicata dal contribuente sul costo del "venduto", dalla percentuale di ricarico mediamente riscontrata nel settore di appartenenza". Per un'analisi di tale posizione giurisprudenziale ed ulteriori riferimenti cfr. A. VOGLINO, *Osservazioni sul regime della prova presuntiva nell'accertamento analitico-induttivo dei redditi determinati in base alle scritture contabili*, cit.,

c.c., i quali definiscono come presunzioni le conseguenze che possono essere tratte da “*un fatto noto*”, per risalire ad un fatto ignoto. I più recenti orientamenti giurisprudenziali non esigono che il fatto ignoto sia desumibile da una pluralità di fatti noti, cioè da una pluralità di fonti certe che convergano verso un identico risultato logico-deduttivo, ma ritengono sufficiente anche un unico fatto noto, purché tutti gli aspetti di esso, in assenza di circostanze di valenza contraria, siano chiaramente ed univocamente concordanti sul verificarsi del fatto ignoto. In tale prospettiva, ne deriva che se un singolo elemento è idoneo a fornire una presunzione grave e precisa, non vi sono preclusioni all’utilizzo di quest’unica inferenza induttiva⁽²⁹⁷⁾.

In definitiva, la verifica della sussistenza dei requisiti di gravità, precisione e concordanza è una valutazione che non si può effettuare *a priori* ed in via astratta, trattandosi di una questione di fatto da risolvere caso per caso secondo i descritti criteri di rilevanza e ammissibilità⁽²⁹⁸⁾.

Secondo la Cassazione, nel caso che qui interessa, la ristrettezza della base azionaria costituisce presunzione grave, precisa e concordante nell’accezione appena chiarita⁽²⁹⁹⁾. Secondo l’opinione della Cassazione, la ristrettezza della base societaria e il carattere familiare della società a responsabilità limitata in capo alla quale viene accertato un maggior reddito, legittimano la presunzione che il reddito della società sia stato distribuito ai soci, in proporzione alle rispettive quote di partecipazione, anche in difetto di un riscontro di tale distribuzione in bilancio⁽³⁰⁰⁾. Ciò in quanto la specificità del caso concreto, e cioè la particolare composizione della società, è tale da provare, in mancanza di elementi contrari offerti dal contribuente, l’avvenuta percezione degli utili da parte dei soci⁽³⁰¹⁾.

Il riferimento alla “ristretta base familiare” contenuto nella giurisprudenza della Cassazione⁽³⁰²⁾ richiede di definire tale nozione così da chiarire l’ambito

pag. 1151; F. NAPOLITANO, *Il maggior reddito accertato alla società non significa distribuzione di utili*, in *Corr. trib.*, 1994, pag. 2435.

⁽²⁹⁷⁾ G. M. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, cit., pag. 449.

⁽²⁹⁸⁾ L. CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997, pag. 214; G. M. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, cit., pag. 450; F. TESAURO, *Prova (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, pag. 882.

⁽²⁹⁹⁾ Cass., sent. 8 aprile 2002, n. 9094.

⁽³⁰⁰⁾ Ovviamente, qualora lo schermo societario risulti meramente formale per avere i soci operato direttamente anche se attraverso la fittizia interposizione della società, potrà trovare applicazione l’ultimo comma dell’art. 37, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 in forza del quale sono imputati al contribuente, sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti, quando risulti dimostrato che egli ne sia l’effettivo possessore.

⁽³⁰¹⁾ Cass., sent. 20 giugno 1994, n. 10059.

⁽³⁰²⁾ *Ex multis*, si segnala la recente Cass., sent. 17 ottobre 2005, n. 20078 con nota di F. BATISTONI FERRARA, *Presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito accertato nei confronti di una società familiare a ristretta base azionaria: una pronuncia non convincente*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, pag. 726 ove la Cassazione ribadisce che “è consolidato l’orientamento di questa Corte nel ritenere che la ristretta base azionaria, tanto più se essa è anche familiare, sia il presupposto sufficiente per poter legittimamente presumere che gli utili non contabilizzati, tanto da una società di capitali quanto da una società di persone, siano stati distribuiti ai soci, sui quali grava l’onere di fornire l’eventuale prova contraria”; R. MUFFATO, *La presunzione di distribuzione di utili occulti nel caso di rettifiche a società di capitali a base ristretta o familiare*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, pag. 342; F. PAPARELLA, *La presunzione di distribuzione degli utili nelle società di capitali a ristretta base sociale*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, pag. 453; A.

soggettivo entro il quale è ritenuto lecito ipotizzare in via presuntiva l'avvenuto trasferimento dei maggiori utili ai soci. Si ritiene ⁽³⁰³⁾, infatti, essere evidente come la presunzione di distribuzione di utili ai soci non potrebbe essere validamente sostenuta con riguardo a società caratterizzate da un azionariato diffuso, non essendo ragionevolmente ipotizzabile l'esistenza di un accordo illecito in tal senso che coinvolga un gran numero di soggetti portatori di interessi differenziati e tra loro spesso contrastanti. Ove dovesse pervenirsi all'individuazione di utili non contabilizzati relativamente a organizzazioni societarie così caratterizzate, l'eventuale presunzione di percezione dovrebbe eventualmente riguardare soltanto le persone fisiche che hanno avuto l'effettivo controllo economico e giuridico delle operazioni dissimulate.

Tali accordi sono, invece, ritenuti possibili nelle società "a ristretta base azionaria" e nelle società "di carattere familiare". Pur trattandosi di figure non codificate in alcuna disposizione di legge, appare chiaro che con dette locuzioni si vogliono individuare quelle società di capitali nelle quali la base sociale risulti numericamente ristretta ovvero nelle quali i soci siano legati da un vincolo di carattere familiare tale da far presupporre l'esistenza di un accordo occulto per la ripartizione dei maggiori utili prodotti ⁽³⁰⁴⁾.

È opinione risalente della Cassazione ⁽³⁰⁵⁾ che, data la specificità della particolare composizione della società, diviene lecito assumere codeste circostanze "... *come elementi idonei a fondare presuntivamente la prova dell'avvenuta distribuzione degli utili (fatto costitutivo della pretesa impositiva)*" e che, pertanto, spetta "... *al ricorrente neutralizzare la presunzione dimostrando che gli utili non erano stati, invece, percepiti*", senza per questo "... *accollare aprioristicamente e in linea di principio al contribuente l'onere di provare la mancata percezione degli utili in contestazione*".

La correttezza logico – giuridica di tale criterio d'imputazione ai soci degli utili extracontabili di una società di capitali è stata ripetutamente riconosciuta dalla giurisprudenza della Cassazione ⁽³⁰⁶⁾, che si è ripetutamente fondata su una presunzione di "complicità" che dovrebbe avvincere i membri di una ristretta compagine sociale ⁽³⁰⁷⁾.

Secondo la Cassazione, i soci di società di capitali a ristretta base proprietaria, non possono, in contrasto con le risultanze dei bilanci delle società, affermare la permanenza, nel patrimonio di questa, di utili non evidenziati nei bilanci e nei relativi conti dei profitti e delle perdite; e, subordinatamente, i soci anzidetti (e non il Fisco) hanno l'onere di provare che, nonostante le contrarie risultanze dei bilanci, si è avuta la permanenza, nel patrimonio della società dei capitali, di utili da essa non evidenziati, anzi che il passaggio degli stessi nei

PICCARDO, *Ancora in tema di presunzione di distribuzione ai soci di maggiori utili accertati a carico di una società di capitali a ristretta base azionaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pag. 26.

⁽³⁰³⁾ M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, in *Il Fisco*, 1991, pag. 2053.

⁽³⁰⁴⁾ M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, cit., pag. 2054.

⁽³⁰⁵⁾ Si segnala in proposito Cass., sent. 17 febbraio 1986, n. 941 relativa all'imposta sulla ricchezza mobile.

⁽³⁰⁶⁾ Si vedano, fra le altre, Cass., sent. 17 febbraio 1986, n. 941 e Cass., sent. 25 maggio 1995, n. 5729.

⁽³⁰⁷⁾ Cfr. Cass., sent. 2 giugno 1995, n. 6225; Cass., sent. 25 maggio 1995, n. 5729.

patrimoni personali dei soci. Pertanto, una volta stabilito che la titolarità delle azioni e l'organizzazione aziendale sono concentrate in una stretta cerchia familiare, secondo la Cassazione, il giudice di merito non può escludere la distribuzione ai soci di utili non contabilizzati ⁽³⁰⁸⁾.

La Cassazione ha recentemente confermato la propria impostazione con la sentenza 11 ottobre 2007, n. 21415 ove ha ulteriormente ribadito che *“nel caso di società a ristretta base sociale, è ammissibile la presunzione di distribuzione ai soci degli utili non contabilizzati, la quale non viola il divieto di presunzione di secondo grado, poiché il fatto noto non è costituito dalla sussistenza dei maggiori redditi induttivamente accertati nei confronti della società, ma dalla ristrettezza della base sociale e dal vincolo di solidarietà e di reciproco controllo dei soci che, in tal caso, normalmente caratterizza la gestione sociale. Pertanto, quando si sia dinanzi ad una società di capitali a ristretta base sociale, è legittima la presunzione di distribuzione ai soci degli utili extracontabili; attesa la mancanza, trattandosi di utili occulti - di una deliberazione ufficiale di approvazione del bilancio (dopo la quale soltanto può essere effettuata la distribuzione degli utili dichiarati), la distribuzione si presume avvenuta nello stesso periodo d'imposta in cui gli utili sono stati conseguiti”*. Rispetto ai precedenti giurisprudenziali che si sono richiamati, la sentenza n. 21515 del 2007 si segnala per il fatto che la Cassazione giunge a più compiuta maturazione del proprio *iter* logico ⁽³⁰⁹⁾. La nozione *“complicità”* tra i soci viene approfondita e intesa quale necessità di procedere alla verifica delle dinamiche che regolano l'attività sociale. Ove la ristrettezza della base sociale permetta la partecipazione collettiva dei soci alla gestione sociale, allora si può legittimamente presumere la distribuzione tra i soci degli utili extracontabili.

La Suprema Corte, quindi, continua a ritenere logico un ragionamento teso a fondare la presunzione di distribuzione degli utili non dichiarati sulla constatazione della ristrettezza della base azionaria, lasciando, invece, all'arbitrio dei giudici di merito la valutazione se tale ragionamento sia applicabile o meno al caso loro sottoposto.

In contrasto con tali posizioni, più di una volta, invece, i giudici di merito hanno fornito risposta negativa allo stesso quesito, negando che la ristrettezza della base azionaria fosse da sola un elemento sufficiente a suffragare la presunzione di distribuzione degli utili accertati in capo alla società ⁽³¹⁰⁾.

⁽³⁰⁸⁾ Cass., sent. 3 marzo 2000, n. 2390; Cass., sent. 20 marzo 2000, n. 3254.

⁽³⁰⁹⁾ A. BENAZZI, *La ristrettezza della base sociale legittima l'accertamento basato su criteri presuntivi (nota a Cass., sent. 11 ottobre 2007, n. 21415)*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 212.

⁽³¹⁰⁾ L'imputazione dei redditi in capo ai soci di società di capitali per trasparenza determina un ulteriore problema: quello dell'individuazione del momento temporale in cui deve presumersi avvenuta la distribuzione degli utili non contabilizzati. Ne riferisce M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, cit., pag. 2055, riportando due orientamenti contrastanti. Secondo il primo gli utili devono presumersi affluiti nella disponibilità dei soci solo nel momento in cui la società redige e approva il bilancio dell'esercizio in cui sono stati prodotti; per il secondo i maggiori utili andrebbero attribuiti nello stesso anno di produzione. A sostegno della prima tesi, milita la circostanza che il reddito della società, alla luce della legislazione civilistica, non può passare ai soci prima della chiusura dell'esercizio sociale, cioè prima del momento in cui, tirate le somme, si possa stabilire se vi è stato un reddito ed in quale misura. Si giunge a opposte conclusioni muovendo dalla constatazione che gli utili in questione non trovano collocazione nel bilancio ufficiale della società sicché il momento della percezione di tali utili da parte dei soci deve

L'orientamento appena citato, infatti, pur risultando consolidato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, risulta spesso disatteso dalla giurisprudenza delle altre corti. In particolare, la Commissione Tributaria Centrale, sebbene con riferimento alla soppressa imposta complementare sul reddito, ha affermato che elemento essenziale, ai fini dell'accertamento del reddito assoggettabile ad imposta nei confronti dei soci di una società di capitali “... è la reale percezione da parte dei soci dei dividendi o delle altre somme loro distribuite” dalla società, in aggiunta ai dividendi che risultano erogati. Pertanto, nel caso di accertamento sintetico in capo alla società dal quale emerge un reddito superiore a quello risultante in bilancio, spetta pur sempre all'ufficio dimostrare l'avvenuta distribuzione ai soci di utili maggiori rispetto a quelli iscritti in bilancio⁽³¹¹⁾. Detto indirizzo è stato ritenuto valido anche nel caso in cui la società oggetto di accertamento sia a ristretta base azionaria⁽³¹²⁾, dato che, se così non fosse, si opererebbe un'ingiustificata discriminazione nell'ambito di società con uguale natura giuridica. Nonostante per la Cassazione la ristretta base azionaria di una società di capitali sia circostanza idonea a far presumere che il maggior utile sia stato distribuito ai soci⁽³¹³⁾, per la Commissione centrale la peculiarità della ristretta base azionaria in mancanza di altri attendibili elementi di prova, non è di per sé condizione sufficiente per poter presumere l'avvenuta distribuzione di detti utili ai soci⁽³¹⁴⁾.

La giurisprudenza di merito⁽³¹⁵⁾ ritiene che dichiarare che esiste la percezione di un maggior reddito solo in considerazione di un accertamento a

ritenersi del tutto slegato rispetto all'approvazione del bilancio, dovendosi in tale frangente fare ricorso al principio di trasparenza ordinariamente applicabile per le società di persone. La Corte di Cassazione ha talora ritenuto (cfr. Cass., sent. 16 aprile 1983 n. 2625) che i soci attendano la chiusura dell'esercizio per “deliberare” la distribuzione degli utili occulti, dei quali peraltro hanno già acquisito ad ogni effetto la disponibilità, talaltra affermato (Cass., sent. 24 maggio 1968, n. 1579) che l'imputazione degli utili occulti deve avvenire nello stesso anno in cui sono prodotti.

In dottrina (M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, cit., pag. 2054) si ritiene la tesi che vuole rinviata al momento dell'approvazione del bilancio anche la distribuzione degli eventuali utili “neri” sia plausibile soltanto quando risulti dimostrata l'esistenza di un vero e proprio accordo tra i soci per distribuire tali utili solo dopo la chiusura dell'esercizio e sempre che i soci medesimi non li abbiano già ricevuti sotto forma di riparto anticipato. In ogni altro caso appare preferibile la tesi che ritiene distribuiti gli utili non contabilizzati nello stesso esercizio in cui si sono prodotti in capo alla società.

⁽³¹¹⁾ Comm. Trib. Centr., dec. 29 marzo 1984, n. 3132.

⁽³¹²⁾ Comm. Trib. Centr., dec. 18 ottobre 1984, n. 8893.

⁽³¹³⁾ Cass., sent. 19 febbraio 1990, n. 11785.

⁽³¹⁴⁾ Comm. Trib. Centr., dec. 27 ottobre 1990, n. 7027. Cfr. A. BENAZZI, *Giudici di merito in contrasto con la Cassazione sulla presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito di società a ristretta base azionaria*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2007, pag. 893; ID., *Sulla attribuzione ai soci di società di capitali a ristretta base azionaria del maggior reddito accertato nei confronti della società*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2001, pag. 325.

⁽³¹⁵⁾ Comm. Trib. Centr., dec. 18 ottobre 1984, n. 8893; Comm. Trib. Centr., dec. 27 ottobre 1990, n. 7027; Comm. Trib. Centr., dec. 1° settembre 1994, n. 2935; Comm. trib. Prov. Bari, dec. 16 febbraio 1994, n. 6354. Per un'analisi di tale giurisprudenza cfr. A. VOGLINO, *Brevi osservazioni a margine dell'ennesimo contrasto giurisprudenziale in tema di presunzione di distribuzione di utili occulti ai soci delle società a ristretta base azionaria o familiare* (Nota a *Comm. Trib. Centr.*, sez. V, 1° settembre 1994, n. 2953 *Cass. sez. I civ.* 26 novembre 1994, n. 10059), in *Boll. trib.*, 1995, pag. 706; ID., *Ancora in tema di società di capitali a ristretta base azionaria o familiare e presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili accertati a carico*

carico di un terzo è sicuramente una violazione del disposto dell'art. 2729 cod. civ. il quale prevede che le presunzioni devono essere gravi precise e concordanti.

La presunzione utilizzata dalla Cassazione viene, infatti, considerata dalle corti di merito priva di tali requisiti. Elemento essenziale, ai fini dell'accertamento del reddito nei confronti dei soci di una società di capitali, è la reale percezione da parte dei primi di dividendi o di altre somme loro distribuite dalla società. Se è, quindi, legittima l'indagine diretta a stabilire se nei singoli casi concreti, nonostante le contrarie attestazioni del bilancio, vi sia stata da parte dei soci percezione di redditi o di redditi maggiori di quelli denunciati, tuttavia, secondo le corti di merito, non è sufficiente la mera constatazione che trattasi di società a ristretta base azionaria costituita da componenti di uno stesso nucleo familiare. Sono necessari ulteriori attendibili elementi di prova, in mancanza dei quali l'affermazione che i maggiori utili accertati a carico della società sono stati ripartiti fra i soci non può essere considerata se non alla stregua di una mera illazione⁽³¹⁶⁾.

Indicare nell'accertamento che la presunzione deriva dal particolare che la società è formata da una ristretta base azionaria a carattere familiare non è considerato una valida prova in quanto riconoscere una tale circostanza può significare disconoscere la stessa validità della società di capitali⁽³¹⁷⁾. Le corti di merito fondano tali conclusioni sull'osservazione che tanto il codice civile quanto quello penale prevedono un'assoluta distinzione tra il soggetto società e i soggetti "soci", altrimenti se così non fosse e si presumesse la partecipazione degli stessi alla distribuzione dei redditi ricavati in evasione, si riconoscerebbe a tutti i soci anche la partecipazione alla gestione della società e quindi il loro assoggettamento a sanzioni civili e penali, esattamente come può avvenire nei confronti degli amministratori.

Tale ultimo orientamento risulta condiviso dalla dottrina⁽³¹⁸⁾ che ritiene che il semplice riferimento alla particolare compagine societaria null'altro che una supposizione, una congettura, qualora non concorrano altri elementi in grado di radicarne la gravità, precisione e concordanza. Si ritiene, infatti, che anche nelle società a ristretta base familiare o azionaria può mancare, con eguale grado di probabilità, quella "complicità" aprioristicamente attribuita ai soci di tali società, che è invece suscettibile di determinarsi con eguale grado di probabilità pure nelle società a larga o diffusa base azionaria. D'altro canto, la circostanza che in alcune società a ristretta base familiare od azionaria esista un particolare legame tra i vari

della società (Nota a *Comm. Trib. Centr. sez. VII* 19 marzo 1996, n. 1239), in *Boll. trib.*, 1997, pag. 631; ID., *Ancora su alcuni persistenti "luoghi comuni" in tema di presunzione di distribuzione degli utili non contabilizzati nelle società a ristretta base azionaria o familiare* (Nota a *Cass., sez. I civ.*, 10 marzo 1992, n. 2870), in *Boll. trib.*, 1993, pag. 1402; A. DI GERONIMO, *Compenso a socio amministratore di società di capitali a base ristretta* (D.P.R. n. 917/1986, Art. 62). *È applicabile l'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973?*, in *Rass. trib.*, 1994, pag. 73.

⁽³¹⁶⁾ *Comm. Trib. Centr.*, dec. 11 giugno 1990, n. 7027.

⁽³¹⁷⁾ *Comm. Trib. Prov. Bari*, dec. 16 febbraio 1994, n. 6354.

⁽³¹⁸⁾ T. M. MARINO, *Le società di capitali a base azionaria ristretta o familiare e la presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori ricavi accertati* (Nota a *Comm. Prov. Reggio Emilia sez. VII* 1 dicembre 1997, n. 284), in *Boll. trib.*, 1998, pag. 623; M. ROSSI, *Società a ristretta base azionaria e presunzione di distribuzione di utili ai soci, in relazione al problema dell'elusione fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, pag. 546; E. DELLA VALLE, *Presunzione di riparto di utili occulti nelle società a ristretta base azionaria*, in *Le Società*, 1991, pag. 826.

soci non può assurgere certamente ad un principio giuridico generale. La pretesa complicità della compagine sociale deve essere dimostrata in concreto, caso per caso. Inoltre, la pretesa comunione di intenti e di azioni fra i soci delle società a ristretta base azionaria o familiare può anche non verificarsi nel caso concreto, essendo invece ben frequente l'inverso: spesso in quelle società i soci si trovano divisi da opposte rivalità finalizzate al controllo dell'impresa. A quest'ultimo riguardo, difatti, non è raro il caso di soci di minoranza estranei alla compagine amministrativa lesi, in definitiva, dei propri diritti, così come non è raro il fatto che il "nero" venga di fatto diviso da e fra chi amministra.

Per non ritenere sussistenti i requisiti di gravità, precisione e concordanza, si può inoltre ipotizzare che degli utili in questione si siano appropriati i soli amministratori od addirittura soggetti estranei, o che gli utili medesimi siano stati destinati alla creazione di fondi da utilizzare per il pagamento di poste passive non contabilizzabili, ovvero che tali utili si trovino ancora nelle casse sociali pur non risultando in bilancio, o che siano stati decurtati dei costi non contabilizzati sostenuti per produrli, e via dicendo. O si pensi ancora alla possibilità che gli utili in discorso siano stati distribuiti fra i soci in misura niente affatto proporzionale alle partecipazioni, essendosi tenuto conto di altri fattori estranei alla mera ripartizione formale del capitale sociale, soprattutto nel caso delle società a ristretta base familiare. Il fatto ignoto della percezione di utili da parte dei soci deve essere univocamente deducibile dal fatto o dai fatti noti attraverso un procedimento logico basato sul criterio dell'*id quod plerumque accidit*. Con la conseguenza che, se il fatto noto può giustificare, in base alle regole della comune esperienza, l'alternativa ingerenza di più fatti ignoti (come ad esempio, sia la distribuzione degli utili occultati ai soci, sia la formazione di riserve occulte), nessuno di questi può essere presunto a preferenza degli altri, poiché ciascuno di essi è ugualmente accettabile o ugualmente contestabile⁽³¹⁹⁾.

È, quindi, possibile ipotizzare con uguale grado di probabilità un'ampia serie di diverse conclusioni, quali la creazione di riserve occulte o la destinazione delle disponibilità ad altri usi. Affinché i redditi extrabilancio sul cui conseguimento da parte della società vi sia assoluta certezza possano essere legittimamente tassati in capo ai soci della stessa, è necessario ed indispensabile che sussista la prova che le disponibilità in questione siano state effettivamente distribuite ai predetti soggetti, in proporzione alle rispettive quote di partecipazione al capitale sociale, ovvero in base ad un altro ben preciso criterio di ripartizione. E pertanto, se s'intende prescindere dalla prova storica di tale distribuzione, e si vuole invece ricorrere alla prova logica, la presunzione che i redditi non contabilizzati dalla società siano stati effettivamente percepiti dai soci deve poggiare su una reale molteplicità di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, così come richiesto dall'art. 2729 cod. civ..

⁽³¹⁹⁾ A. VOGLINO, *Brevi notazioni a margine di un condivisibile orientamento giurisprudenziale in tema di presunzione di distribuzione di utili occulti ai soci delle società a ristretta base azionaria o familiare*, (nota a Comm. I grado Bari, sent. 16 febbraio 1994, n. 6354), in *Boll. trib.*, 1994, pag. 808.

Ulteriori critiche sono state mosse alla giurisprudenza in esame ⁽³²⁰⁾ nella parte in cui, in maniera assolutamente non condivisibile, ha ritenuto elemento grave, preciso e concordante idoneo a fondare la presunzione di distribuzione addirittura il difetto di prove addotte dai soci stessi in senso contrario alla presunzione invocata dall'Ufficio finanziario. Anche questo elemento non appare in alcun modo suscettibile di fondare o comunque avvalorare una presunzione quale quella in disamina. Difatti, un tale modo di ragionare appare viziato in radice, poiché tende a concepire come un elemento grave, preciso e concordante idoneo a fondare la presunzione il mancato assolvimento di quella prova contraria che il contribuente ha l'onere di addurre soltanto dopo che l'Ufficio finanziario abbia assolto al proprio onere probatorio. La presunzione può assurgere a dignità di prova solo quando sia fondata su una pluralità di autonomi elementi gravi, precisi e concordanti, e che soltanto quando esista una siffatta prova presuntiva viene allora a rilevare la prova contraria che il contribuente ha (solo a quel punto) l'onere di addurre. Il semplice fatto che il contribuente non abbia fornito prove contrarie a quelle che, in difetto di una pluralità di elementi gravi, precisi e concordanti, non sono altro che mere illazioni, non significa nulla, e non può comunque concorrere a costituire il fondamento di quella presunzione invocata dall'Ufficio finanziario che è logicamente antecedente, e che deve basarsi su elementi completamente autonomi.

L'incoerenza e l'erroneità delle conclusioni della Cassazione discendono da alcune ulteriori circostanze.

Un aspetto problematico correlato all'impropria utilizzazione della presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili accertati a carico delle società di capitali da essi partecipate concerne la prova dell'esatto ammontare degli utili occulti che si presumono essere stati percepiti dai soci stessi. Difatti, anche quando ricorrano contestualmente tutte le indispensabili condizioni sopra ricordate, ossia la certa ed incontestata esistenza degli utili extrabilancio realizzati dalla società, l'esistenza di un'effettiva "complicità" fra i soci della medesima (non aprioristicamente desunta dalla mera composizione del capitale sociale), nonché ulteriori elementi gravi, precisi e concordanti idonei a fondare l'illazione presuntiva, il fatto ignorato dell'effettiva percezione dei predetti utili da parte dei soci non risulta ancora esattamente (ancorché presuntivamente) determinato nei precisi aspetti quantitativi. La ripartizione degli utili extrabilancio fra i soci non pare potersi semplicisticamente ritenere corrispondente alla ripartizione delle quote di partecipazione al capitale sociale. In base alle c.d. regole di comune esperienza che rappresentano il riflesso dell'*id quod plerumque accidit*, è infatti noto che gli utili occulti vengono generalmente decurtati dai costi non contabilizzati sostenuti per produrli (divenendo perciò assai inferiori), o vengono frequentemente ripartiti in percentuali almeno in parte diverse da quelle attinenti alla semplice ripartizione del capitale sociale, al fine di tenere conto di altri fattori

⁽³²⁰⁾ Tale orientamento è stato proposto dalla giurisprudenza di merito. Si segnala in proposito Comm. Trib. Centr., dec. 12 giugno 1995, n. 2403; Comm. trib. II grado Milano, sent. 18 settembre 1995, n. 477/17 con nota di A. VOGLINO, *Appunti critici sulla presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili accertati a carico delle società a ristretta base familiare o azionaria* (Nota a Cass. sez. I civ. 25 maggio 1995, n. 5729; Cass. sez. I civ. 2 giugno 1995, n. 6225; Comm. Trib. Centr. sez. XIII 12 giugno 1995, n. 2403; Comm. II grado Milano sez. XVII 18 settembre 1995, n. 477/17), in *Boll. trib.*, 1996, pag. 476.

ugualmente rilevanti, quali l'apporto dato dai singoli soci nella realizzazione e nella gestione degli utili in questione, i vincoli, le responsabilità e/o le gerarchie familiari od aziendali esistenti all'interno del gruppo ⁽³²¹⁾. Appare perciò evidente come i molteplici elementi gravi, precisi e concordanti che è indispensabile addurre a fondamento della presunzione in discorso, debbano univocamente comprovare non solo l'avvenuta distribuzione degli utili occulti ai soci, ma anche l'esatto ammontare delle singole somme percepite dai diversi membri della compagine sociale, posto che l'elemento da provare presuntivamente è l'avveramento del presupposto impositivo nei confronti dei soci, ossia l'effettiva percezione da parte di costoro degli utili occulti realizzati dalla società partecipata. Gli utili non contabilizzati dalla società non possono insomma ritenersi percepiti dai soci in perfetta proporzione alle rispettive quote di partecipazione senza il conforto di ulteriori elementi gravi, precisi e concordanti idonei a fondare tale illazione, perchè una simile circostanza non rappresenta affatto la sola conseguenza logica del fatto noto secondo criteri di "normalità", ben potendosi ipotizzare, con uguale grado di probabilità, anche la destinazione degli utili occulti alla copertura di costi parimenti occulti, la loro percezione da parte di alcuni soltanto dei soci.

Infine, non può non procedersi ad analizzare una critica, logicamente antecedente, che può muoversi alla giurisprudenza della Cassazione qui in esame. In numerosi dei casi nei quali si fa ricorso alla presunzione in questione, è già il preteso "fatto noto" di partenza ad essere sprovvisto dell'indispensabile requisito della certezza, poiché l'esistenza dei maggiori utili societari non contabilizzati, lungi dall'essere storicamente acclarata, viene ad essere tratta dalla pura e semplice sussistenza di un accertamento di maggiori redditi societari che è stato a propria volta effettuato con metodi presuntivi, oppure che si trova ancora in contestazione *sub judice*, od ancora che concerne il disconoscimento di poste ritenute indeducibili od altre fattispecie per propria stessa natura inidonee a concretare utili societari realmente distribuibili ai soci.

Volendo ritenere legittima la percezione di utili extra bilancio conseguente all'accertamento emesso nei confronti di una società di capitali a ristretta base azionaria, non può disconoscersi che una distribuzione di utili dalla società ai soci può presumersi soltanto in presenza di fatti che abbiano determinato un effettivo maggiore afflusso di ricchezza in capo alla società, cioè, in sostanza, solo in presenza di ricavi occultati o di costi inesistenti ⁽³²²⁾. Infatti, non tutti gli aumenti di imponibile della società, pur se provati, possono effettivamente determinare un maggior utile da distribuire ai soci: ciò si verifica, in linea generale, soltanto nel caso di ricavi occultati o di costi inesistenti ⁽³²³⁾. Quindi, ammesso che siano stati

⁽³²¹⁾ Comm. Trib. Centr., dec. 12 giugno 1995, n. 2403.

⁽³²²⁾ A. VOGLINO, *La presunzione di distribuzione degli utili non contabilizzati accertati a carico delle società di capitali a ristretta base familiare od azionaria* (Nota a Cass. sez. I civ. 11 dicembre 1990, n. 11785), in *Boll. trib.*, 1991, pag. 468; ID., *Ancora sulla presunzione di distribuzione degli utili non contabilizzati nelle società a ristretta base familiare od azionaria* (Nota a Comm. Trib. Centr. sez. VII 27 ottobre 1990, n. 7027), in *Boll. trib.*, 1991, pag. 1035.

⁽³²³⁾ M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, cit., pag. 2054; T. M. MARINO, *Le società di capitali a base azionaria ristretta o familiare e la presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori ricavi accertati* (Nota a Comm. Prov. Reggio Emilia sez. VII 1 dicembre 1997, n. 284), cit., pag. 625.

individuati gli elementi dai quali si possa desumere l'effettiva percezione, di denaro o altra utilità, da parte dei soci, lo schema argomentativo da seguire dovrebbe previamente analizzare la natura del maggior reddito accertato in capo alla società; quindi dimostrare che al maggior reddito accertato corrisponda un utile effettivamente distribuibile ⁽³²⁴⁾.

La dottrina ⁽³²⁵⁾ osserva che l'accertamento di un maggior reddito in capo alla società può derivare da una eterogenea serie di motivi:

- a) da rettifiche, quali quelle derivanti dal riscontro di ricavi non contabilizzati (o contabilizzati in misura inferiore al reale) o di costi fittizi, corrispondenti ad operazioni finalizzate a creare disponibilità monetarie presso la società;
- b) da rettifiche aventi mera natura fiscale quali il disconoscimento di costi effettivamente sostenuti per difetto di inerenza o per indeducibilità totale o parziale, in base a specifiche norme di legge;
- c) da rettifiche di componenti negativi di reddito esposti in bilancio in misura superiore al consentito, al fine di ridurre l'imponibile fiscale, ai quali, però, non corrisponda la creazione di disponibilità monetarie (ammortamenti, accantonamenti per rischi o passività future, etc.);
- d) da rettifiche delle valutazioni di poste dell'attivo patrimoniale, contabilizzate in bilancio per valori inferiori a quelli minimi previsti dalle norme fiscali (ad esempio la svalutazione delle immobilizzazioni materiali o finanziarie ovvero la svalutazione del magazzino).

Soltanto le rettifiche relative ad operazioni che abbiano creato una effettiva disponibilità monetaria possono fondare una legittima presunzione di distribuzione di utili ai soci ⁽³²⁶⁾. Da tale circostanza, pertanto, consegue l'illegittimità della presunzione di distribuzione nei casi in cui i fatti contestati alla società riguardino riprese a tassazione relative a valutazioni di beni che permangono nel patrimonio aziendale, oppure recuperi di costi realmente sostenuti ma non di competenza, ovvero non inerenti. Tali costi, infatti, non modificano la disponibilità di redditi da distribuire ai singoli soci, anche se aumentano il reddito imponibile della società. Deve pertanto escludersi la possibilità di presumere una distribuzione di utili sulla base di riprese fiscali conseguenti a fatti di carattere valutativo relativamente a beni che permangono nel patrimonio aziendale o a recuperi di materia imponibile che trovino fondamento nell'applicazione di principi di competenza o di inerenza per spese e oneri realmente sostenuti ⁽³²⁷⁾.

⁽³²⁴⁾ O. GALLONE, *Presunzione di distribuzione extra-bilancio di utili nelle società di capitali a ristretta base. In quale misura i maggiori utili accertati possono formare oggetto di tassazione in capo al socio*, in *Il Fisco*, 1995, pag. 5047.

⁽³²⁵⁾ M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, cit., pag. 2054; T. M. MARINO, *Le società di capitali a base azionaria ristretta o familiare e la presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori ricavi accertati (Nota a Comm. Prov. Reggio Emilia sez. VII 1 dicembre 1997, n. 284)*, cit., pag. 625.

⁽³²⁶⁾ T. M. MARINO, *Le società di capitali a base azionaria ristretta o familiare e la presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori ricavi accertati (Nota a Comm. Prov. Reggio Emilia sez. VII 1 dicembre 1997, n. 284)*, cit., pag. 623; C. PINO, *L'accertamento societario legittima la presunzione di distribuzione ai soci?*, in *Giur. trib.*, 1994, pag. 1207.

⁽³²⁷⁾ M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, cit., pag. 2054.

CAPITOLO TERZO

La giurisprudenza che si è provveduto ad analizzare per formulare alcune osservazioni critiche, in definitiva, sostiene la possibilità di superare lo schermo offerto dalle società di capitali in situazioni in cui, in via presuntiva, è ritenuta non sussistere quella perfetta separazione tra vicende della società e vicende dei soci che dovrebbe connotare questo modello societario ⁽³²⁸⁾. La ristretta base proprietaria di una società è stata così considerata rappresentare una situazione patologica.

Si è dimostrata l'infondatezza di questa presunzione in quanto, da sola, priva dei requisiti di gravità, precisione e concordanza richiesti dall'art. 2729 cod. civ.. Dalla ristrettezza della base proprietaria di una società di capitali non può farsi automaticamente discendere l'immediata apprensione da parte dei soci degli utili realizzati dalla società ⁽³²⁹⁾.

L'utilizzo delle strutture delle società capitalistiche non è, infatti, condizionato dalla maggiore o minore ampiezza della compagine sociale ⁽³³⁰⁾ essendo, anzi, del tutto legittima l'esistenza di società unipersonali. Secondo il canone logico – interpretativo suggerito da questa giurisprudenza, allora, ed a maggior ragione, anche in questa situazione il reddito prodotto da una società unipersonale dovrebbe essere automaticamente ed integralmente imputato all'unico socio.

L'impiego naturale delle società unipersonali concerne il caso dell'imprenditore individuale, il quale rivestirà presumibilmente il ruolo oltretutto di socio unico anche di amministratore della società (vale a dire di gestore dell'impresa sociale). In questo caso, qualche difficoltà potrebbe indubbiamente sorgere nel tenere distinte le due suddette vesti assunte dall'imprenditore, così come anche la sfera giuridico – patrimoniale della società da quella del socio. In altri termini potrebbero verificarsi situazioni concrete dai contorni potenzialmente non del tutto nitidi, in relazione alle quali la questione del riconoscimento dell'effettivo possesso del reddito in capo alla società unipersonale, proprio per il genere di impiego per cui essa è stata pensata, si presenterebbe con qualche elemento di problematicità in più rispetto a quanto normalmente non si sia fino ad oggi ritenuto trattando delle società pluripersonali ⁽³³¹⁾.

Con riferimento alle società unipersonali il problema si potrebbe allora porre quando sia possibile dimostrare l'esistenza di una situazione di interposizione fittizia. La recente dottrina qualifica come ipotesi di interposizione fittizia, espone dunque ai rimedi predisposti dalla legge al fine di imputare il reddito all'interponente, quelle situazioni in cui il soggetto interposto sia privo di un interesse e di un ruolo proprio a supporto della veste negoziale assunta, a prescindere da una effettiva volontà simulatoria e dalla presenza di un disegno comune alle tre parti coinvolte. Potrebbero ricadere in tale definizione anche eventuali ipotesi di intestazione di elementi patrimoniali individuali ad una società

⁽³²⁸⁾ V. UCKMAR, *Il regime impositivo delle società – La società a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 170.

⁽³²⁹⁾ F. NAPOLITANO, *Il maggior reddito accertato alla società non significa distribuzione di utili*, cit., 1994, pag. 243.

⁽³³⁰⁾ G. FERRAU', *Quando gli utili di una s.p.a. a base ristretta si presumono distribuiti ai soci*, in *Corr. trib.*, 1995, pag. 3354.

⁽³³¹⁾ F. BRUNELLI, *La S.r.l. unipersonale nell'imposizione sui redditi*, in *Rass. trib.*, 1997, pag. 1462.

unipersonale, allo scopo di fruire di economie fiscali rispetto al trattamento che gli stessi avrebbero se formalmente posseduti dal socio. La società potrebbe infatti apparire, con riferimento a determinati beni, come un soggetto interposto privo di un interesse o un ruolo proprio in relazione al possesso dei medesimi, laddove le circostanze di fatto stiano a dimostrare che tali interesse e ruolo siano rinvenibili solo in capo al socio unico⁽³³²⁾. Dunque, non sembrerebbe possibile escludere che la società a responsabilità limitata unipersonale, proprio in virtù della particolare contiguità che potrebbe, anche patologicamente, verificarsi tra la medesima e la sfera personale dell'imprenditore individuale, sia in grado di dar vita a situazioni rilevanti in materia di interposizione fittizia nel possesso dei redditi, con eventuale teorico spazio per l'applicazione dei rimedi di legge ai fini dell'attribuzione dell'obbligazione tributaria.

Ciononostante le società unipersonali non possono considerarsi in quanto tali strumento elusivo, ma solo allorquando, dall'analisi delle modalità e delle finalità con cui la separazione viene realizzata, non è possibile dimostrare l'effettività di tale operazione⁽³³³⁾.

L'erroneità delle conclusioni della giurisprudenza esaminata sono state chiarite non solo dal punto di vista processuale, ma anche da quelle sostanziale. La loro accettazione importerebbe il superamento delle norme che presidono al funzionamento delle società di capitali e, in particolare, delle disposizioni di cui agli artt. 2433 e 2492 cod. civ. per i quali la distribuzione dei dividendi consegue necessariamente ad un'apposita delibera assembleare⁽³³⁴⁾. Mentre quando trova applicazione il principio della trasparenza l'attribuzione reddituale avviene *ope legis*, viceversa, nelle società a ristretta base azionaria la presunzione di distribuzione degli utili occultati ha comunque dignità relativa, restando in ogni caso impregiudicato, come del resto unanimemente avverte la giurisprudenza, il diritto del socio di provarne la mancata percezione⁽³³⁵⁾.

⁽³³²⁾ F. PAPARELLA, *L'utilizzo di una s.a.s. nell'esercizio dell'attività professionale tra fattispecie elusive e richiami normativi all'interposizione fittizia di persone*, in *Boll. trib.*, 2005, pag. 507; V. FICARI, *Ragioni economiche di una società professionale e rischio di interposizione fittizia nell'imposizione sul reddito*, in *Boll. trib.*, 2002, pag. 1525; R. LUPI, *Contratti collegati e interposizione fittizia (nota a comm. I grado Napoli sez. I 20 dicembre 1993, n. 3230, comm. II grado Napoli sez. I 6 settembre 1994, n. 126)*, in *Rass. trib.*, 1995, pag. 2064; A. LOVISOLO, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, pag. 1665; F. GALLO, *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, in *Rass. trib.*, 1996, pag. 1043; G. FALSITTA, *L'interposizione fittizia e il dribbling al fisco (nota a comm. I grado Napoli sez. I 20 dicembre 1993, n. 3230, comm. II grado Napoli sez. I 6 settembre 1994, n. 126)*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, pag. 522; A. BENAZZI, *Elusiva l'interposizione fittizia di persona*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 2876; in giurisprudenza Cass., sent. 3 aprile 2000, n. 3979 in *Rass. trib.*, 2000, con note di S. DUS, *Dividend washing, Corte di Cassazione e profili di illegittimità della tesi del SE.C.I.T.*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 1267; E. NUZZO, *Il dividend washing tra la cessione temporanea di titoli azionari e dell'usufrutto su azioni*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 921; F. PAPARELLA, *Primi punti fermi della Cassazione sull'art. 37, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 1273; P. PICCONI FERRAROTTI, *Sull'applicabilità dell'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973 al cosiddetto dividend washing*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 933.

⁽³³³⁾ F. BRUNELLI, *La S.r.l. unipersonale nell'imposizione sui redditi*, cit., pag. 1462.

⁽³³⁴⁾ A. LOVISOLO, *Il sistema impositivo dei dividendi*, cit., pag. 66.

⁽³³⁵⁾ G. TINELLI, F. PARISI, *Società nel diritto tributario*, cit. pag. 323 secondo cui potrebbe essere lecito affermare che le società a ristretta base azionaria diano luogo, in relazione agli eventuali utili sottratti al prelievo, "ad una sorta di *tertium genus societario*, in bilico tra le

Dal punto di vista strettamente tributario tale approccio risulta parimenti non condivisibile. Si è chiarito che la scelta del legislatore per l'applicazione del principio di trasparenza e quella per il pieno riconoscimento della soggettività delle società di capitali dipende proprio dalla particolare struttura dei due modelli societari.

Ai fini, però, dell'analisi che si sta svolgendo, le sentenze in rassegna sostengono la conclusione che l'applicazione del principio di trasparenza è possibile analizzando a chi compete l'amministrazione di una società e la possibilità per i soci di apprendere i relativi utili. Da una ristretta base proprietaria può conseguire che tutti i soci abbiano possibilità di ingerirsi nella gestione societaria e possano incidere sulla distribuzione degli utili. Tali circostanze però non bastano; il rispetto del principio di capacità contributiva richiede di dimostrare l'effettiva apprensione da parte del contribuente del reddito per cui è tassato. Pertanto ove dalle regole giuridiche che regolano il rapporto associativo non è possibile desumere questa circostanza, non è possibile applicare il principio di trasparenza quale naturale meccanismo di tassazione.

16. – IL SUPERAMENTO DELLA SOGGETTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI AD OPERA DELLA DOTTRINA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI E CONDIZIONI SPECIFICHE.

A livello italiano, quindi sia il legislatore, sia la giurisprudenza dimostrano di ritenere il principio della trasparenza delle società di persone e il principio della soggettività delle società di capitali criteri non insuperabili dell'ordinamento nazionale. Anche tali opzioni legislative non possono comunque prescindere dal rispetto del principio di capacità contributiva. Come più volte ricordato, l'art. 53, comma 1, Cost., prevede che ciascuno possa essere tenuto a concorrere alle spese pubbliche soltanto in connessione a fatti e situazioni che si realizzano nella propria sfera giuridico economica, e non in quella di un altro soggetto quale è ogni ente (personificato o meno) cui l'ordinamento riconosce l'idoneità ad essere titolare in proprio di diritti e doveri. L'imputazione per trasparenza dei redditi prodotti da un ente personificato agli associati è possibile fintantoché questi ultimi possono esercitare un controllo, diretto o indiretto, sulla destinazione del reddito tassabile. In linea di principio essa non è, dunque, applicabile in presenza di nuclei di norme statuenti la separazione dei patrimoni e procedure di formazione della volontà in base alle quali non può dirsi esistente una capacità contributiva dei soci influenzata dall'utile sociale quando di questo detti soci non possono singolarmente disporre⁽³³⁶⁾

La giustificazione di tale affermazione si rinviene nella necessità di fornire al soggetto passivo dell'obbligazione tributaria la disponibilità dei mezzi patrimoniali per assolvere all'imposta⁽³³⁷⁾. Ciò richiede allora di analizzare il

società di persone e quelle di capitali, che, ancorché privo di regolamentazione sul piano legale, trova non di meno riconoscimento nella prassi?

⁽³³⁶⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 222; E. ANTONINI, *Personalità giuridica e imposta sulle persone giuridiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1978, pag. 387.

⁽³³⁷⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, Milano, 2006, pag. 221.

problema della riferibilità soggettiva del presupposto di imposta come configurato nella disciplina delle società di persone e delle società di capitali ⁽³³⁸⁾.

In capo alle società di persone, la dottrina ⁽³³⁹⁾ teoricamente ammette la possibilità di considerarle anche ai fini del diritto tributario quali soggetti di pieno diritto, sicché diviene ammissibile per il legislatore la scelta tra tassazione in capo alla società e tassazione in capo ai soci ⁽³⁴⁰⁾. A sostegno di tale conclusione viene portata la circostanza che la gamma delle formazioni sociali che l'ordinamento considera come autonomi centri di imputazione di situazioni giuridiche attive o passive è assai più ampia della cerchia delle persone giuridiche, e ricomprende sicuramente anche le società di persone. Queste potrebbero essere perfettamente in grado di assumere quella veste di soggetto obbligato per il debito d'imposta che è condizione necessaria e sufficiente per l'applicazione di un meccanismo di tassazione del tipo di quello delle società di capitali. A riprova di ciò si porta la circostanza che le società di persone sono annoverate tra i soggetti passivi dell'IRAP e, ove qualificabili come non enti non residenti, sono sottoposte all'IRPEG, e cioè alla medesima imposta che colpisce i redditi delle società di capitali.

Una simile conclusione viene, però superata, in concreto, dalle specificità che connotano il regime civilistico delle organizzazioni in esame; specificità che rendono l'opzione legislativa per la trasparenza fiscale una via, non obbligata, ma più percorribile di quanto non lo sia quella della soggettività tributaria ⁽³⁴¹⁾.

La scelta di superare la soggettività tributaria della quale le società di persone in quanto enti giuridicamente capaci potrebbero astrattamente essere dotate e di imputare i loro redditi ai soci indipendentemente dall'effettiva percezione si giustifica per il particolare meccanismo attraverso il quale la ricchezza da esse prodotta viene ripartita tra i soci; meccanismo che, come già accennato, prevede l'automatica insorgenza in capo a questi ultimi di un diritto alla percezione della rispettiva quota di utili all'indomani dell'approvazione del rendiconto (art. 2262 cod. civ.) ⁽³⁴²⁾. Viene riconosciuto che il socio vanta nei confronti della società un diritto incondizionato a percepire gli utili sicché la società non può imprimere ad essi nessun'altra destinazione che non sia appunto quella della loro distribuzione ai suoi partecipanti.

Dal punto di vista tributario ciò viene spiegato per la circostanza che ⁽³⁴³⁾ la situazione giuridica che costituisce il presupposto al cui verificarsi sorge

⁽³³⁸⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 263.

⁽³³⁹⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 222.

⁽³⁴⁰⁾ Suggestisce di estendere la disciplina delle società di capitali alle società di persone R. PIGNATONE, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 664; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 375. Suggestiscono di ripensare i regimi di tassazione delle società di capitali e delle società di persone superando gli schemi tradizionali G. FALSITTA, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d'impresa nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 117; G. A. MICHELI, *Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria*, cit. pag. 62.

⁽³⁴¹⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 230.

⁽³⁴²⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 224.

⁽³⁴³⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 264.

l'obbligazione di pagare le imposte dirette è articolata in due fatti collegati tra di loro. Il primo fatto è costituito dallo svolgimento dell'attività, che rappresenta la fonte del reddito; il secondo fatto è rappresentato dalla determinazione del risultato reddituale e dal conseguente incremento patrimoniale del relativo titolare.

I due fatti sono strettamente connessi tra di loro, non potendosi prescindere per la configurazione del presupposto di imposta da entrambi: il risultato economico dell'attività (o dell'atto) rappresenta l'evento base per l'applicazione dell'imposta sui redditi; l'attività (o l'atto) costituisce l'evento essenziale per qualificare il reddito.

Come chiarito in precedenza, l'espressione "possesso di redditi" non indica tanto il fatto della disponibilità di un determinato reddito, bensì il collegamento con la fonte produttiva. Normalmente nel sistema delle imposte dirette, queste due fasi sono riferite ad un medesimo soggetto: chi ha la titolarità della fonte è anche il titolare del reddito che ne deriva. Nella disciplina delle società di persone i due fatti sono invece trattati distintamente, venendo l'uno riferito alla società, l'altro ai singoli soci. Sia la società che i soci partecipano alla realizzazione del presupposto di imposta. Tuttavia, tra i due eventi sussiste un perfetto automatismo sicché essi si fondano necessariamente tra loro con l'effetto che entrambi partecipano alla produzione giuridica della fattispecie.

Altre impostazioni⁽³⁴⁴⁾ ricostruiscono l'imputazione di cui all'art. 5 t.u.i.r. come una semplificazione della fattispecie imponibile che si fonda sull'equiparazione legale prodotta dalla normativa civilistica della produzione del reddito alla sua percezione. È la società personale a compiere l'attività economica da cui discendono i redditi che verranno sottoposti a tassazione; pertanto la titolarità della fonte spetta ad essa; diversamente, il risultato reddituale viene riferito direttamente ai singoli soci in proporzione alle quote di partecipazione agli utili⁽³⁴⁵⁾.

Tale approccio, pur ammettendo l'autonomia della società rispetto ai soci e la riferibilità ad essa dell'attività fonte, assume a proprio fondamento una nozione di possesso di redditi in cui il risultato reddituale necessariamente coincide con la titolarità dell'attività fonte, donde l'ammissibilità, pur teorica, di un possesso di redditi in capo alla società. Se ne fa allora conseguire che, essendo il possesso di redditi una nozione eminentemente giuridica e non materiale, il legislatore diviene libero nell'ambito del suo potere discrezionale di riferire il risultato reddituale ad un soggetto diverso da quello che realizza l'attività⁽³⁴⁶⁾. La duplice imputazione alla società ed ai soci ha per conseguenza la scissione dei due eventi di cui si compone il presupposto di imposta, così da determinarne una separata rilevanza senza alterare il rapporto di consequenzialità necessaria che intercorre tra i due eventi. Ciò sta a significare che la disponibilità del reddito che il socio di una società di persone ha sulla base della normativa civilistica viene considerata soddisfare il requisito del possesso di redditi della società.

Il presupposto di imposta nelle società di persone viene diversamente apprezzato in quelle teorie, precedentemente illustrate, secondo cui il possesso di

⁽³⁴⁴⁾ LOVISOLO, *Il sistema impositivo dei dividendi*, cit., pag. 180.

⁽³⁴⁵⁾ Ne riferisce P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 269.

⁽³⁴⁶⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 269.

redditi è da intendere come situazione di disponibilità giuridica dei redditi stessi e non come imputazione della fonte ⁽³⁴⁷⁾ ai sensi della quale gli utili delle società personali, ancorché non distribuiti, si trovano nella sfera giuridica dei soci e dunque sono da questi posseduti. Queste tesi si fondano sul rilievo che la società non gode di alcuna disponibilità sugli utili risultanti a fine esercizio, poiché non sussiste alcun formale organo societario, quale ad esempio l'assemblea dei soci, che possa decidere in ordine alla destinazione del risultato d'esercizio, già di spettanza dei singoli soci ⁽³⁴⁸⁾. Il possesso degli utili in capo ai soci diviene così il momento qualificante del presupposto di imposta dei redditi di società personali e il presupposto di imposta viene dunque ricostruito escludendo da esso l'evento dello svolgimento dell'attività.

Pur nelle differenze delle teorie esaminate, viene, comunque, comunemente riconosciuto che il presupposto di imposta viene soddisfatto per il tramite del meccanismo civilistico che regola le società personali alle quali il legislatore non si è potuto sottrarre. La scelta operata dalla Legge Finanziaria per il 2001 è coerente con il dibattito che si è illustrato. Alla luce delle conclusioni cui si è pervenuti, non venendo, né potendo esserlo in tale sede, modificato il regime civilistico delle società in questione, la scelta per la piena soggettività delle società di persone poteva essere solo opzionale.

Oltre a tale argomentazione, a favore della preferenza accordata al regime di trasparenza, militano esigenze di cautela fiscale, essendosi voluto escludere con riferimento alle società di persone “*ogni necessità di controllare, ai fini fiscali, la destinazione e di disciplinare il "regime" degli utili non distribuiti*” ⁽³⁴⁹⁾.

Se alle luce di tali considerazioni, non appare irragionevole affermare che nella tassazione dei redditi conseguiti dalle società di persone il legislatore si trova al cospetto di una alternativa quanto a meccanismi di tassazione ⁽³⁵⁰⁾, la stessa viene ritenuta negata con riferimento alla tassazione dei redditi conseguiti dalle società di capitali.

Come chiarito, il fondamento del principio di trasparenza si rinviene nell'immediatezza con cui i soci possono apprendere gli utili della società e disporne, altrettanto non avviene per le società di capitali. È ormai chiaro che il diritto del socio di una società di capitali a percepire la propria quota di utili sorge solo a seguito della delibera di distribuzione assunta a maggioranza dalla assemblea, e cioè solo per il tramite di una manifestazione di volontà della collettività organizzata. Nelle società di persone, pur valendo i principi di collegialità e maggioranza come nelle società di capitali, la loro operatività è superata dall'immediata disponibilità dei redditi che il socio vanta.

In secondo luogo, anche ammesso che la società deliberi la distribuzione di tutto l'utile e, quindi, i soci possano vantare un credito ad esso corrispondente, costoro sono, come regola, sprovvisti del potere di determinarne

⁽³⁴⁷⁾ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., *passim*.

⁽³⁴⁸⁾ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., *passim*.

⁽³⁴⁹⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pag. 551.

⁽³⁵⁰⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 628.

il pagamento; così trovandosi comunque nella situazione di non disporre dei mezzi economici per assolvere l'onere tributario ad essi addossato ⁽³⁵¹⁾.

Pertanto il sistema della imposizione per trasparenza sembrerebbe non poter essere impiegato per questo tipo societario.

Il principio di imputazione diretta ai soci è, infatti, inattuabile in presenza di nuclei di norme statuenti la separazione dei patrimoni e disciplinanti rigidamente l'iter formativo della volontà, di norme, in altri termini, che, non permettendo a ciascun socio di disporre singolarmente dell'utile sociale, impediscono di configurare in capo al socio stesso una capacità contributiva che da quel utile risulta influenzata ⁽³⁵²⁾.

Tuttavia, questa conclusione non è stata ritenuta sufficiente per escludere la prospettività della summenzionata alternativa in rapporto ad alcune categorie di società di capitali, e cioè alle cosiddette società a ristretta base azionaria e alle società unipersonali. Come osservato anche in precedenza, queste figure sono destinatarie delle medesime norme di organizzazione di cui sono destinatarie le altre società di capitali e, quindi, le decisioni intorno alla devoluzione degli utili sono assunte, anche in tale contesto, a maggioranza ⁽³⁵³⁾.

A tale conclusione si obietta ⁽³⁵⁴⁾ che, in fatto, parlare di principio di maggioranza con riferimento alle società unipersonali è un palese non senso e pure nella società a ristretta base azionaria, dato il ridotto numero di soci o l'esistenza di vincoli di parentela tra gli stessi, le decisioni relative agli utili sono di norma adottate col concorso della volontà di tutti e sono attribuibili a ciascuno ⁽³⁵⁵⁾.

A condizione dell'esiguità numerica del sostrato, la giurisprudenza (benché non correttamente dal punto di vista procedurale) ha ritenuto che il diaframma tra singolo socio, da un lato, e società, dall'altro, evapori così da ammettere una considerazione in termini unitari della capacità contributiva generata dall'uno e dall'altra ⁽³⁵⁶⁾. La società, benché giuridicamente titolare dei redditi, diviene non più in grado di imprimere loro una destinazione autonoma rispetto a quella proveniente dai propri soci.

Le stesse considerazioni hanno indotto la dottrina ⁽³⁵⁷⁾ a ritenere legittima l'eventuale scelta del legislatore di estendere il principio della tassazione per trasparenza alle società unipersonali e alle società a ristretta base azionaria ⁽³⁵⁸⁾.

⁽³⁵¹⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 236.

⁽³⁵²⁾ A. PISTONE, *L'ordinamento tributario – Lezioni di diritto tributario*, cit., 1986, pag. 256.

⁽³⁵³⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 628.

⁽³⁵⁴⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 223.

⁽³⁵⁵⁾ La stessa dottrina (G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 223, nota 33) precisa che tali osservazioni non importano, comunque, adesione all'orientamento giurisprudenziale esaminato in precedenza concernente, la ragionevolezza delle presunzione semplice per la quale i maggiori redditi accertati in capo ad una società a ristretta base azionaria devono ritenersi distribuiti ai soci.

⁽³⁵⁶⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 239.

⁽³⁵⁷⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 222.

⁽³⁵⁸⁾ C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, cit., pag. 104.

L'idea di fondo è evidentemente che nelle società per azioni la cui compagine sia a loro volta costituita da un numero ristretto di soci, viene in rilievo, quantomeno in via tendenziale, la stessa situazione che contraddistingue tipicamente il modulo partecipativo della società di persone: ovvero che vi sia una corrispondenza o sovrapposizione tra l'area degli interessi facenti capo ai soci come privati e quelli che essi possono perseguire come soggetti investiti della disponibilità funzionale dei patrimoni delle società partecipate ⁽³⁵⁹⁾.

Le diverse ipotesi di trasparenza che si sono esaminate mirano a misurare la capacità contributiva del soggetto passivo avendo riguardo alla forza economica suscettibile di essere spesa per soddisfare gli interessi e bisogni di cui esso è portatore anziché a quella di cui il medesimo è giuridicamente titolare ⁽³⁶⁰⁾. È stato autorevolmente sostenuto ⁽³⁶¹⁾ che ben può il legislatore apprezzare le norme che disciplinano la produzione e la circolazione della ricchezza come un dato di fatto e ritenerle prevalente in ordine all'effettiva attribuzione della potenzialità economica espressa dallo stesso reddito. Ne deriva, allora, che per i redditi prodotti dalle società a ristretta base proprietaria la via della tassazione per trasparenza non si può di per sé escludere. Tale scelta appare però condizionata da taluni elementi.

In primo luogo occorre definire cosa si intenda per ristretta base proprietaria. La giurisprudenza da cui la dottrina che si è esaminato muove, lo ha individuato in società gestite da un numero molto ridotto di soci, tendenzialmente due, per di più legati da rapporti familiari ⁽³⁶²⁾.

Il riferimento all'esistenza di legami familiari è inevitabile nella giurisprudenza che si è esaminata in quanto concorre a fondare la presunzione di "complicità" nella gestione della società che caratterizza l'approccio giurisprudenziale. Non può, infatti, essere di per sé sufficiente il mero dato numerico. Dalla giurisprudenza e dall'analisi dottrinale emerge, infatti, la necessità di evidenziare un elemento ulteriore con il quale rafforza la presunzione di trasferimento della ricchezza prodotta dalla società ai soci ⁽³⁶³⁾.

Una tale conclusione si impone per la necessità del rispetto del principio di capacità contributiva. Se, ai sensi dell'art. 2262 cod. civ., il trasferimento di ricchezza dalla società ai soci avviene per legge, non altrettanto accade nelle società di capitali. Occorre anche in relazione alla fattispecie in esame garantire ai soci la disponibilità del reddito. La giurisprudenza che si è esaminato ha, infatti,

⁽³⁵⁹⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 236.

⁽³⁶⁰⁾ A. FEDELE, "Possesso" di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del "cumulo", cit. 2166; P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 246.

⁽³⁶¹⁾ A. FEDELE, "Possesso" di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del "cumulo", cit., 2166

⁽³⁶²⁾ Così la sentenza della Cassazione 13 dicembre 2001, n. 12456 concerneva una società a responsabilità limitata gestita da due fratelli, invece nella sentenza 20 giugno 1994, n. 10055, i giudici della Cassazione avevano a che fare con una società a responsabilità limitata le cui quote erano di proprietà di marito e moglie e della quale il primo era amministratore. Due sorelle possedevano una società a responsabilità limitata e il marito di una di queste la gestiva nei fatti che hanno dato luogo alla causa decisa dalla Cassazione con la sentenza 19 febbraio 1990, n. 11785.

⁽³⁶³⁾ M. ROMANO, *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, cit., pag. 2054.

dovuto consentire soci di fornire la prova della permanenza, nel patrimonio della società degli utili non evidenziati nei bilanci e nei relativi conti dei profitti e delle perdite ⁽³⁶⁴⁾. Ove i soci fossero stati in grado di provare tale circostanza, avrebbero potuto superare la presunzione utilizzata dall'Amministrazione Finanziaria.

Quello che conta, quindi, non è il numero dei soci di per sé o i vincoli familiari che li legano, ma la compartecipazione dell'intera compagine sociale al momento dispositivo degli utili ⁽³⁶⁵⁾ e la possibilità dei soci stessi di disporre degli utili. Precisando ulteriormente le conclusioni a cui si è giunti, allora la ristretta base proprietaria, la natura familiare dei legami tra i soci sono solo alcuni degli indici che possono consentire il superamento del riconoscimento di piena personalità delle società delle società di capitali. È necessaria l'individuazione di un elemento non "instabile" ed accidentale ⁽³⁶⁶⁾ che permetta di considerare gli utili non distribuiti come appresi dai singoli soci, così da considerare gli utili medesimi come idonei a manifestare una capacità contributiva individuale anziché collettiva.

Il meccanismo di imputazione per trasparenza può quindi essere considerato non come meccanismo esclusivo di tassazione delle società di persone, ma certamente quello più corretto dal punto di vista del principio di capacità contributiva ⁽³⁶⁷⁾; il riconoscimento della piena personalità, ugualmente, non appare quale meccanismo esclusivo di tassazione delle società di capitale, in quanto può essere superato ove sia dimostrabile un regime di apprensione degli utili che differisce da quello ordinario.

Il riferimento al punto di vista del diritto commerciale consente di approfondire ulteriormente la situazione. In questo settore del diritto non operano schemi di apprensione degli utili diversi da quelli analizzati, tuttavia spazio viene lasciato all'autonomia privata: l'art. 2262 cod. civ. prevede di derogare al regime di automatica attribuzione attraverso patto contrario, nelle società di capitali è ampia l'autonomia lasciata ai soci nella ripartizione agli utili.

Se il diritto commerciale consente di regolare gli schemi attraverso i quali i soci apprendono l'utile realizzato, se il diritto tributario consente di derogare agli schemi di tassazione considerati naturali, è comunque necessaria la coerenza tra i due settori del diritto: si può fiscalmente applicare la tassazione per trasparenza a condizione che ciò sia coerente con l'assetto sottostante.

Tale coerenza è stato ritenuto ⁽³⁶⁸⁾ possa, tuttavia rinvenirsi indicando i metodi di tassazione alternativi come semplicemente opzionali condizionando così la loro adozione alla prestazione del consenso da parte della totalità dei soci. Subordinando l'applicazione del regime di tassazione per trasparenza ad un'opzione dei soci, secondo le ricostruzioni dottrinali ⁽³⁶⁹⁾, si evita di far discendere l'applicazione del tributo su di una capacità contributiva di cui nessuno dei soci è *uti singuli* titolare.

⁽³⁶⁴⁾ Cass., sent. 3 marzo 2000, n. 2390; Cass., sent. 20 marzo 2000, n. 3254.

⁽³⁶⁵⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 222.

⁽³⁶⁶⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 223.

⁽³⁶⁷⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 95.

⁽³⁶⁸⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 223.

⁽³⁶⁹⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 247.

In assenza della delibera assembleare di distribuzione non si può ritenere che i soci dispongano del reddito della società. L'esercizio dell'opzione consentirebbe, invece, di ritenere superata tale obiezione in quanto, almeno ai fini del diritto tributario, i soci dimostrerebbero di accettare tale situazione così da poter presumere l'adozione di adeguati meccanismi per far fronte alla conseguente obbligazione tributaria. Non può però farsi a meno di precisare che tale prestazione di consenso deve avvenire “*da parte della totalità dei soci*”⁽³⁷⁰⁾.

Tale conclusione risulta confermata dall'analisi di diritto comparato che è stata effettuata. Se l'esperienza francese e l'esperienza americana divergono nella scelta del tipo di società cui consentire l'opzione (la Francia la riserva a società costituite da soci legati da vincoli familiari, mentre per gli Stati Uniti d'America non è necessaria l'esistenza di alcun legame personale tra i soci), convergono nel richiedere l'unanimità dei consensi per l'applicazione del principio di trasparenza.

La previsione di tale elemento risulta posta a tutela dei soci di minoranza, diversamente, infatti, si può porre un problema di tutela di tali soci che potrebbero trovarsi a subire le decisioni della maggioranza. Potrebbe, infatti, ben accadere che la maggioranza non solo eserciti l'opzione per la tassazione per trasparenza così da ripartire il carico fiscale tra tutti i soci, ma che anche frustri sistematicamente il diritto di quelli di minoranza alla percezione degli utili. Questi si troverebbero così a pagare imposte relativamente a redditi dei quali difficilmente si può ritenere che essi abbiano il possesso.

Si può così giungere ad un'ulteriore conclusione. L'unanime consenso dei soci può apparire quale indizio dell'esistenza di quella compartecipazione dell'intera compagine sociale alla gestione della società. È, infatti, ragionevole ipotizzare che la prestazione del consenso da parte di tutti i soci sia condizionata all'adozione di adeguati meccanismi che prevedono l'automatica ripartizione degli utili. Attraverso questo meccanismo si ovvia alla circostanza che il diritto tributario non può intervenire sul diritto commerciale per modificare le regole di ripartizione degli utili nei differenti modelli societari. Deve essere necessariamente lasciato spazio all'autonomia privata dal momento che appare ragionevole sostenere che il voto unanime dei soci possa essere raggiunto solo a condizione che le parti concordino sulle future politiche di distribuzione degli utili o comunque prevedano adeguati strumenti giuridici attraverso i quali fornire a tutti i soci la provvista per il pagamento delle imposte.

Tali osservazioni consentono di allargare il campo di applicazione di questo meccanismo impositivo: non solo alle società unipersonali, non solo quelle a base familiare o a ristretta base proprietaria, ma anche società con un azionariato maggiormente diffuso.

L'analisi di diritto comparato offre un'ulteriore elemento di riflessione: sia nella legislazione francese che in quella statunitense, l'accesso ad un perimetro di trasparenza viene consentita esclusivamente a società composte da soci persone fisiche. È, infatti, in questa ipotesi che si pone un problema di discriminazione qualitativa dei redditi. Per una persona fisica l'esercizio di un'attività di impresa in forma di società di persone o di società di capitali può determinare differenti carichi fiscali. L'ipotesi, invece, di società di capitali che partecipano ad altre società di capitali offre differenti spunti di riflessione. Si tralascia l'ipotesi in cui

⁽³⁷⁰⁾ G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, cit., pag. 223.

una società di capitali investa in un'altra società di capitali a titolo di investimento finanziario in quanto esula dalla presente analisi per concentrarsi sull'ipotesi in cui una società di capitali unitamente ad altre società di capitali eserciti congiuntamente un'effettiva attività di impresa ⁽³⁷¹⁾. In questa ipotesi la variabile fiscale si presenta più neutra in quanto tendenzialmente il passaggio di utili da una società ad un'altra non determina, se non in misura minima, l'emersione di materia imponibile grazie all'applicazione del credito di imposta o dell'esenzione.

In questa ipotesi, diviene, quindi, meno urgente prevedere meccanismi alternativi di tassazione.

16.1. – Ulteriori considerazioni conclusive e prosecuzione dell'indagine.

Il diritto comparato ed il diritto comunitario, proponendo una varietà di soluzioni sul tema della tassazione delle società a base personale e di quelle a base capitalistica, dimostrano la possibilità di procedere al superamento degli schemi tradizionale. Infatti, se la trasparenza delle società di persone e la soggettività delle società di capitali appaiono comuni elementi di dialogo, tuttavia appare altresì vero che tali schemi risultano sostituibili in presenza di talune condizioni.

Il superamento della trasparenza delle società di persone non è, di norma, condizionato dalla verifica di alcun requisito strutturale della società, ma è esclusivamente rimesso alla scelta di convenienza dei soci. Nelle esperienze giuridiche in cui è possibile (quella francese, quella tedesca – anche se soltanto di recente – e quella italiana – sia in passato che di recente ⁽³⁷²⁾ –) l'esercizio dell'opzione per la tassazione delle società di persone in modi analoghi a quelli previsti per le società di capitali dipende esclusivamente da una specifica manifestazione di volontà della società (Francia ed Italia nel 2001) o dei soci (Germania ed Italia dal 2008) per effetto della quale o l'intero reddito prodotto dalla società (Francia ed Italia nel 2001) o la quota di reddito imputata per trasparenza ai soci (Germania ed Italia dal 2008) non è attratta nella sfera dell'imposizione personale, ma è tassata secondo forme e, soprattutto, in misure analoghe a quelle prevista per la sfera dell'imposizione societaria.

Il superamento del meccanismo di tassazione per trasparenza si risolve, così, in un meccanismo finalizzato a superare le differenze nelle aliquote previste per le imposte sulle persone fisiche e per le imposte sulle persone giuridiche; si evitano così disparità di trattamenti e si rende neutrale la scelta tra modelli societari a base personale e modelli a base capitalistica.

Diversamente, il superamento della soggettività delle società di capitali appare condizionato dalla verifica di elementi di tipo strutturale: di norma, la ristrettezza della base proprietaria. Si registrano, tuttavia, differenze nell'interpretazione di tale requisito: in Francia esso è soddisfatto in presenza di una compagine sociale composta, indipendentemente dal numero, da soci avvinti

⁽³⁷¹⁾ Si fa riferimento al caso, frequente nella prassi, in cui più società costituiscano una società per concorrere ad una gara di appalto e successivamente svolgere i relativi lavori. Può, in tali, casi risultare economicamente più conveniente la costituzione di una nuova società piuttosto che ricorre a forme quali le associazioni temporanee di imprese o le *joint ventures*.

⁽³⁷²⁾ Ci si riferisce alle novità introdotte dalla Legge Finanziaria per il 2008 che saranno più diffusamente analizzate al paragrafo 28. – *La trasparenza “in senso forte” delle società di persone ed i meccanismi di tassazione dei redditi così imputati.*

da legami di tipo familiare; negli Stati Uniti d'America, lo stesso requisito è soddisfatto in presenza di una compagine sociale composta da un numero di soci inferiore a 100. Le due ipotesi sono, però, accomunate dal fatto che il superamento della soggettività è reso possibile dall'unanime consenso dei soci.

L'analisi della tendenze legislative straniere consente, in definitiva, di ritenere che l'applicazione dello schema di tassazione per trasparenza alle società di capitali, in assenza di un coerente quadro civilistico di riferimento, non possa essere automatica, ma possa essere applicabile tramite l'adozione di precise cautele finalizzate a verificare l'esistenza di particolari legami tra i soci dai quali inferire che tutti possano conseguire la disponibilità degli utili: il consenso unanime dei soci costituisce a questo fine il meccanismo privilegiato. Tali brevi considerazioni dimostrano così la disponibilità da parte dei legislatori esteri di superare la ricostruzione del fenomeno della personalità giuridica offerta dal diritto civile.

In questo contesto, si è inserito il legislatore comunitario. Quest'ultimo, quando con il Gruppo Europeo di Interesse Economico ha dovuto affrontare il tema della tassazione degli enti associativi, ha preferito affrontare il tema a ritroso: fissata la regola della trasparenza, ha lasciato ai legislatori nazionali la soluzione del problema della personalità giuridica.

Il diritto comunitario ed il diritto comparato suggeriscono così che personalità giuridica e soggettività tributaria possano divergere.

In questo contesto il legislatore italiano ha dimostrato, almeno fino ai primi anni novanta, di mantenere un atteggiamento differente e di collegare la soggettività tributaria in senso pieno al requisito della personalità giuridica. Emblematico a questo proposito è il caso del GEIE cui in Italia non è stata riconosciuta personalità giuridica.

Questo approccio si è, però, successivamente modificato. Si è infatti ulteriormente intensificato quell'orientamento giurisprudenziale più volte citato che supera, per reagire a situazioni patologiche lo schermo societario in presenza di società formate da un numero esiguo di soci legati da rapporti familiari.

Muovendo da queste premesse e dal dibattito dottrinale che ne è scaturito, il legislatore italiano ha iniziato a distaccare la soggettività tributaria dalla personalità giuridica in presenza di condizioni strutturali che consentano non solo di presumere un'intensa partecipazione dei soci all'attività sociale, ma anche di ritenere che gli stessi possano apprendere il risultato reddituale.

Se i nuovi artt. 115 e 116 t.u.i.r. possono considerarsi l'esito di questo processo, si dovrà, allora, procedere ad analizzare le condizioni alle quali il legislatore italiano ha consentito alle società di capitali di esercitare l'opzione per la trasparenza per verificare se gli artt. 115 e 116 t.u.i.r. rispettino i principi dell'ordinamento nazionale e soprattutto quello di capacità contributiva.

CAPITOLO QUARTO

LA TRASPARENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI : PROFILI TECNICO – APPLICATIVI DELL’ART. 115 T.U.I.R.

SOMMARIO: 17. – Inquadramento generale della fattispecie; 18. – Ambito soggettivo di applicazione – condizioni legittimanti e ostative; 18.1. – tipologie societarie che possono assumere la società partecipata e la società partecipante; 18.2. – La residenza ... ; 18.2.1. – ... della società partecipata; 18.2.1. – ... delle società partecipanti: l’esonero dall’obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti; 18.2.1.1. – Collegamento tra istituto della trasparenza e direttiva madre – figlia: differenze nelle tipologie societarie elencate all’art. 115 t.u.i.r. e nella direttiva Madre – figlia; 18.2.1.2. – ... (segue): residenza fiscale in un paese dell’unione europea – il problema dei residenti in stati terzi; 18.2.1.3. – ... (segue): assoggettamento ad imposta ed impossibilità di fruire di regimi di opzione o di esonero da tassazione; 18.2.1.4. – ... (segue): differenze (temporanee) nelle percentuali di partecipazione; 18.2.1.5. – ... (segue): durata dell’ininterrotto possesso; 18.2.1.6. – La stabile organizzazione italiana del socio non residente; 18.3. – Trasparenza e consolidato – interrelazioni tra i due istituti; 18.4. – Percentuali di partecipazione: loro determinazione; 18.5. – Esercizio dell’opzione e unanimità della compagine sociale; 19. – Imputazione del reddito e delle perdite; 19.1. – La determinazione del reddito in capo alla società partecipata: le regole di determinazione del reddito ed il problema dei regimi agevolativi; 19.2. – La tassazione del reddito in capo alla società partecipante; 19.2.1. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci residenti; 19.2.2. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti: l’art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r.; 19.2.3. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti ai fini convenzionali; 19.2.4. – L’imputazione del reddito della società partecipata: il problema della successiva distribuzione degli utili; 19.2.5. – L’imputazione del reddito della società partecipata: le perdite della società partecipata; 19.2.6. – La determinazione del reddito della società partecipante: il problema delle perdite pregresse della società partecipante; 19.2.7. – Il riallineamento dei valori patrimoniali della società partecipata ad opera delle società partecipanti; 19.3.8. – gli obblighi contabili delle società coinvolte ed il problema della fiscalità differita; 20. – La responsabilità solidale della società partecipata per gli obblighi tributari dei soci: la residua soggettività della società partecipata;. 21. – Il coinvolgimento reciproco della società partecipata e dei soci nelle fasi di attuazione del rapporto tributario; 21.1. – ... (segue): la fase fisiologica della dichiarazione e della riscossione; 21.1. – ... (segue): la fase patologica dell’accertamento e del processo.

17. – INQUADRAMENTO GENERALE DELLA FATTISPECIE.

L’art. 4, comma 1, lett. h) legge 80 del 2003 invitava il governo a riconoscere alle società di capitali, in presenza di determinate condizioni, la facoltà di optare per l’applicazione di un regime di trasparenza fiscale analogo a quello applicato dalle società di persone. Il legislatore delegato ha dato attuazione a tale principio agli artt. 115 e 116 del nuovo t.u.i.r. dei quali si procederà ad analizzare le regole applicative per verificare se confermano le conclusioni a cui si è giunti nei capitoli precedenti.

Con l’emanazione del d.m. 23 aprile 2004 è stato completato il quadro legislativo deputato a disciplinare l’istituto della trasparenza intersocietaria. Il decreto opera nell’ambito della delega contenuta nel comma 9 dell’art. 115 t.u.i.r. al fine di fornire la regolamentazione di dettaglio dell’istituto stesso. Esso si compone di disposizioni che, in alcuni casi, sembrano semplicemente riprodurre quanto già contenuto nel citato articolo, mentre, in altri casi, definiscono con maggior grado di precisione l’ambito di applicazione di quelle norme che, così come formulate nel t.u.i.r., non sono suscettibili di univoca interpretazione⁽³⁷³⁾.

Attraverso l’introduzione dell’istituto della trasparenza, il legislatore ha cercato di assecondare quelle esigenze di modernizzazione, omogeneizzazione, e di complessiva razionalizzazione del vigente sistema normativo che costituiscono la comune chiave di lettura dell’intera riforma IRES.

Nelle intenzioni del legislatore delegante, la recente riforma doveva permettere di raggiungere l’obiettivo di adottare un “*modello fiscale omogeneo a quelli più efficienti in essere nei Paesi membri dell’Unione Europea*”⁽³⁷⁴⁾: l’ordinamento tributario italiano doveva essere armonizzato con quello degli altri ordinamenti europei al fine rendere neutrale la variabile fiscale nelle decisioni degli operatori economici e facilitare l’adozione di un sistema fiscale unico per l’Unione Europea. Tra queste misure si inserisce anche la trasparenza fiscale o, secondo la terminologia delle riforma IRES, il c.d. *consortium relief*⁽³⁷⁵⁾.

L’art. 115 t.u.i.r. accorda l’opzione per la tassazione per trasparenza del reddito di società alle capitali residenti e, quindi, per l’imputazione del reddito stesso in capo ai soci indipendentemente dalla percezione degli utili. L’imputazione del reddito della partecipata trasparente potrà pertanto determinare un aumento di imponibile in capo al socio o essere compensata, in tutto o in parte, con una perdita corrente del socio. Per converso l’imputazione per trasparenza di una perdita potrà compensare, in tutto o in parte, i redditi positivi del socio o incrementare la perdita del socio.

Il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali va, per un verso, collocato nell’ambito dei modelli di consolidamento fiscale, e, per un altro verso, nell’ambito del modello strutturale della tassazione dei redditi per

⁽³⁷³⁾ P. SGREVA, *La trasparenza fiscale intersocietaria: il nuovo testo unico*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 1616; ID., *Alcune considerazioni sulla trasparenza fiscale intersocietaria*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 1959.

⁽³⁷⁴⁾ In questi termini si esprimeva la legge 7 aprile 2003, n. 80 recante “Delega per la riforma del sistema fiscale statale. L’importanza di tale obiettivo è stata poi confermata dalla Circolare 16 giugno 2004, n. 25/E esplicativa dei principi della riforma IRES

⁽³⁷⁵⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1508; B. BUONO, E. VASCHETTO, *Il consortium relief nel progetto di riforma fiscale*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 7397.

CAPITOLO QUARTO

imputazione generalmente applicato alle società di persone quale meccanismo per eliminare la doppia imposizione ⁽³⁷⁶⁾.

Con riferimento al primo aspetto, come espressamente disposto dal legislatore delegato, il meccanismo di funzionamento del nuovo regime di tassazione per trasparenza è strutturato in maniera analoga a quello già previsto, nel vecchio ordinamento, per le società di persone. Il comma 1 dell'articolo 115, ricalcando la formulazione dell'art. 5 t.u.i.r., stabilisce, infatti, che il reddito prodotto dalla società di capitali “è imputato a ciascun socio, indipendentemente dall'effettiva percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili”. D'altronde lo stesso legislatore delegante alla lettera h) dell'art. 4 della legge n. 80 del 2003, aveva espressamente disposto il rinvio all'ormai collaudato regime in vigore per le società di persone che costituisce così un preciso punto di riferimento nell'analisi della trasparenza di cui all'art. 115 t.u.i.r.

Con riferimento al secondo aspetto, la tassazione per trasparenza di società di capitali intende realizzare, al di fuori della tassazione di gruppo mediante il c.d. consolidato fiscale, la trasmissione delle perdite della società oggetto di partecipazione alla società partecipante. Ne consegue che il regime di trasparenza è:

- a) per un verso alternativo al regime del consolidato nei casi in cui non si possano verificare i requisiti per esso richiesto, e;
- b) per un altro verso integrativo rispetto allo stesso regime del consolidato nei casi in cui società partecipate da soggetti che sono controllanti o controllati in un regime di consolidato soddisfino anche i requisiti richiesti per l'esercizio dell'opzione per la trasparenza ⁽³⁷⁷⁾.

La trasmissione delle perdite nel sistema anteriore era consentita, anche al di fuori dei rapporti di gruppo, attraverso lo strumento tecnico del credito di imposta e della svalutazione delle partecipazioni, ora è venuta meno con l'introduzione della *participation exemption*. Infatti, nel vigore dell'IRPEG, il credito d'imposta e la svalutazione delle partecipazioni costituivano i cardini di un tradizionale sistema di consolidamento dei risultati positivi e negativi cui facevano ricorso le società, ora gli stessi obiettivi possono essere raggiunti solo con differenti istituti: il consolidato (nazionale e mondiale) e la tassazione in via opzionale per trasparenza. Tale finalità viene espressa chiaramente nella relazione al disegno di legge delega in cui si afferma che “*l'indeducibilità delle perdite su partecipazioni, conseguenti all'introduzione della participation exemption, richiede l'introduzione di opportuni correttivi, per evitare la penalizzazione delle corporate joint ventures e, in genere, degli altri accordi che richiedono la costituzione di società di capitali, alla cui compagine sociale partecipano a loro volta altre società di capitali o enti commerciali. In questi casi gli eventuali risultati negativi della joint venture sarebbero infatti fiscalmente irrilevanti per i partners, salva la possibilità per uno solo di questi, ricorrendone le condizioni, di avvalersi del consolidato fiscale. Al fine di rimuovere questo effetto negativo, sarà consentito, in questi casi, di optare per il regime di trasparenza fiscale delle società di persone*”. Naturalmente, la partecipante che opti per il regime di

⁽³⁷⁶⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1157.

⁽³⁷⁷⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1157.

trasparenza non solo può compensare i propri redditi con le perdite prodotte dalla società trasparente, ma anche operare la compensazione opposta ⁽³⁷⁸⁾.

La *ratio* della trasparenza ⁽³⁷⁹⁾ è così quella di continuare a consentire alle società di un gruppo di rendere fiscalmente rilevanti le perdite conseguite dalla società partecipata. Tuttavia, il legislatore ha ritenuto di riconoscere tale possibilità solo nei casi in cui il collegamento fra il socio e la società appaia connotato da un’effettiva, o comunque presumibile, partecipazione del socio nell’attività di impresa della partecipata; in altri termini, in casi in cui l’investimento del capitale sia funzionale, o comunque correlato, allo svolgimento di un’attività di impresa e al conseguimento del relativo reddito ⁽³⁸⁰⁾. Nella sostanza, il legislatore consente di compensare utili e perdite della partecipante e della partecipata al ricorrere di soglie di partecipazione meno significative di quelle richieste per il consolidato nazionale e consente l’accesso a siffatti benefici anche in casi in cui non vi sia alcun socio di una società residente che abbia i requisiti per il consolidato nazionale (ovvero in casi in cui non sia possibile ravvisare un rapporto controllo ⁽³⁸¹⁾ nel senso civilistico del termine).

Dal punto di vista pratico, la trasparenza trova campo elettivo di applicazione nel caso di *joint ventures*, come anche chiaramente affermato dalla relazione al disegno di legge delega ⁽³⁸²⁾, e nel caso di aggregazioni temporanee tra imprese che si contraddistinguono per l’assenza di una situazione di controllo in capo alle società partecipanti.

Inoltre, si osserva che tale istituto consente di eliminare, con il meccanismo di imputazione diretta in capo ai soci dei redditi prodotti dalla società partecipata, la sostanziale doppia imposizione sui dividendi fisiologicamente prevista dal nuovo regime di tassazione dei dividendi introdotto con la riforma fiscale ⁽³⁸³⁾. Il

⁽³⁷⁸⁾ La Circolare 22 novembre 2004, n. 49/E illustrativa dell’istituto della trasparenza fiscale delle società di capitali ipotizza la situazione in cui la partecipante generi delle perdite nel periodo di validità dell’opzione o abbia la disponibilità di perdite pregresse: in questo caso, la società – socia ha il vantaggio di poter utilizzare i suoi risultati negativi a fronte dei redditi imputati per trasparenza.

⁽³⁷⁹⁾ Con riserva di meglio approfondire tali conclusioni successivamente ai paragrafi 30. – *La trasparenza “volontaristicamente rinforzata” delle società di capitali e delle società a ristretta base proprietaria.* e 31. – *Ratio del meccanismo di tassazione per trasparenza e Le “trasparenze” nel sistema del Testo Unico delle Imposte sui Redditi.*

⁽³⁸⁰⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4825.

⁽³⁸¹⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1158.

⁽³⁸²⁾ Relazione al testo approvato alla Camera.

⁽³⁸³⁾ Si ricorda, infatti, che la legge delega n. 80 del 2003 invitava il Governo a provvedere all’introduzione del meccanismo dell’esonero quale sistema per evitare il fenomeno della doppia imposizione economica sui dividendi. Tuttavia, tale obiettivo non è stato completamente realizzato. Si ipotizzi il caso di una società di capitali A, socia di un’altra società di capitali B. In passato, nel momento in cui la società B distribuiva i dividendi provvedeva anche alla distribuzione di un credito di imposta pieno che permetteva alla società A di annullare completamente gli effetti del precedente prelievo fiscale scontato dalla società B. In questa situazione, i dividendi distribuiti risultavano complessivamente gravati da un carico fiscale pari all’aliquota prevista in sede IRPEG. Con il sistema, si realizza, invece, un seppur parziale, fenomeno di doppia imposizione. Il dividendo distribuito dalla società B sconta presso di questa una prima imposta del 27,50 per cento (art. 77 t.u.i.r.), successivamente il 5 per cento di detto dividendo (art. 89 t.u.i.r.) subisce una seconda tassazione, di nuovo nella misura del 27,50 per cento, in capo alla società A. L’incidenza complessiva dell’imposizione è quindi più elevata del 27,50 per cento. Tale situazione risulta ulteriormente aggravata dal verificarsi di un effetto moltiplicativo che è tanto maggiore quanto più lunga è la catena delle partecipazioni societarie.

CAPITOLO QUARTO

regime ordinario al quale sono attualmente assoggettate le società di capitali, prevede, infatti, la tassazione del reddito prodotto in capo alla società e un'ulteriore tassazione, sia pur ridotta, sul dividendo percepito dal socio. La tassazione per trasparenza permette invece di annullare la quota di prelievo sul 5 per cento dei dividendi che non beneficia del regime di esenzione

La riforma IRES ha, peraltro, accentuato le differenze tra la disciplina fiscale prevista per le società di persone e quella riservata alle società di capitali. Nell'ordinamento previgente, l'opposizione IRPEF per trasparenza / IRPEG con credito d'imposta incideva sulle scelte societarie, costituendo un disincentivo alla capitalizzazione delle società personali, ma si dimostrava sostanzialmente neutrale nella percezione dei redditi di partecipazione da parte del socio. Oggi, come è stato osservato in dottrina ⁽³⁸⁴⁾, tale situazione si è modificata: mentre il regime delle società di persone rimane quello dell'imputazione per trasparenza, è mutato il regime fiscale dei dividendi sicché, in capo al socio persona fisica, il risultato societario seguito dall'imputazione e dalla distribuzione di dividendi non sopporta più lo stesso onere fiscale. L'accentuazione della differenza di imposizione in capo ai soci non pare perfettamente armonizzabile con l'intento legislativo del perseguimento della neutralità fiscale rispetto alla forma societaria. Nel nuovo t.u.i.r., come si vedrà più diffusamente in seguito, però solo l'art. 116 t.u.i.r., e non già l'art. 115 t.u.i.r., consente il raggiungimento della neutralità equiparando determinate società di capitali alle società di persone ⁽³⁸⁵⁾.

Ulteriore aspetto caratterizzante la tassazione per trasparenza delle società di capitali era costituito dalla possibilità, per la società partecipante che aveva iscritto la partecipazione nella società partecipata trasparente tra le immobilizzazioni finanziarie (con l'effetto di poter beneficiare, in caso di cessione, del regime di *participation exemption* di cui all'art. 87 t.u.i.r.), di escludere tale partecipazione dal calcolo degli interessi passivi indeducibili dal *pro rata* patrimoniale, stante la previsione contenuta nell'art. 97, comma 2, lett. b), t.u.i.r. che su questo punto attuava l'opzione concessa dall'art. 4, comma 1, lett. f), legge n. 80 del 2003. Quest'ultima disposizione, infatti, nel fissare una

Ove, infatti, tra i soci della società A vi siano altre società, i successivi dividendi sconteranno un ulteriore prelievo del 27,50 per cento sul 5 per cento.

L'analisi comparativa con il successivo art. 116 mostra che la tassazione per trasparenza delle società a responsabilità limitata e delle cooperative a responsabilità limitata, i cui soci sono esclusivamente persone fisiche, mostra di perseguire più decisamente finalità eliminative della doppia imposizione. Infatti, il dividendo percepito da persone fisiche, ove relativo a partecipazioni qualificate, beneficia solo in parte del regime di esclusione (sul 60 per cento del relativo ammontare o nella diversa percentuale che sarà fissata ai sensi dell'art. 1, comma 38, Legge 24 dicembre 2007, n. 244, c.d. Legge Finanziaria per il 2008 a seguito della riduzione dell'aliquota IRES – artt. 47 comma 1, e 59, comma 1, t.u.i.r.) e, ove relativo a partecipazioni non qualificate detenute al di fuori dell'esercizio d'impresa, subisce una ritenuta nella misura del 12,50 per cento del relativo ammontare (art. 27 comma 1, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600). Poiché, dunque, sia la tassazione con aliquota marginale sul 40 per cento (o sulla diversa percentuale che sarà fissata ai sensi dell'art. 1, comma 38, Legge Finanziaria per il 2008) del dividendo, sia la ritenuta a titolo d'imposta inciderebbero sull'utile dopo l'imposta dovuta dalla società, l'eventuale applicazione dell'art. 116 t.u.i.r si dimostra una misura in grado di eliminare gli effetti di doppia imposizione economica molto più nettamente di quanto non avvenga con il ricorso all'opzione di cui all'art. 115 t.u.i.r.. Cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2135.

⁽³⁸⁴⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 521.

⁽³⁸⁵⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 521.

regola forfetaria volta a determinare l’ammontare degli oneri finanziari non deducibili nel caso di partecipazioni che si qualificavano per l’esenzione di cui all’articolo 87 t.u.i.r. (qualora il loro valore di iscrizione in bilancio avesse ecceduto quello del patrimonio netto contabile), escludeva che tale meccanismo operasse con riferimento sia alle partecipazioni in società il cui reddito concorrevano insieme a quello della partecipante alla formazione dell’imponibile di gruppo, sia alle partecipazioni “*in società il cui reddito è imputato ai soci anche per effetto dell’opzione di cui all’art. 115*”. Tale vantaggio del ricorso al regime di trasparenza è stato ora perso in quanto il legislatore, con l’art. 1, comma 33, lett. l), Legge 24 dicembre 2007, n. 244, c.d. Legge Finanziaria per il 2008, ha abrogato l’art. 97 t.u.i.r.

Così brevemente descritti i vantaggi del regime di trasparenza, e con riserva di tornarci più diffusamente nel prosieguo, si deve ora procedere ad analizzare le condizioni alle quali è consentito l’accesso al regime di cui all’art. 115 t.u.i.r. e le conseguenze operative.

18. – AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE – CONDIZIONI LEGITTIMANTI E OSTATIVE.

L’art. 115, t.u.i.r. delimita l’ambito soggettivo di applicazione del nuovo istituto⁽³⁸⁶⁾ descrivendo:

- 1) le c.d. “condizioni legittimanti” l’esercizio dell’opzione, nonché;
- 2) le c.d. “condizioni ostative” l’esercizio dell’opzione la cui presenza costituisce preclusione all’accesso a tale regime o, se sopravvenute, decadenza dallo stesso.

L’individuazione delle condizioni positive si risolve nell’individuazione di particolari tipologie societarie che devono ricoprire, in qualità di partecipata e di partecipante, i soggetti che intendono esercitare l’opzione. Una volta individuate tale tipologie, la norma prosegue indicando i rapporti di tipo partecipativo che devono intercorrere tra i soggetti coinvolti. La possibilità di accedere al regime di trasparenza fiscale viene circoscritta, in generale, alle sole società di capitali residenti, interamente partecipate da altre società di capitali residenti o non residenti (se rispettano specifici requisiti), ciascuna con una percentuale di partecipazione agli utili e di diritti di voto esercitabili nell’assemblea generale non inferiore al 10 per cento e non superiore al 50 per cento.

Mutamenti nella compagine società non costituiscono causa di decadenza dall’opzione a condizione che siano rispettati i requisiti richiesti. Infatti, in base all’art. 115, comma 6, secondo periodo, t.u.i.r., gli effetti dell’opzione non vengono meno nel caso dell’ingresso di nuovi soci a condizione che soddisfino i requisiti di cui al comma 1 per i partecipanti residenti e al comma 2 per i partecipanti non residenti. Il socio che subentra non deve, quindi, esercitare l’opzione, ma accetta tacitamente il regime di trasparenza, cosicché la regola per cui, ai fini dell’opzione, è necessaria la volontà unanime dei soci, subisce una deroga nell’ipotesi di successivo cambiamento della compagine sociale⁽³⁸⁷⁾.

⁽³⁸⁶⁾ Così E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 535.

⁽³⁸⁷⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1162.

CAPITOLO QUARTO

Le condizioni negative non sono previste dalla legge delega, ma sono state autonomamente introdotte dal legislatore delegato (³⁸⁸). La loro introduzione non si ritiene costituisca violazione dei principi costituzionali in quanto comunque lo stesso legislatore delegato gode di un certo grado di discrezionalità ed a condizione, come nel caso in esame, che tali preclusioni rispettino i canoni di ragionevolezza. Tale preclusioni si rinvergono nell'elencazione tassativa fornita dall'art. 115 t.u.i.r. unitamente agli artt. 2 e 10, d.m. 23 aprile 2004. In estrema sintesi, tali condizioni sono rappresentate da:

- a) possibilità dei soci partecipanti di fruire di riduzioni dell'aliquota dell'imposta sul reddito delle società (³⁸⁹)
- b) esercizio da parte della società partecipare dell'opzione di cui agli articoli 117 e 130 t.u.i.r.;
- c) assoggettamento della partecipata a procedure concorsuali di cui all'art. 101 t.u.i.r. (³⁹⁰);

⁽³⁸⁸⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1508.

⁽³⁸⁹⁾ Tale condizione, inizialmente non prevista, è stata introdotta d.lgs. 18 novembre 2005, n. 247 (c.d. "Correttivo IRES") al fine di raggiungere l'obiettivo di garantire la coerenza del regime di trasparenza con il regime di consolidamento. Come chiarito dalla circolare 20 dicembre 2004, n. 54 in tema di consolidato, la disposizione citata non consente, pertanto, di optare per il consolidato alle società che adottano regimi fiscali di favore caratterizzati dall'applicazione di un'aliquota IRES inferiore a quella ordinaria. La norma riguarda le riduzioni di aliquota a qualsiasi titolo. La fruizione di un'aliquota IRES ridotta costituisce, pertanto, causa ostativa assoluta all'ingresso nel consolidato. Qualora il diritto alla fruizione dell'aliquota ridotta (non sussistente al momento dell'esercizio dell'opzione) sorga in epoca successiva (cioè in corso di validità dell'opzione per il consolidato nazionale) si verificherà l'interruzione anticipata del regime. Perché si verifichi la condizione di inammissibilità in esame, è sufficiente anche la sola disomogeneità potenziale delle aliquote applicabili, indipendentemente dal conseguimento di un imponibile positivo rispetto al quale beneficiare dell'applicazione dell'aliquota ridotta: è, dunque, da escludersi, ad esempio, la possibilità di adesione alla trasparenza da parte di una società che benefici di riduzione di aliquota anche nel caso in cui quest'ultima consegua perdite per tutto il periodo di vigenza dell'opzione. La previsione di esclusione in esame è, come detto, circoscritta alle sole ipotesi di aliquota ridotta ai fini IRES: essa non esplica, pertanto, i propri effetti nei riguardi di ipotesi di esenzione, sia totale che parziale, del reddito da imposizione, in dipendenza, ad esempio, di agevolazioni territoriali o settoriali (si pensi alle società cooperative che beneficiano di esenzioni, a carattere totale o parziale, in termini di concorso alla formazione dell'imponibile IRES).

⁽³⁹⁰⁾ L'art. 10, comma 1, d.m. 23 aprile 2004, ha specificato che tra le cause ostative al regime della trasparenza è da ricomprendere anche l'assoggettamento della società partecipata alle procedure concorsuali di cui all'articolo 101, comma 5, t.u.i.r.. Si tratta, in altri termini, del fallimento, della liquidazione coatta amministrativa, della procedura di concordato preventivo e della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Pertanto, se una delle suddette procedure concorsuali si è aperta nei confronti della società partecipata, questa non potrà esercitare l'opzione di cui all'articolo 115 t.u.i.r.. Nell'ipotesi in cui la partecipata si trovi già in regime di trasparenza, l'articolo 10 d.m. 23 aprile 2004, prevede che l'opzione esercitata perda efficacia a partire dal periodo d'imposta avente inizio dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Per effetto del disposto del comma 3 dell'articolo 10, d.m. 23 aprile 2004, la liquidazione ordinaria della società partecipata, invece, non fa venir meno l'efficacia dell'opzione. Tuttavia, ai fini del calcolo del triennio di validità dell'opzione, è necessario computare anche il periodo compreso tra l'inizio dell'esercizio e la data di messa in liquidazione (art. 182, comma 1, t.u.i.r.). Per quanto riguarda i periodi successivi all'inizio della liquidazione della società partecipata, in deroga all'articolo 182, comma 3, t.u.i.r., il d.m. 23 aprile 2004, stabilisce che il reddito o le

- d) trasformazione della partecipata in altra società non soggetta all’imposta sul reddito delle società ⁽³⁹¹⁾;
- e) trasferimento all’estero della residenza della società partecipata ⁽³⁹²⁾;
- f) fusione o scissione della società partecipata, salvo che l’opzione venga confermata da tutti i soggetti interessati, ricorrendo i presupposti indicati nei commi 1 e 2 dell’art. 115 t.u.i.r. ⁽³⁹³⁾ ⁽³⁹⁴⁾.

perdite fiscali di ciascuno degli esercizi compresi nella liquidazione si considerano definitivi, indipendentemente dalla durata della liquidazione stessa. Al riguardo, si rammenta che il citato comma 3, dell’articolo 182, dispone che il reddito relativo al periodo compreso tra l’inizio e la chiusura della liquidazione sia determinato in base al bilancio finale, e che se la liquidazione si protrae per un periodo che va oltre l’esercizio in cui ha avuto inizio la liquidazione stessa, il reddito relativo alla residua frazione di tale esercizio e ciascun successivo esercizio intermedio sia determinato in via provvisoria in base al rispettivo bilancio. Pertanto, nel caso in cui la messa in liquidazione della società partecipata avvenga nel periodo in cui opera la trasparenza, la disposizione contenuta nel comma 3 dell’articolo 10, d.m. 23 aprile 2004, fa sì che il risultato fiscale di ciascuno degli esercizi compresi nel periodo della liquidazione non debba formare oggetto di conguaglio finale, dal momento che il predetto risultato, non essendo determinato in via provvisoria, sarà sempre imputabile ai soci per il relativo assoggettamento a tassazione a titolo definitivo.

⁽³⁹¹⁾ In caso di trasformazione della società partecipata in altra società non soggetta all’imposta sul reddito delle società, l’opzione perde efficacia a partire dalla data in cui ha effetto la trasformazione (cfr. art. 10, comma 1, d.m. 23 aprile 2004). L’art. 170 t.u.i.r., che disciplina il regime fiscale delle trasformazioni in esame, non reca disposizioni espresse sulla decorrenza fiscale dei relativi effetti. La circolare n. 49 del 2004 ritiene, in tale caso, applicabile, anche ai fini fiscali, quanto previsto dall’art. 2500, comma 3, cod. civ., secondo cui la trasformazione ha effetto a decorrere dalla data di effettuazione dell’ultimo adempimento pubblicitario previsto dalla legge per il tipo di società adottato. Gli altri casi di trasformazione della società partecipata in soggetti che non possiedono i requisiti individuati dall’art. 115, comma 1, t.u.i.r., ovvero nei soggetti indicati nel comma 1, lettere b) e c), dell’articolo 73 t.u.i.r. comportano la perdita di efficacia dell’opzione con decorrenza dall’inizio del periodo di imposta in cui ha effetto la trasformazione stessa come si desume dall’art. 6, comma 1, lett. a), d.m. 23 aprile 2004.

⁽³⁹²⁾ Il trasferimento all’estero della residenza della società trasparente, ai sensi dell’articolo 166 t.u.i.r., comporta il venir meno del regime di tassazione per trasparenza a partire dal periodo d’imposta nel corso del quale è avvenuto il trasferimento (cfr. art. 10, comma 2, d.m. 23 aprile 2004). Per individuare tale periodo d’imposta, occorre ricordare che, ai fini delle imposte sui redditi, si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d’imposta hanno la sede legale o amministrativa o l’oggetto principale nel territorio nazionale (articolo 73, comma 3, t.u.i.r.). Ne consegue che, in caso di validità dell’opzione esercitata, ad esempio, per il triennio 2005 – 2007, in ipotesi di esercizio coincidente con l’anno solare, il trasferimento della residenza della società partecipata all’estero in data 3 marzo 2007 comporta la perdita di efficacia dell’opzione a partire dal 1° gennaio 2007. Diversamente, se il trasferimento della sede della società partecipata avviene durante la seconda metà del periodo d’imposta, ad esempio l’8 settembre 2007, la società si considera residente in Italia fino alla fine dello periodo d’imposta (31 dicembre 2007) ed il relativo reddito prodotto continuerà ad essere tassato per trasparenza in capo alle società partecipanti.

⁽³⁹³⁾ Per quanto qui di interesse, si osserva che nelle ipotesi di fusione o scissione, se la società partecipata si “estingue” per effetto dell’operazione straordinaria (società fusa nella fusione propria, società incorporata, società scissa con destinazione dell’intero patrimonio a società beneficiarie) l’opzione per la trasparenza precedentemente esercitata conserva efficacia fino alla data in cui l’operazione straordinaria esplica i suoi effetti, dato che, in tali casi, è possibile determinare il reddito prodotto a partire dall’inizio dell’esercizio e fino alla suddetta data (a meno che non sia stata decisa la retrodatazione degli effetti all’inizio dell’esercizio).

Se la società partecipata non si “estingue” a seguito dell’operazione straordinaria (società incorporante nella fusione, società scissa che scorpora solo parte del patrimonio a società beneficiarie) l’opzione per la trasparenza potrà essere confermata dalle società partecipanti e dalla

CAPITOLO QUARTO

I predetti requisiti previsti dalla norma devono risultare soddisfatti in capo a tutte le società partecipanti. Lo stabilisce espressamente l'art. 115 t.u.i.r., affermando che il regime di tassazione alternativo per le società di capitali si può applicare solo alle società cui “*partecipano esclusivamente*” soci con i requisiti sopra richiamati. Ne consegue che se anche uno solo dei soci non presenta i requisiti richiesti, l'opzione risulta inespugnabile anche da parte degli altri ⁽³⁹⁵⁾.

La norma precisa, altresì, che i requisiti richiesti “*devono sussistere a partire dal primo giorno del periodo d'imposta della partecipata in cui si esercita l'opzione e permanere ininterrottamente sino al termine del periodo d'opzione*”. In sostanza, il meccanismo è rigido e prevede che se uno solo dei requisiti previsti al comma 1 dell'art. 115 t.u.i.r. venga temporaneamente a mancare, in capo ad uno o più soci, durante il periodo d'imposta interessato dall'opzione, si perde il diritto alla tassazione per trasparenza.

18.1. – Tipologie societarie che possono rivestire la società partecipata e le società partecipanti.

L'articolo 115, comma 1, t.u.i.r. esordisce consentendo l'esercizio dell'opzione “*ai soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lettera a), al cui capitale sociale partecipano esclusivamente soggetti di cui allo stesso art. 73, comma 1, lettera a)...*”.

Possono quindi accedervi, sia in qualità di partecipata, sia un qualità di partecipante, le società per azioni, quelle in accomandita per azioni, quelle a responsabilità limitata nonché le società cooperative ⁽³⁹⁶⁾ e di società di mutua assicurazione, mentre sono esclusi gli enti pubblici e privati aventi scopo commerciale ed i consorzi non costituiti in forma societaria (in quanto ricompresi

società partecipata. In caso contrario, l'opzione per la trasparenza perde efficacia a partire dall'inizio del periodo d'imposta della società partecipata in cui si verifica l'operazione straordinaria, in quanto, in tale ipotesi, non è possibile determinare il reddito prodotto a partire dall'inizio dell'esercizio e fino alla data in cui l'operazione straordinaria esplica i suoi effetti per l'assenza di disposizioni che individuino un corrispondente periodo d'imposta.

Sul tema P. BARTOLI, A. DODERO, *Le operazioni straordinarie nel regime di trasparenza e nella tassazione consolidata*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 2507.

⁽³⁹⁴⁾ Da ultimo, merita ricordare che, diversamente dalla disciplina del consolidato nazionale, non è richiesta l'identità dei periodi di imposta delle società partecipanti come nella disciplina del consolidato. Pertanto, l'imputazione del reddito per trasparenza può verificarsi anche in corso d'anno con la conseguenza che le imposte sul reddito prodotto dalla partecipata, dovute *pro quota* dalle partecipanti, potrebbero essere liquidate successivamente, in sede di dichiarazione dei redditi di ciascuna società socia. Opportunamente, il terzo comma dell'art. 115 t.u.i.r. precisa che sulla base dello stesso criterio di attribuzione, ogni socio può scomputare dalle relative imposte dovute le ritenute operate a titolo di acconto sui redditi della società partecipata, i crediti d'imposta e gli acconti versati dalla stessa.

⁽³⁹⁵⁾ Si tratta del c.d. principio “*all in, all out*” nella terminologia della circolare n. 49 del 2004 che propone il seguente esempio: “*l'opzione non può essere esercitata e, dunque non trova applicazione il regime di trasparenza nell'ipotesi in cui, ad esempio, una società sia partecipata da tre soci di cui, il primo, con una partecipazione del 50% , il secondo con il 45% e l'ultimo con una partecipazione minoritaria del 5%*”.

⁽³⁹⁶⁾ Sulle problematiche che derivano dalla presenza di società cooperative tra quelle ammesse entro un perimetro di trasparenza si rinvia al successivo paragrafo 23.1. – *Tipologie societarie che può rivestire la società partecipata: il problema delle società cooperative a responsabilità limitata.*

nella lettera b) del citato articolo 73) oltre agli enti pubblici e privati senza scopo commerciale, alle persone fisiche nonché alle società di persone in qualità sia di società – socie che di società partecipate. Il regime opzionale in esame è, dunque, ammesso, innanzitutto, a condizione che le società partecipate e partecipanti residenti abbiano la medesima veste giuridica, e cioè quella di società di capitali ⁽³⁹⁷⁾. Sono, pertanto, esclusi gli enti non societari, sia commerciali sia non commerciali.

Si cercherà ora di comprendere le ragioni di tali esclusioni.

Con riferimento all’esclusione delle società di persone, si osserva che queste non possono fruire di questo regime, né, come si vedrà, di quello disciplinato dall’art. 116, in quanto tali società sono esse stesse trasparenti, ai sensi dell’art. 5 t.u.i.r., ma neppure vi possono accedere in qualità di società partecipanti. Ciò può ritenersi giustificato con riguardo al regime di cui all’art. 115 t.u.i.r. società di capitali attese le differenze nella determinazione del reddito imponibile previste per i due modelli societari ⁽³⁹⁸⁾. Non vi è, infatti, omogeneità tra le società di capitali soggette alle regole IRES e le società di persone soggette alle regole IRPEF. In particolare sono previste regole differenti in tema di tassazione dei dividendi che per le società di persone sono esenti nella stessa misura prevista per le persone fisiche. I soci – persone fisiche della società di persone – socia della società trasparente avrebbero così conseguito un indebito vantaggio fiscale.

Relativamente agli enti commerciali, giustificazioni ulteriori, altre a quelle appena illustrate, sono difficilmente rinvenibili attesa la sostanziale uniformità e comunanza quanto alle regole di determinazione del reddito imponibile ⁽³⁹⁹⁾. È superfluo ricordare che il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell’articolo 73 t.u.i.r., da qualsiasi fonte provenga, è considerato reddito d’impresa ed è determinato secondo regole comuni. L’unica giustificazione avanzata dalla dottrina ⁽⁴⁰⁰⁾ riposa sulla circostanza che per gli enti non societari di cui alla lett. b) dell’art. 73 t.u.i.r. la distribuzione di avanzi di gestione è del tutto marginale. Tale osservazione pare condivisibile solo per escludere gli enti commerciali dal ruolo di partecipata, non già anche da quello di partecipante.

Soluzione analoga è stata adottata nel consolidato ove il ruolo degli enti commerciali risulta diversamente apprezzato. Ai sensi del comma 1 dell’art. 117 t.u.i.r. possono, infatti, assumere la qualifica di controllante i seguenti soggetti passivi IRES:

- a) le società di capitali residenti;
- b) gli enti pubblici e privati residenti, diversi dalle società, che hanno per oggetto principale o esclusivo l’esercizio di attività commerciali (*ex art. 73, comma 1, lett. b), t.u.i.r.*). Atteso che il menzionato art. 117 non contiene alcun richiamo alla lett. c) del comma 1 dell’art. 73, l’esercizio dell’opzione per la tassazione su base consolidata risulta, invece, precluso agli enti pubblici e privati residenti, diversi dalle società, che non hanno per oggetto esclusivo o

⁽³⁹⁷⁾ P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, Milano, 2005, pag. 184.

⁽³⁹⁸⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1506.

⁽³⁹⁹⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 536.

⁽⁴⁰⁰⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 689; V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 132.

CAPITOLO QUARTO

- principale l'esercizio di attività commerciali;
- c) le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato (art. 73, comma 1, lett. d), t.u.i.r., incluse società ed associazioni analoghe a quelle previste dall'art. 5 t.u.i.r., qualora operino in Italia attraverso una stabile organizzazione e risiedano in uno Stato con il quale è in vigore un accordo contro la doppia imposizione;

Ai sensi dell'art. 120, comma 1, t.u.i.r., possono poi optare per il consolidato, in qualità di controllate, esclusivamente le “*società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata*”. La menzionata disposizione, nel limitare l'accesso al consolidato in qualità di soggetto controllato esclusivamente ai suddetti tipi di società di capitali restringe la platea dei soggetti ammessi alla opzione in tale veste, rispetto alla previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 117 t.u.i.r.. L'esercizio della opzione in qualità di controllati è, dunque, consentito esclusivamente ai soggetti che risultino contemporaneamente costituiti in forma di società di capitali diverse dalle cooperative e dalle società di mutua assicurazione, residenti nel territorio dello Stato ⁽⁴⁰¹⁾.

Nonostante tali precisazione, risulta comunque che nel sistema del consolidato residua uno spazio per gli enti commerciali: essi possono porsi al vertice di un gruppo. Il legislatore presume che questi non si pongono quale soggetti operativi, bensì quali enti di gestione sicché, nel tentativo di eliminare quella parziale doppia imposizione che il nuovo regime di tassazione dei dividendi comporta, ha ritenuto di poter includere anche tali soggetti entro un perimetro di consolidamento.

Dall'analisi congiunta dell'istituto della trasparenza e del consolidato, ne consegue che il legislatore ha escluso sia dal ruolo di società partecipata sia da quello di controllata (ovvero dal ruolo del soggetto destinato a trasferire il reddito tassabile) i soggetti diversi dalle società di capitali, pur aventi oggetto commerciale. Assume prevalenza il dato formale rispetto all'elemento sostanziale. Nella definizione, invece, di società controllante (ovvero del soggetto soggetto destinato a ricevere il reddito tassabile), almeno nel consolidato, il perseguimento di un oggetto commerciale in una forma diversa da quella societaria non preclude l'accesso a tale istituto.

Si osserva così una differenza tra gli istituti in esame. La riforma IRES ha voluto concedere l'accesso al consolidato ad una platea più ampia di soggetti rispetto a quelli che possono accedere alla trasparenza ⁽⁴⁰²⁾.

Nella trasparenza la giustificazione dell'uniformità delle modalità di determinazione del reddito non è apparsa sufficiente per consentire di allargare questo istituto agli enti commerciali. Il legislatore sembra, invece, “tagliare” la sua conformazione su precise strutture risultanti dalla prassi operativa (quella delle *joint ventures*). Non si comprende, però, perché mentre è possibile immaginare al vertice di un gruppo un ente commerciale, non è parimenti possibile che più enti commerciali svolgano un'attività comune su un piano paritetico attraverso una società comune. La scelta di escludere dalla trasparenza gli enti commerciali di cui alla lett. b) dell'art. 73, comma 1, t.u.i.r., effettuata già in sede di legge delega (ove si faceva riferimento solo alle società di capitali),

⁽⁴⁰¹⁾ M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, cit., pag. 572.

⁽⁴⁰²⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 536, nota 59.

risulta non perfettamente comprensibile attesa la sostanziale omogeneità nella determinazione del reddito imponibile tra società ed enti commerciali ⁽⁴⁰³⁾ e finisce per vulnerare il principio di neutralità dello strumento utilizzato per lo svolgimento di un’attività economica.

Proseguendo nell’analisi dei soggetti esclusi dalla trasparenza, non si può fare a meno di osservare l’esclusione dei consorzi ⁽⁴⁰⁴⁾.

L’art. 2602 cod. civ. definisce il contratto di consorzio come il contratto attraverso cui più imprenditori costituiscono un’organizzazione comune, diretta alla disciplina delle rispettive imprese od allo svolgimento di determinate fasi di esse. Esso si pone quale soggetto giuridico autonomo, dotato di una soggettività, separata e distinta rispetto a quella dei singoli membri che lo compongono ⁽⁴⁰⁵⁾. Si può distinguere tra consorzio con attività interna, nel caso esso sia finalizzato al semplice coordinamento dell’attività economica dei singoli consorziati, e consorzio con attività esterna, nel caso sia invece orientato allo svolgimento di intere fasi comuni dell’attività lavorativa delle singole imprese. Questo secondo modello operativo necessita anche di un ufficio *ad hoc* (art. 2612 cod. civ.) per poter operare con i terzi.

Dal punto di vista tributario, ne viene riconosciuta la soggettività tributaria passiva; *ex art. 73, comma 2, t.u.i.r.*, ricade, infatti, nell’ambito di applicazione IRES. Quanto alle modalità di determinazione del reddito occorre prestare attenzione al tipo di attività concretamente svolta. Il legislatore ha, infatti, precisato che, pur dovendo questo svolgere tipicamente un’attività mutualistica, non si può a priori escludere che, compatibilmente con detti scopi, intraprenda l’esercizio di un’attività commerciale (tale situazione è tipica dei consorzi con attività esterna). Di conseguenza, a fini tributari, si è previsto che, nell’ipotesi di esercizio esclusivo o principale di una simile attività, il consorzio dovrà essere annoverato tra gli enti commerciali e determinerà i propri redditi secondo le regole del reddito di impresa ⁽⁴⁰⁶⁾. Viceversa, quando un consorzio non svolga una simile attività (come nel caso dei consorzi con attività interna), si applicano le norme relative agli enti non commerciali. Si deve aggiungere che, nel caso di esercizio di una forma di mutualità assolutamente pura, il consorzio sarà autorizzato, anzi addirittura obbligato, al conseguimento del pareggio del bilancio, tramite la tecnica dei ristorni attivi e passivi, a favore o a carico dei singoli consorziati. Perciò, nel caso di perseguimento di uno scopo mutualistico puro, il consorzio che si trovi a sostenere costi, nell’interesse dei singoli consorziati, dovrà provvedere ad addebitare loro equivalenti prestazioni di servizi, *pro quota* di partecipazione al consorzio. Se, invece, vengono a manifestarsi ricavi, questi dovranno essere considerati ricavi dei consorziati ed essere contabilizzati quali partite finanziarie in transito, senza che interessino il conto economico.

⁽⁴⁰³⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 536, nota 60.

⁽⁴⁰⁴⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1506, A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 689; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 535.

⁽⁴⁰⁵⁾ L. F. PAOLUCCI, *Consorzi e società consortili nel diritto commerciale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, III, Torino, 1988, pag. 433.

⁽⁴⁰⁶⁾ L. PERRONE, *Consorzi e società consortili nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, III, Torino, 1988, pag. 448.

CAPITOLO QUARTO

Laddove venga perciò a manifestarsi a carico del consorzio un risultato di segno positivo o negativo, questo verrà comunque annullato in quanto dovrà essere contabilizzata una posta uguale, ma di segno contrario, a carico dei membri. In questo modo, il risultato fiscalmente rilevante, maturato dal consorzio, sarà sempre pari a zero. Tali considerazioni valgono unicamente nel caso di consorzio con scopo strettamente mutualistico. Se esso, invece, viene a praticare una forma spuria di mutualità, il consorzio stesso sarà considerato percettore di reddito e dovrà perciò subire il relativo prelievo fiscale, senza che si possa procedere secondo lo schema summenzionato. Tale situazione è quella ordinaria nel caso di consorzi con attività esterna. Questi ultimi, in particolare, possono porsi in una situazione concorrenzialmente rilevante con le società trasparenti: più soggetti possono, infatti, privilegiare tale struttura organizzativa per svolgere, su un piano paritetico, una o più fasi di un processo produttivo. Essi risultano in quanto tali irragionevolmente esclusi dal campo di applicazione della trasparenza.

L'esclusione degli enti non societari potrebbe, eventualmente, accettarsi ritenendo che la *ratio* dell'istituto della trasparenza di cui all'art. 115 t.u.i.r. non sia rimuovere la doppia imposizione economica sugli utili, bensì ripristinare la possibilità di trasmettere le perdite, ove non altrimenti fruibile. Per gli enti associativi diversi dalle società, ed in particolare per i consorzi, la trasmissibilità delle perdite, sarebbe indirettamente garantita dalla deducibilità dei contributi versati dagli associati. Consentire la trasparenza anche ai consorzi avrebbe, comunque, avuto importanti riflessi pratici in quanto la loro gestione fiscale è complicata dalla necessità di chiusura in pareggio, laddove il regime della trasparenza fiscale avrebbe semplificato la gestione⁽⁴⁰⁷⁾. Inoltre, si tradisce così una delle finalità della norma: quella di favorire le *joint ventures* che spesso assumo proprio forma consortile.

Né questa argomentazione è sufficiente per superare una delle distonie dell'istituto: la medesima attività consortile può, infatti, essere svolta tanto in forma di società di capitali (art. 2615-*ter* cod. civ.), potendo allora beneficiare della trasparenza, quanto in forma non societaria (artt. 2602 e segg. cod. civ.), restandone invece esclusa⁽⁴⁰⁸⁾.

Le società consortili sono un'organizzazione societaria che, pur costituendosi secondo una delle tipiche forme commerciali previste dal codice civile, assume come oggetto sociale gli scopi caratteristici del consorzio. La costituzione di una simile società è, perciò, diretta alla disciplina e allo svolgimento di alcune fasi delle imprese partecipanti, allo scopo di conseguire, attraverso l'organizzazione comune, vantaggi di tipo mutualistico per i soci consorziati⁽⁴⁰⁹⁾. Si applicano alle società consortili le norme relative alla forma societaria prescelta, salvo le regole particolari ed i principi generali in tema di consorzi. Nella società consortili, il perseguimento di una scopo di lucro è perfettamente possibile in quanto risulta implicito dalla scelta di un modello di tipo societario. Dal punto di vista fiscale, le società consortili hanno un

⁽⁴⁰⁷⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 689; V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 132.

⁽⁴⁰⁸⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1506.

⁽⁴⁰⁹⁾ A. BASSI, *L'impresa societaria con scopo mutualistico – Scopo e variabilità del capitale*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 402.

inquadramento tributario di totale corrispondenza a quello degli istituti giuridici di cui assumono la forma; risultando, quindi, parzialmente trasparenti o soggetti di imposta a seconda che si configurino come società consortili di persone o di capitali.

Tale assimilazione opera anche nel caso della trasparenza di cui all’art. 115 t.u.i.r.. Una società consortile, diversamente da un consorzio, potrà accedere ad un perimetro di consolidamento sia come partecipa che come partecipante. Potendosi, quindi, perseguire finalità mutualistiche sia in forma consortile che in forma societaria, non si vedono le ragioni per l’esclusione dei consorzi dal campo di applicazione dell’istituto in esame. Il legislatore, sin dalla legge delega, sembra aver irragionevolmente ristretto il campo di applicazione della trasparenza escludendo soggetti ai quali sarebbe potuto essere applicabile tale istituto.

Come anticipato, sono poi esclusi dal campo di applicazione della trasparenza gli enti non commerciali di cui alla lett. c) dell’art. 73, comma 1, t.u.i.r.. Questa scelta, diversamente dalla precedente, appare coerente con la natura del reddito tassato per trasparenza rappresentato da utili derivanti dalla partecipazione in enti societari evidentemente diversi dagli “avanzi di gestione” residuati ad enti associativi non societari ed attribuibili soltanto in sede di scioglimento⁽⁴¹⁰⁾.

Tale scelta, nel contesto della riforma IRES, trova, peraltro conforto nel principio di delega di cui all’inattuato art. 3, comma 1, lett. a), legge n. 80 del 2003 che prevedeva l’ “*inclusione, tra i soggetti passivi dell’imposta, degli enti non commerciali*”. La riforma del 2003 prevedeva, infatti, la sostituzione dell’IRPEF con l’IRE (Imposta sul reddito) i soggetti passivi della quale sarebbero dovuti essere, oltre alle società di persone gli enti non commerciali⁽⁴¹¹⁾.

⁽⁴¹⁰⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 133.

⁽⁴¹¹⁾ Una delle principali differenze che sarebbe risultata dall’introduzione dell’IRE (Imposta sul reddito) sarebbe consistita nella circostanza che per gli enti non commerciali, come per le persone fisiche, i dividendi sarebbero stati esentati da tassazione nella misura del 60 per cento se derivanti da partecipazioni qualificate o integralmente soggetti ad imposta sostitutiva del 12,50 per cento se derivanti da partecipazioni non qualificate. Non vi sarebbe, quindi stata omogeneità di tassazione tra gli enti coinvolti. Se il criterio di delega fosse stato attuato si sarebbe, al massimo, potuto ipotizzare di includere gli enti non commerciali tra i soggetti ammessi ad usufruire della trasparenza di cui all’art. 116 t.u.i.r.. Sul trattamento degli enti non commerciali nella riforma del 2004, cfr. G. FRANSONI, *I criteri e principi direttivi della legge delega relativi ai soggetti passivi delle nuove imposte sui redditi (con particolare riferimento agli enti non commerciali)*, in *Rass. trib.*, 2002, pag. 2015.

Si ricorda che il regime di tassazione degli enti non commerciali deve essere completato con quanto previsto dall’art. 4, comma 1, lett. q), legge n. 80 del 2003 per effetto del quale “*fino a quando, ai sensi dell’articolo 3, comma 1, lettera a), della legge 7 aprile 2003, n. 80, non verrà attuata l’inclusione, tra i soggetti passivi dell’imposta sul reddito, degli enti non commerciali di cui all’articolo 73, comma 1, lettera c), del citato testo unico delle imposte sui redditi, così come modificato dal presente decreto legislativo, gli utili percepiti, anche nell’esercizio di impresa, dagli enti stessi non concorrono alla formazione del reddito imponibile, in quanto esclusi, nella misura del 95 per cento del loro ammontare; sull’ammontare imponibile degli utili, in qualunque forma corrisposti nel primo periodo d’imposta che inizia a decorrere dal 1° gennaio 2004, le società e gli enti indicati nel comma 1 dell’articolo 23 del decreto del presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 operano, con obbligo di rivalsa, una ritenuta del 12,50 per cento a titolo di acconto*”.

Venendo così accentuate le differenze nelle modalità di tassazione tra enti commerciali e società da un lato e enti non commerciali dall'altro, si sarebbe potuta sostenere la correttezza della scelta di non includere gli enti non commerciali nel perimetro di trasparenza.

18.2. – *La residenza ...*

La trasparenza fiscale di cui all'art. 115 t.u.i.r. non è solo un istituto strettamente "domestico" ⁽⁴¹²⁾, ma può presentare elementi di estraneità che lo rendono in parte transnazionale. Si devono, però, a questo proposito, tenere distinte le posizioni della società partecipata e della società partecipanti.

18.2.1. – ... della società partecipata.

La società partecipata può esclusivamente essere una società residente. Tale conclusione deriva dalla circostanza che l'art. 115, comma 1, t.u.i.r. consente l'esercizio dell'opzione alle società di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), t.u.i.r. ovvero le società di capitali "*residenti nel territorio dello Stato*". Anche tale requisito deve implicitamente ritenersi richiamato in quanto non esistono stilemi limitativi del rinvio stesso ⁽⁴¹³⁾.

Conferma tale impostazione l'art. 10, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, attuativo dell'art. 115 t.u.i.r. per effetto del quale il trasferimento all'estero della residenza ⁽⁴¹⁴⁾ della società partecipata comporta la perdita di efficacia dell'opzione a partire dal periodo d'imposta nel corso del quale è avvenuto il trasferimento stesso.

Tale scelta del legislatore non ha mancato di sollevare qualche dubbio intorno alla sua conformità al diritto comunitario ⁽⁴¹⁵⁾: ne consegue, infatti, che non potrebbe optare per l'imposizione per trasparenza la partecipata comunitaria non residente. I soci italiani di una simile società scontrerebbero un trattamento peggiore in quanto non potrebbero evitare la doppia imputazione dei dividendi e non potrebbero utilizzare le perdite della partecipata. La residenza della partecipata costituirebbe per le partecipanti residenti un chiaro disincentivo all'investimento in società comunitarie non residenti.

Nella legge delega non veniva indicato alcunché circa la residenza della partecipante, tuttavia, la scelta di escludere le società partecipate residenti può trovare alcune giustificazioni. La trasparenza fiscale, infatti, rappresentando una forma di imputazione del reddito societario "*complessivo*" in capo ai soci, è inconciliabile con ogni imputazione parziale del reddito e dunque non ne permette l'applicazione ad una società non residente che annovera fra i suoi soci anche un soggetto residente in Italia. L'applicazione della trasparenza si riflette necessariamente sulla soggettività della società partecipante che, anche se non

⁽⁴¹²⁾ L'espressione è di C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1167.

⁽⁴¹³⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 538.

⁽⁴¹⁴⁾ Sul tema G. MELIS, *Profili sistematici del "trasferimento" di residenza fiscale delle società*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2004, pag. 13.

⁽⁴¹⁵⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 538.

residente, deve necessariamente restare unitaria ⁽⁴¹⁶⁾ e deve peraltro concernere la totalità dei redditi da essa prodotti.

Si deve inoltre aggiungere che, alla luce anche dei generali principi del diritto tributario internazionale ⁽⁴¹⁷⁾, la potestà impositiva dello Stato italiano copre solo i redditi prodotti dalla partecipata che presentano un collegamento con il territorio italiano sicché, in via puramente teorica, solo nei confronti di questi ultimi potrebbe trovare applicazione il principio di trasparenza. Lo Stato italiano non potrebbe, pertanto, imporre alcun obbligo alla società partecipata ed ai soci non residenti in Italia; solo quelli residenti in Italia potrebbero optare per la trasparenza. L’applicazione della trasparenza alla società partecipata non residente richiederebbe di frammentare la soggettività della partecipata stessa e i redditi da essa prodotti, ma una simile conclusione, oltre a presentare notevoli difficoltà di ordine pratico, collide con la natura dell’istituto stesso.

Più, in generale, si deve poi osservare che la scelta di escludere le società di capitali non residenti dalla trasparenza trova quindi le proprie giustificazioni in una valutazione di opportunità del legislatore: le stesse che, in passato, lo avevano portato ad a non applicare la trasparenza alle società di persone non residenti.

Già l’applicazione del principio di trasparenza alle società di persone non residente avrebbe obbligato il Fisco, per la parte di redditi prodotti in Italia dalla società di persone non residente, a richiedere l’adempimento delle imposte dovute a soci non residenti con le connesse difficoltà nella riscossione. L’esigibilità del credito tributario ne sarebbe risultata fortemente affievolita data la sostanziale impossibilità di precedere ad esecuzione forzata nei confronti di soci non residenti, sicché esigenze di sicurezza e semplicità avevano consigliato di procedere alla riscossione delle imposte direttamente nel territorio nazionale ⁽⁴¹⁸⁾. È stato così un “*orientamento essenzialmente pragmatico*” ⁽⁴¹⁹⁾ ad aver indotto il legislatore tributario a diversificare la disciplina delle società di persone residenti rispetto a quelle delle società di persone non residenti. Peraltro, tale scelta non ha mancato di sollevare critiche e dubbi di legittimità costituzionale. Infatti, l’inclusione delle società di persone non residenti tra i soggetti passivi dell’IRPEG ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale per non conformità alla legge delega n. 825 del 1971 ⁽⁴²⁰⁾ in quanto quest’ultima escludeva espressamente dalla sfera applicativa del tributo le società personali senza distinguere se residenti o non residenti (art. 3, punti 8 e 9). La più ampia definizione dell’ambito dei soggetti passivi è stata giustificata con lo stesso tipo di motivazioni addotto per l’assimilazione alle persone giuridiche degli altri soggetti collettivi privi di personalità giuridica: la difficoltà di imputazione ai singoli soci del reddito prodotto dalla società. Ne è

⁽⁴¹⁶⁾ P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 98.

⁽⁴¹⁷⁾ Sul tema C. SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in *Diritto internazionale tributario*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2005, pag. 43.

⁽⁴¹⁸⁾ C. SACCHETTO, *L’imposta sul reddito delle persone giuridiche*, cit., pag. 118.

⁽⁴¹⁹⁾ L’espressione è di P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 55. Cfr. anche C. MAGNANI, *I soggetti passivi dell’imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Dir. prat. trib.*, 1973, pag. 1148; E. ANTONINI, *Personalità giuridica ed imposta sulle persone giuridiche*, cit., 1978, pag. 385; G. C. CROXATTO, *Redditi delle persone giuridiche (Imposta sui) (IRPEG)*, cit., pag. 415.

⁽⁴²⁰⁾ E. ANTONINI, *Personalità giuridica e imposta sulle persone giuridiche*, cit., pag. 385; A. PISTONE, *L’ordinamento tributario – Lezioni di diritto tributario*, cit., pag. 255.

CAPITOLO QUARTO

derivato, da un punto di vista sistematico, che è la localizzazione all'estero del soggetto, il fattore che determina la differenza di trattamento ⁽⁴²¹⁾. Le stesse osservazioni si ritiene valgono anche oggi per la trasparenza delle società di capitali.

Potrebbe mettere in crisi tali conclusioni la recente sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee resa all'esito della Causa C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. e Finanzamt Bielefeld-Innenstadt* ⁽⁴²²⁾. In tale sentenza, la Corte di Giustizia afferma la libertà degli Stati di scegliere i criteri per coordinare la tassazione della società e quella dei soci a condizione che si rispetti il principio di parità di trattamento tra forme paragonabili di esercizio dell'impresa. Vi sarebbe ad esempio una discriminazione se, una volta scelto quale criterio di coordinamento tra fiscalità societaria e fiscalità dei soci il metodo dell'imputazione con attribuzione del credito di imposta sui dividendi, quest'ultimo venisse applicato soltanto agli utili di una società di capitali localizzata nello stesso Paese di residenza del socio, e non invece in relazione agli utili prodotti da una società di capitali localizzata in uno Stato membro diverso da quello di residenza del socio ⁽⁴²³⁾. La Corte, invece, richiede di riservare allo stesso modello societario il medesimo trattamento così da evitare discriminazioni. Nel caso di cui all'art. 115 t.u.i.r., come pure nel caso di cui al successivo art. 116 t.u.i.r., si potrebbe predicare l'esistenza di una discriminazione in quanto il socio italiano di una società di capitali non residente con requisiti analoghi a quelli degli articoli da ultimo menzionati non potrebbe esercitare l'opzione ⁽⁴²⁴⁾. Applicando il principio affermato dalla Corte, si potrebbe concludere per l'incompatibilità della disciplina italiana. Pare, tuttavia che le considerazioni sopra svolte (e, quindi, la necessaria considerazione unitaria del reddito della società partecipata, l'impossibilità di porre a suo carico gli adempimenti previsti per le società italiane) possano continuare a valere la diversità di trattamento. Si deve poi aggiungere che la sentenza della Corte di Giustizia osserva un particolare modello di tassazione, quello delle società di persone, la trasparenza delle quali appare quale criterio (tendenzialmente) naturale di tassazione ⁽⁴²⁵⁾, tale da consentire al legislatore tedesco di presumere che le stesse ricevano il medesimo trattamento anche al di fuori della Germania. La trasparenza delle società di capitali si pone, invece, quale regime derogatorio della naturale (tendenziale) soggettività delle società di capitali, sicché il legislatore italiano non potrebbe fare affidamento sulla naturale coerenza nei meccanismi di tassazione. Per ripristinare tale coerenza, dovrebbe imporre obblighi alla società estera, circostanza, che, come già osservato, contrasterebbe con i principi di diritto internazionale.

⁽⁴²¹⁾ Così C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, cit., pag. 118.

⁽⁴²²⁾ Cfr. già alla nota 103.

⁽⁴²³⁾ D. STEVANATO, *Tassazione delle "partnership" e libertà di stabilimento (nota a Corte di giustizia UE, 6 dicembre 2007, causa C-298/05, cit., 2008, pag. 295*

⁽⁴²⁴⁾ P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 98.

⁽⁴²⁵⁾ D. STEVANATO, *Tassazione delle "partnership" e libertà di stabilimento (nota a Corte di giustizia UE, 6 dicembre 2007, causa C-298/05, cit., 2008, pag. 295*.

18.2.1. – ... delle società partecipanti: l’esonero dall’obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti.

Il problema della residenza delle società partecipanti è disciplinato dal comma 2 dell’articolo in esame che consente l’esercizio dell’opzione anche a soci non residenti a condizione che, oltre a rispettare i requisiti richiesti per i soci residenti, “*non vi sia obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti*”⁽⁴²⁶⁾.

La circostanza che una o più società partecipanti abbiano la residenza all’estero non impedisce, quindi, di per sé l’esercizio dell’opzione. Il legislatore così, riproponendo fedelmente la disposizione della delega, ha esteso anche alle società non residenti nel territorio dello Stato la possibilità di accedere al regime fiscale della trasparenza, a condizione che:

- 1) abbiano gli stessi requisiti richiesti alle residenti;
- 2) non vi sia l’obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti.

In sostanza, la disposizione contenuta nel comma 2 dell’articolo 115 t.u.i.r. non opera che un rinvio a quanto previsto per le società residenti, salvo aggiungere l’ulteriore condizione dell’esclusione della ritenuta sopra menzionata.

La prima condizione pone un problema di qualificazione dei tipi societari. Infatti, per quanto riguarda i soci non residenti, l’art. 115, comma 2, t.u.i.r. non contiene alcuna specificazione relativa al tipo societario, rinviando anzi, totalmente a quanto previsto per le società residenti (quindi ai soggetti di cui all’art. 73, comma 1, lett. a), t.u.i.r.). Per sciogliere tale rinvio, si sarebbe, quindi, dovuto procedere caso per caso ad un esame della tipologia della società non residente di cui si tratta per stabilire se appartenga alla tipologia delle società di capitali che può giovare del regime di trasparenza⁽⁴²⁷⁾.

Tale semplice rinvio, se inteso in modo rigido, avrebbe, quindi, potuto porre, in alcuni casi, dei problemi non indifferenti⁽⁴²⁸⁾. Di tale circostanza si è reso successivamente conto il legislatore che, nel d.m. 23 aprile 2004, ha offerto un’interpretazione meno restrittiva della norma in esame. L’art. 1, comma 2, del decreto menzionato, opportunamente, nel delineare l’ambito soggettivo di applicazione dell’istituto, stabilisce che “*l’opzione può essere esercitata, in qualità di soci, anche dai soggetti indicati nell’art. 73, comma 1, lettera d) del testo unico, a condizione che per gli utili distribuiti dalla società partecipata non*

⁽⁴²⁶⁾ Il comma 2 dell’art. 1, d.m. 23 aprile 2004, di attuazione del regime di tassazione per trasparenza precisa che “*L’opzione può essere esercitata, in qualità di soci, anche dai soggetti indicati nell’art. 73, comma 1, lettera d), del testo unico, a condizione che per gli utili distribuiti dalla società partecipata non vi sia obbligo di ritenuta fiscale ovvero la ritenuta, se applicata, sia suscettibile di integrale rimborso*”.

⁽⁴²⁷⁾ In caso di trasferimento della sede del socio dalla giurisdizione italiana a quella estera, o viceversa, il requisito della residenza dovrà essere definito in funzione del modo secondo il quale l’ordinamento di provenienza regola il trasferimento di sede. Se opera il principio di continuità del soggetto giuridico, il socio che avesse trasferito la sede dall’estero in Italia sarà non residente o residente in Italia, a seconda che egli non abbia oppure abbia avuto per la maggior parte del proprio periodo d’imposta in Italia la sede legale, o la sede amministrativa, o l’oggetto principale della sua attività. Qualora per l’ordinamento di provenienza, il trasferimento di sede fosse equiparato all’estinzione del soggetto, la fissazione della sede in Italia equivarrebbe a costituzione a nuovo di tale soggetto, con conseguente immediata assunzione dello stato di residente (si veda la Risoluzione dell’Agenzia della. Entrate 17 gennaio 2006, n. 9/E; cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2143)

⁽⁴²⁸⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1507.

vi sia obbligo di ritenuta fiscale ovvero la ritenuta, se applicata, sia suscettibile di integrale rimborso”.

Il decreto ministeriale chiarisce, così, che si deve fare rinvio non alla lett. a) dell’art. 73, bensì alla lett. d) del medesimo articolo che annovera “*le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*”. L’ampiezza della lettera d) consente allora di ritenere superati i problemi di qualificazione. Il coinvolgimento dei soggetti non residenti vale per tutti gli enti esteri, indipendentemente dalla loro forma giuridica. Sulla base di tale disposizione, viene così significativamente semplificato l’accesso al regime opzionale ⁽⁴²⁹⁾. Per gli enti non residenti è, quindi, del tutto ininfluyente l’appartenenza ai tipi delle società di persone, delle società di capitali, ovvero degli enti non societari posto che l’ordinamento fiscale interno non differenzia il trattamento di tali enti sulla base della loro struttura preferendo includerli in modo unitario tra i soggetti passivi dell’IRES. Ciò potrebbe consentire a enti non commerciali non residenti di esercitare l’opzione per la trasparenza, mentre ad un ente non commerciale residente, come visto in precedenza, tale regime è precluso.

Se la necessità che tra la società partecipata la partecipante vi sia uniformità nella determinazione del reddito imponibile, la stessa esigenza non è avvertita in caso di enti non residenti. Mentre nel caso di enti residenti, il legislatore ha garantito l’omogeneità nella determinazione del reddito, ciò sembrerebbe non valere nel caso di enti non residenti atteso che questi, ove non svolgono attività commerciale, procedono alla determinazione del reddito secondo le regole dell’IRPEF.

Tuttavia, la partecipazione di enti non commerciali non residenti è di fatto esclusa dal secondo requisito richiesto: la non applicazione della ritenuta. Tale circostanza può, infatti, dipendere esclusivamente o da disposizioni convenzionali ⁽⁴³⁰⁾ o dai tipi associativi (tra cui non vi sono gli enti non commerciali) individuati dall’art. 27-bis, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Su tali questioni si tornerà tra breve.

Nei confronti delle società non residenti permane, naturalmente, l’obbligo di possedere tutti gli altri requisiti previsti dal comma 1 dell’art. 115 t.u.i.r., relativi alle percentuali di diritti di voto e di partecipazione agli utili. Resta ferma, inoltre, la necessità che tali requisiti siano posseduti ininterrottamente, a partire dal primo giorno fino al termine del periodo di validità dell’opzione.

Come anticipato, la seconda condizione necessaria per l’applicazione dell’istituto della trasparenza anche in presenza di soci non residenti è che non debba essere applicata alcuna ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti. La *ratio* di

⁽⁴²⁹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1507; D. VOCCA, *La imputazione del reddito per trasparenza: analisi di alcune problematiche, con particolare riferimento al socio non residente*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 1293.

⁽⁴³⁰⁾ Si ricorda, infatti, che ai sensi dell’art. 3, paragrafo 1, lett. a), Convenzione Modello OCSE: “*the term “person” includes an individual, a company and any other body of persons*”. Il Commentario all’art. 3 del Modello OCSE precisa che la definizione contenuta nel modello di convenzione non è esaustiva e deve essere letta in senso molto ampio. Data la definizione di società, fornita alla successiva lett. b), si desume che il termine persona comprende ogni entità che, sebbene priva di personalità giuridica, sia considerata autonomo soggetto giuridico a fini fiscali. Cfr. M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, cit., pag. 1026.

Tuttavia, le ipotesi di Convenzioni contro la doppia imposizione che escludono l’applicazione della ritenuta sono un numero molto esiguo. Cfr. nota 434.

tale condizione consiste nel mantenere inalterata, sul piano della tassazione, la situazione vigente anteriormente all’esercizio dell’opzione per il regime di trasparenza.

Nel caso di società italiana partecipata da società estere, ordinariamente, si verifica la tassazione della società partecipata sul proprio reddito, cui si aggiunge la tassazione del socio estero, tramite la ritenuta, sul dividendo a questi distribuito. In tale ambito, consentire la tassazione per trasparenza *tout court* avrebbe significato una modifica sostanziale delle regole ordinarie a vantaggio del socio estero: la tassazione avrebbe, infatti, colpito soltanto il reddito imputato per trasparenza al socio estero, poiché le successive distribuzioni di quel reddito sono irrilevanti ai fini reddituali (e non soggiacciono, quindi, a ritenuta). Inoltre, nel caso di socio estero, l’adozione del regime della trasparenza non ha un impatto sostanziale sulla tassazione soltanto nel caso in cui non vi sia obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti. Solo in questo caso, per il socio estero, è indifferente la situazione “ordinaria” (in cui si riceve un dividendo non soggetto a ritenuta, ma già al netto delle imposte pagate della partecipata) ovvero quella della “trasparenza” (in cui viene imputato al socio estero un reddito lordo, che va soggetto ad imposta in Italia e null’altro è dovuto sulle somme successivamente distribuite). Da ciò si può dunque concludere che il requisito, posto per il socio non residente, che non vi sia obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti, è un requisito necessario per conseguire una situazione di indifferenza. La trasparenza, cioè, deve essere neutrale e conservare la sostanza della situazione di fatto, in punto di tassazione, anteriore alla opzione per tale regime di tassazione; ciò può verificarsi solo quando il socio non residente non sia soggetto a ritenuta sugli utili distribuiti ⁽⁴³¹⁾.

Il senso della disposizione pare così quello di limitare la rinuncia alla doppia tassazione economica del reddito in capo alla società e dei dividendi in capo al socio a soggetti non residenti che già anteriormente beneficiavano di tale regime ⁽⁴³²⁾, pur tuttavia essa risulta fortemente penalizzante per le *joint ventures* costituite in forma societaria con soci non residenti e, in particolare, residenti al di fuori dell’Unione Europea ⁽⁴³³⁾.

L’esonero dall’applicazione della ritenuta può verificarsi, come anticipato, o:

- 1) per effetto di disposizioni convenzionali ⁽⁴³⁴⁾ o;

⁽⁴³¹⁾ D. VOCCA, *La imputazione del reddito per trasparenza: analisi di alcune problematiche, con particolare riferimento al socio non residente*, cit., pag. 1295.

⁽⁴³²⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 698.

⁽⁴³³⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1510.

⁽⁴³⁴⁾ C. GALLI, *Italy – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all’indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007, punto A.8.5.2., riporta che le Convenzioni firmate dall’Italia prevedono le seguenti aliquote:

PAESE	ALIQUOTA ORDINARIA	EVENTUALI ALIQUOTE RIDOTTE
ALBANIA	10	10
ALGERIA	15	15
ARGENTINA	15	15
AUSTRALIA	15	15
AUSTRIA	15	15
BANGLADESH	15	10

CAPITOLO QUARTO

BELGIO	15	15
BIELORUSSIA	15	15
BOSNIA ERZEGOVINA	10	10
BRASILE	15	15
BULGARIA	10	10
CANADA	15	15
CINA	10	10
CIPRO	15	15
COREA	15	10
COSTA D'AVORIO	15	15
CROATIA	10	10
DANIMARCA	15	0
ECUADOR	15	15
EGITTO	Regime interno italiano	Regime interno italiano
EMIRATI ARABI UNITI	15	5
ESTONIA	15	5
FEDERAZIONE RUSSA	10	5
FILIPPINE	15	15
FINLANDIA	15	10
FRANCIA	15	5
GEORGIA	10	5
GERMANIA	15	10
GHANA	15	5
GIAPPONE	15	10
GRECIA	15	15
INDIA	25	15
INDONESIA	15	10
IRLANDA	15	15
ISRAELE	15	10
KAZAKISTAN	15	5
KUWAIT	0	5
LITUANIA	15	5
LUSSEMBURGO	15	15
MACEDONIA	15	5
MALESIA	10	10
MALTA	15	15
MAROCCO	15	10
MAURITIUS	15	5
MEXICO	15	15
MONTENEGRO	10	10
MOZAMBICO	15	15
NORVEGIA	15	15
NUOVA ZELANDA	15	15
OMAN	10	5
PAESI BASI	15	5/10
PAKISTAN	25	15
POLONIA	10	10
PROTOGALLO	15	15
REGNO UNITO	15	5
REPUBBLICA CECA	15	15
REPUBBLICA SLOVACCA	15	15
ROMANIA	10	10
SENEGAL	15	15
SERBIA	10	10
SINGAPORE	10	10
SIRIA	10	5
SLOVENIA	10	10

SPAGNA	15	15
SRI LANKA	15	15
STATI UNITI D’AMERICA	15	5/10
SUD AFRICA	15	5
SVEZIA	15	10
SVIZZERA	15	15
TAILANDIA	20	15
TANZANIA	10	10
TRINIDAD E TOBAGO	20	10
TUNISIA	15	15
TURCHIA	15	15
UCRAINA	15	5
UNGHERIA	10	10
UZBEKISTAN	10	10
VENEZUELA	10	10
VIETNAM	15	5/10
ZAMBIA	15	5

Solo nelle convenzioni firmate con la Danimarca e il Kuwait, viene prevista, a specifiche condizioni, la non applicazione della ritenuta sui dividendi in uscita. In dettaglio, l’art. 10 della Convenzione tra l’Italia e la Danimarca firmata il 5 maggio 1999 e ratificata con legge n. 170 dell’11 luglio 2002 (in vigore dal 27 gennaio 2003) prevede che: “1. I dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell’altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato. 2. Tuttavia, tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente ed in conformità della legislazione di detto Stato, ma, se il beneficiario effettivo dei dividendi è un residente dell’altro Stato contraente, l’imposta così applicata non può eccedere:

- a) lo 0 per cento dell’ammontare lordo dei dividendi se il beneficiario è una società (non di persone) che detiene ed ha detenuto direttamente almeno il 25 per cento del capitale della società che distribuisce i dividendi per un periodo di dodici mesi anteriore alla data in cui sono stati distribuiti i dividendi;
- b) il 15 per cento dell’ammontare lordo dei dividendi in tutti gli altri casi”.

Ai sensi della Convenzione in esame, quindi, è esclusa l’applicazione di ritenute in caso dividendi relativi a partecipazioni superiori al 25 per cento del capitale della società che distribuisce dividendi. Può allora residuare uno spazio di applicazione per il regime di trasparenza di cui all’art. 115 t.u.i.r.. Questo, infatti, è applicabile in caso di partecipazioni non inferiori al 10 per cento e non superiori al 50 per cento. Un soggetto danese che possedesse partecipazioni comprese tra il 25 per cento e il 50 per cento soddisferebbe i requisiti previsti dalla Convenzione per l’esonero da applicazione della ritenuta e i requisiti previsti dall’art. 115 t.u.i.r. per l’applicazione del regime di trasparenza. Non può farsi a meno di sottolineare che un simile assetto viola i principi comunitari: il combinato disposto delle norme convenzionali e delle norme interne eleva la soglia minima di partecipazione richiesta ad un soggetto danese per accedere al regime di trasparenza. Si tratta questa di una discriminazione a danno di un non residente vietata dal Trattato CE.

Cfr. anche P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 102.

L’art. 10 della Convenzione tra l’Italia e il Kuwait firmata il 17 dicembre 1987 e ratificata con legge n. 53 del 7 gennaio 1992 (in vigore dall’11 gennaio 1993) dispone che “i dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell’altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato. 2. Tuttavia, se il beneficiario effettivo dei dividendi possiede, direttamente o indirettamente, almeno il 75% del capitale della società che paga i dividendi, tali dividendi sono imponibili anche nello Stato Contraente di cui la società che paga i dividendi è residente ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma l’imposta così applicata non può eccedere il 5 per cento dell’ammontare lordo dei dividendi”. La Convenzione firmata con il Kuwait assegna, in generale, potestà impositiva esclusiva allo Stato di residenza del percettore dei dividendi; l’Italia, quindi, non può prelevare alcuna ritenuta in caso di distribuzione di dividendi ad un soggetto residenti in Kuwait. L’Italia recupera una parziale potestà impositiva in caso di dividendi relativi a partecipazioni superiori al 75 per cento del capitale della società che paga i dividendi. Tale soglia, risultando ben superiore a quella prevista per l’applicazione del regime di

CAPITOLO QUARTO

- 2) qualora la partecipante non residente benefici della Direttiva del Consiglio CEE del 23 luglio 1990, n. 90/435 (cosiddette società madri e figlie), attuata per i dividendi in uscita dall'articolo 27-*bis* d.P.R. n. 600/73 ⁽⁴³⁵⁾. L'applicazione della Direttiva citata presuppone il rispetto delle seguenti condizioni:
- a. costituzione in una delle forme giuridiche previste nell'allegato della citata Direttiva;
 - b. fissazione della residenza, ai fini fiscali, in un Paese appartenente alla Comunità Europea;
 - c. assoggettamento, nello stato di residenza, ad una delle imposte indicate nell'allegato della predetta Direttiva, senza possibilità di fruire di regimi di opzione o di esonero da tassazione che non siano territorialmente o temporalmente limitati;
 - d. possesso di una partecipazione diretta nel capitale della società residente (che intende optare per la tassazione per trasparenza) non inferiore al 20 per cento e ⁽⁴³⁶⁾;
 - e. detenzione della partecipazione ininterrottamente per almeno un anno.

La non applicazione della ritenuta è altresì possibile:

trasparenza, esclude la possibilità di applicazione della ritenuta relativamente alle partecipazioni che possono consentire l'esercizio dell'opzione di cui all'art. 115 t.u.i.t.. Una società tra i cui soci vi siano residenti del Kuwait può, quindi, applicare il regime di trasparenza.

⁽⁴³⁵⁾ Il regime Madre – Figlia è finalizzato all'eliminazione della doppia imposizione sui dividendi. A questo proposito, è stato previsto che lo Stato della società madre eviti la doppia imposizione economica dei dividendi concedendo, alternativamente ed a sua scelta, il sistema dell'esenzione o quello dell'imputazione delle imposte pagate dalla società figlia; gli utili distribuiti alla società madre da società figlia di altro Stato membro non devono essere assoggettati a ritenuta, né in entrata né in uscita. L'Italia, per questa seconda ipotesi, ha garantito il regime di esenzione concedendo il rimborso dell'imposta applicata alla fonte ai sensi dell'articolo 27, d.P.R. n. 600/1973 (ritenuta alla fonte a titolo d'imposta operata dalla società emittente) o dell'imposta sostitutiva applicata a norma dell'articolo 27-*ter* del medesimo decreto (imposta sostitutiva operata dall'intermediario qualora si tratti di utili derivanti da azioni immesse nel sistema di deposito accentrato gestito dalla Monte Titoli S.p.A.). Tuttavia, è previsto che ove ricorrano le condizioni appena illustrate, la società beneficiaria possa, in via preventiva, chiedere ai soggetti di cui all'art. 23 d.P.R. n. 600/1973, la disapplicazione della ritenuta. Cfr. A. FEDELE, *La direttiva "madre-figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in *Rass. trib.*, 2001, pag. 1256. L'esenzione dalla ritenuta è, quindi garantita tramite il suo rimborso o la sua preventiva disapplicazione.

Il comma 2 dell'art. 1, d.m. 23 aprile 2004 ha chiarito l'equivalenza di tale due meccanismi ai fini dell'applicazione della trasparenza aggiungendo un precisazione non rinvenibile nel comma 2 dell'art. 115 t.u.i.r.. Sono così ammessi al regime di tassazione per trasparenza i soci non residenti non solo a condizione che sugli utili in uscita dalla giurisdizione italiana, verso tali soci, non vi sia obbligo di ritenuta fiscale, ma anche quando, se applicata, detta ritenuta sia rimborsabile integralmente. In questo modo, il decreto chiarisce che è possibile l'applicazione del regime di trasparenza anche nel caso in cui siano pagati dividendi da società figlie italiane a società madri dell'Unione Europea e sia applicato il comma 1 dell'art. 27-*bis*, d.P.R. n. 600 del 1973 e non il comma 2 dello stesso articolo basato sull'astensione da parte della società figlia dal prelievo della ritenuta.

Cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2144.

⁽⁴³⁶⁾ Così testualmente l'art. 27-*bis*, d.P.R. n. 600 del 1973 alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 49, il cui art. 2, comma 2, prevede che "La percentuale indicata nei commi 1 e 1-bis dell'articolo 27-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, è ridotta al 15 per cento per gli utili distribuiti a decorrere dal 1 gennaio 2007 e al 10 per cento per quelli distribuiti a decorrere dal 1 gennaio 2009".

- 3) qualora la partecipante non residente abbia nel territorio dello Stato italiano una stabile organizzazione cui si riferisce la partecipazione nella società trasparente, posto che, ai sensi dell’articolo 27, comma 3, d.P.R. n. 600 del 1973, nessuna ritenuta deve essere operata in tale circostanza sugli utili distribuiti dalla società trasparente in relazione alla suddetta partecipazione. Si osserva che, in questa ipotesi, la società partecipante potrà essere anche una società residente in un Paese non appartenente alla Comunità Europea.

Se non viene soddisfatto il requisito della non applicazione delle ritenute sui dividendi distribuiti ai soci non residenti, l’opzione non può essere esercitata e, se già esercitata, cessa di avere efficacia fin dall’inizio del periodo d’imposta in cui il socio estero perde l’agevolazione.

Il collegamento fra Direttiva c.d. Madre – Figlia ⁽⁴³⁷⁾ e regime di trasparenza integra una reciproca implicazione dei requisiti necessari per fruire dell’uno o dell’altro criterio impositivo, reciproca implicazione che, in astratto, potrebbe determinare l’inapplicabilità sia dell’uno che dell’altro istituto e che, comunque, può provocare effetti discriminatori ⁽⁴³⁸⁾. Si dovrà, quindi, procedere a porre a confronto i due istituti.

18.2.1.1. – Collegamento tra istituto della trasparenza e Direttiva Madre – Figlia: differenze nelle tipologie societarie elencate all’art. 115 t.u.i.r. e nella Direttiva Madre – Figlia.

Quanto alle differenze tra le tipologie societarie ammesse a beneficiarie del regime della Direttiva Madre – Figlia e della trasparenza, si ricorda che, alle luce della modifiche apportate alla direttiva 90/435/CE ad opera della Direttiva 2003/123/CE, è stato sostituito l’elenco degli originali destinatari per ampliarlo. La scelta del legislatore comunitario è stata quella di estendere l’applicazione del regime di neutralità agli utili distribuiti ad un novero più ampio di soggetti passivi dell’imposta sulle società. La nuova Direttiva estende l’applicazione del regime Madre – Figlia a tipi di persone giuridiche non previste in precedenza, tra cui le società europee e le società cooperative europee, le società cooperative, le mutue, le casse di risparmio, i fondi e le associazioni con un’attività commerciale. L’estensione dei soggetti cui è applicabile il regime ridimensiona in modo significativo il requisito della forma giuridica. Il regime è, infatti, spesso applicabile ad enti organizzati in forma diversa da quella societaria: ciò dimostra che è l’assoggettamento all’imposta sulle società il vero requisito essenziale, mentre quello della forma rischia di precludere in modo ingiustificato l’applicazione del regime a talune forme di impresa che, pur soggette all’imposta sulle società, non risultano ricomprese nell’elenco ⁽⁴³⁹⁾. L’elenco delle entità a cui la Direttiva è applicabile prevede, in relazione all’Italia, le società per azioni, le società in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative, le società di mutua assicurazione nonché gli enti pubblici e privati la

⁽⁴³⁷⁾ Sulla direttiva Madre – Figlia cfr. A. FEDELE, *La direttiva "madre-figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, cit., pag. 1256.

⁽⁴³⁸⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4826.

⁽⁴³⁹⁾ F. BULGARELLI, *Le recenti modifiche alla Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 115.

CAPITOLO QUARTO

cui attività è totalmente o principalmente commerciale. Alla luce dell'elencazione fornita dall'allegato alla Direttiva Madre – Figlia, risulta, dunque, una prima differenziazione: gli enti commerciali possono beneficiare del regime Madre – Figlia, ma non della trasparenza. Gli enti di cui alla lett. b) dell'art. 73, comma 1, t.u.i.r. risultano così ingiustificatamente esclusi dal perimetro di trasparenza e subiscono una forma di c.d. discriminazione a rovescio vietata nella prospettiva comunitaria. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia non risultano, infatti, soltanto illegittime le:

- 1) le misure che stabiliscono un trattamento discriminatorio basato sulla nazionalità e la cittadinanza (per le persone fisiche o la sede per le persone giuridiche) o l'origine (per i beni) (c.d. discriminazione diretta)⁽⁴⁴⁰⁾;
- 2) le misure che, utilizzando un criterio neutro, indirettamente riservano un trattamento peggiore alle persone, alle merci, ai servizi ed ai capitali esteri (c.d. discriminazione indiretta)⁽⁴⁴¹⁾;
- 3) le misure che hanno l'effetto di dissuadere un operatore economico dall'esercitare un'attività lavorativa o effettuare un investimento in un altro Stato Membro (c.d. restrizioni)⁽⁴⁴²⁾;

ma anche:

- 4) le misure che negano vantaggi ai propri cittadini che producono redditi in un altro Stato Membro e ivi risiedono (c.d. discriminazione “inversa” o “a

⁽⁴⁴⁰⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa 270/83, *Commissione c. Francia* (c.d. *Avoir fiscal*) dove è stato ritenuto discriminatorio il mancato riconoscimento alle succursali ed agenzie in Francia di società assicuratrici aventi la sede sociale in un altro stato membro della possibilità di fruire, nello stesso modo delle società assicuratrici aventi sede in Francia, del credito fiscale per i dividendi di società francesi che dette succursali ed agenzie riscuotono; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-1/93, *Halliburton* dove è stata ritenuta contraria al diritto comunitario una normativa di uno Stato membro che riserva l'esenzione dall'imposta sui negozi immobiliari, di regola dovuta nel caso di cessioni o di vendite effettuate nell'ambito di una ristrutturazione interna di un gruppo di società, ai soli casi in cui la società che fruisce di detta esenzione acquisti i beni immobili da una società costituita secondo il diritto nazionale e negli lo stesso vantaggio se la società alienante è costituita secondo il diritto di un altro Stato membro.

⁽⁴⁴¹⁾ In giurisprudenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-152/73, *Sotgiu* ove si precisa che “*le norme relative alla parità di trattamento vietano non solo le discriminazioni palesi, in base alla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato. Il tener conto, come criterio per l'attribuzione dell' indennità di separazione, del fatto che il lavoratore ha la residenza in un altro stato membro può, in determinate circostanze, costituire una discriminazione vietata. Ciò non avviene se, nell' attribuire detta indennità, si tiene conto di differenze obiettive nella situazione dei lavoratori, a seconda che al momento dell' assunzione, essi abbiano la residenza nel territorio nazionale oppure all' estero*”. In dottrina, M. NUZZO, *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, in *Rass. trib.*, 1999, pag. 1833; G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, cit., pag. 404.

⁽⁴⁴²⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-118/96, *Safir* secondo la quale contrasta con il diritto comunitario “*una normativa di uno Stato membro che preveda un regime fiscale diverso per le assicurazioni sulla vita di capitalizzazione a seconda che siano concluse presso compagnie stabilite o meno nel medesimo Stato membro, atteso che una siffatta normativa presenta una serie di elementi atti a dissuadere i contraenti dalla conclusione di contratti di assicurazione sulla vita di capitalizzazione presso compagnie stabilite in altri Stati membri oltre che a dissuadere tali compagnie di assicurazioni dall'offrire i loro servizi sul mercato di quello Stato membro*”. Cfr. B. J. M. TERRA, P. J. WATTEL, *European tax law*, Kluwer law international, L'Aja, 2005, pag. 53.

rovescio”) (⁴⁴³). Secondo la Corte di Giustizia (⁴⁴⁴), pur non prevedendo espressamente il diritto comunitario alcun divieto di discriminazione a vantaggio dei non residenti, gli Stati Membri comunque non possono negare vantaggi ai propri cittadini, che, godendo dei diritti e delle libertà del trattato, operano in un altro Paese (⁴⁴⁵).

L’esclusione degli enti commerciali, diversamente da quella degli enti non commerciali, appare così in violazione non solo del diritto interno e del principio costituzionale di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., ma anche dei principi comunitari.

18.2.1.2. – ... (segue): residenza fiscale in un paese dell’Unione Europea – il problema dei residenti in Stati Terzi.

Proseguendo nell’analisi dei requisiti previsti dalla Direttiva Madre – Figlia nella prospettiva dell’art. 115 t.u.i.r., occorre ora verificare quello della fissazione della residenza, ai fini fiscali, in un Paese appartenente alla Comunità Europea.

La presenza di tale requisito comporta uno svantaggio per operatori non appartenenti all’Unione Europea. La ritenuta, infatti, è pressoché sempre prescritta (⁴⁴⁶) per i soggetti residenti al di fuori della Unione europea (pur se attenuata nella misura ad opera di una convenzione contro le doppie imposizioni) sicché questi non potranno mai essere beneficiari del regime di trasparenza (⁴⁴⁷).

(⁴⁴³) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-264/96, Caso *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Colmer*. Cfr. M. NUZZO, *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, cit., pag. 1833.

(⁴⁴⁴) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-112/91, *Werner* secondo cui il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro assoggetti i propri cittadini che esercitano l’attività professionale sul territorio nazionale e che ivi percepiscono la totalità o la quasi totalità dei loro redditi o ivi possiedono la totalità o quasi totalità del loro patrimonio ad oneri fiscali più gravosi qualora non risiedano in detto Stato rispetto all’ipotesi in cui vi risiedano. Nel successivo caso *Asscher* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-107/94), la Corte è, tuttavia, pervenuta a conclusioni diverse affermando che un cittadino di uno Stato membro che esercita un’attività autonoma in un altro Stato membro, dove risiede, può invocare l’applicazione delle disposizioni dell’ art. 52 del Trattato CE nei confronti del suo Stato di origine, nel cui territorio esercita un’altra attività autonoma, quando, a causa dell’esercizio di un’attività economica in uno Stato membro diverso dal suo Stato di origine, egli si trovi nei confronti di quest’ ultimo in una situazione analoga a quella di qualsiasi altro soggetto che faccia valere, nei confronti dello Stato ospitante, i diritti e le libertà garantiti dal Trattato.

In dottrina, F. AMATUCCI, *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2002, pag. 624; P. PISTONE, *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pag. 582; G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell’Unione Europea*, cit., pag. 404; ID., *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell’imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 1151.

(⁴⁴⁵) La condizione richiesta dalla Corte di Giustizia per evitare questo tipo di discriminazione è che i cittadini si trovino nei confronti del loro Paese di origine in una situazione paragonabile a quella di tutti gli altri soggetti che godono dei diritti e delle libertà del Trattato. Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-115/78, *Knoors*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-19/92, *Kraus*.

(⁴⁴⁶) Salve le eccezioni di cui alla nota 434.

(⁴⁴⁷) V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 131.

CAPITOLO QUARTO

L'esclusione di soci non residenti in Stati Membri dell'Unione Europea non dovrebbe costituire una violazione del diritto comunitario, tuttavia, non si può fare a meno di sottolineare che la Corte di Giustizia della Comunità Europea, nei noti precedenti giurisprudenziali *Bordessa* ⁽⁴⁴⁸⁾, *Sanz de Lera* ⁽⁴⁴⁹⁾, *Fidium Finanz* ⁽⁴⁵⁰⁾ e da ultimo *Holböck* ⁽⁴⁵¹⁾, ha affrontato il problema dell'applicazione delle libertà fondamentali del Trattato agli Stati terzi ⁽⁴⁵²⁾. L'art. 56 Trattato CE, infatti, sancisce il principio della libera circolazione di capitali in base al quale sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali ed ai pagamenti tra Stati membri nonché tra Stati membri e Paesi terzi. A differenza delle altre libertà fondamentali, l'art. 56 Trattato CE estende il proprio campo di azione anche ai Paesi terzi, facendo leva sulla collocazione dei capitali piuttosto che sulla nazionalità dei soggetti o sulla loro residenza all'interno della Comunità, ponendo come unica condizione imprescindibile l'esistenza di un legame tra il movimento di capitali ed almeno uno Stato membro.

L'applicazione di una delle libertà fondamentali a Stati non appartenenti all'Unione europea ⁽⁴⁵³⁾ richiede, in via preliminare, uno sforzo interpretativo per comprendere la portata di tale scelta; anche la Corte di Giustizia, sino ad ora, ha solo parzialmente affrontato la questione dell'esatto contenuto dell'art. 56 Trattato CE ⁽⁴⁵⁴⁾. Lo scopo di tale norma appare quello di garantire un'effettiva libertà

⁽⁴⁴⁸⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cause riunite C-358/93 e C-416/93, *Criminal proceedings against Aldo Bordessa, Vicente Marí Mellado and Concepción Barbero Maestre*.

⁽⁴⁴⁹⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cause riunite C-163/94 e C-250/94, *Criminal proceedings against Lucas Emilio, Sanz de Lera, Raimundo Diaz Jimenez and Figen Kapanoglu*.

⁽⁴⁵⁰⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C-452/04, *Fidium Finanz*.

⁽⁴⁵¹⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C-157/05, *Holböck*.

⁽⁴⁵²⁾ Con l'espressione "Stati terzi" si intendono gli Stati non appartenenti all'Unione Europea a all'*European Economic Agreement* (EEA). L'EEA è un trattato multilaterale firmato nel maggio del 1992 dalla Comunità Economica Europea, dagli Stati Membri individualmente e da Norvegia, Islanda e Liechtenstein.

⁽⁴⁵³⁾ Si tratta di problemi che, ai fini della presente trattazione, si possono solo accennare. Si rinvia sul tema ai contributi di: P. PISTONE, *The impact of European law on the relations with third countries in the field of direct taxation*, in *Intertax*, 2006, pag. 234; M. ANDENAS, T. GUTT, M. PANNIER, *Free movement of capital and national company law*, in *European Business Law Review*, 2005, pag. 757; S. MOHAMED, *European Community Law on the free movement of capital and the EMU*, L'Aja – Londra – Boston, 1999, pag. 217; ID., *Recent case law in the field of free movement of capital*, in *European Business Law Review*, 2001, pag. 263; K. STAHL, *Free movement of capital between member states and third countries*, in *EC Tax Review*, pag. 48.

⁽⁴⁵⁴⁾ Si segnala a questo proposito la recente sentenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C-101/05, *Skatteverket e A.* con nota di D. STEVANATO, *L'efficacia dei controlli fiscali giustifica le restrizioni ai movimenti di capitali con Paesi terzi*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 556. La controversia principale si riferiva ad una persona fisica residente in Svezia, in possesso di una partecipazione in una società stabilita in un Paese terzo (la Svizzera), non appartenente allo Spazio Economico Europeo. Tale soggetto aveva percepito dei dividendi in natura, rappresentati da azioni di una società controllata dalla medesima società partecipata erogatrice. Questa distribuzione, se fosse stata posta in essere da una società svedese, oppure stabilita in un altro Paese dello Spazio Economico Europeo, o ancora in uno Stato con cui la Svezia ha concluso un trattato contro le doppie imposizioni che prevede lo scambio di informazioni, sarebbe stata esente da imposta sul reddito in capo alla persona fisica. Si lamentava che da tale disciplina conseguiva una restrizione al movimento dei capitali, pur motivata dall'obiettivo di agevolare i controlli fiscali in un contesto in cui non è applicabile la direttiva 19 dicembre 1977, n. 77/799/CEE, relativa alla

nella circolazione dei capitali tra gli Stati Membri così da rafforzare l’unione economico – monetaria vigente tra gli Stati stessi e, quindi, il mercato interno ⁽⁴⁵⁵⁾. Tali finalità non si possono però ravvisare nei confronti degli Stati Terzi, nei confronti dei quali non si pone un problema di mercato unico. Ne deriva, quindi, l’opportunità di accedere ad una differente interpretazione di tale libertà secondo cui essa deve essere garantita a Stati non appartenenti all’Unione Europea nella misura in cui essa favorisce il mercato comune ⁽⁴⁵⁶⁾. Data la natura unilaterale dell’art. 56 Trattato CE, che vincola solo gli Stati Membri, è stata suggerita così una lettura “eurocentrica” che consente di valorizzare, a livello interpretativo, il principio di reciprocità. Per evitare un’intollerabile situazione di asimmetria in cui sono solo gli Stati europei a essere vincolati, si suggerisce l’opportunità di restringere il campo di applicazione dell’art. 56 Trattato CE ⁽⁴⁵⁷⁾.

Ciò premesso, ai fini dell’applicazione dell’art. 56 Trattato CE, occorre allora individuare quando un’operazione costituisca movimento di capitale. A questo proposito la Corte rinvia alla nomenclatura dei movimenti di capitali figurante nell’Allegato I della Direttiva del Consiglio 24 giugno 1988, n. 88/361/CEE che comprende tredici categorie di movimenti di capitali. Tale

reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nei settori delle imposte dirette e indirette. Secondo la Corte di Giustizia, “*gli artt. 56 CE e 58 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro in forza della quale l’esenzione dall’imposta sul reddito di dividendi, distribuiti in forma di azioni di una società controllata, può essere concessa soltanto se la società che effettua la distribuzione è stabilita in uno Stato membro dello Spazio economico europeo o in uno Stato con il quale lo Stato membro dell’imposizione abbia concluso una convenzione fiscale che preveda lo scambio di informazioni, qualora tale esenzione sia soggetta a condizioni la cui osservanza può essere verificata da parte delle autorità competenti di detto Stato membro soltanto ottenendo informazioni dallo Stato di stabilimento della società che effettua la distribuzione*”. La Corte giunge a tale conclusione interrogandosi sulla portata della libertà di circolazione dei capitali nei confronti di Stati terzi. Tale punto viene risolto osservando che “*è giocoforza constatare che, quando il principio della libera circolazione dei capitali è stato esteso, dall’art. 56, n. 1, CE, ai movimenti di capitali tra i paesi terzi e gli Stati membri, questi ultimi hanno scelto di sancire tale principio nello stesso articolo e negli stessi termini per i movimenti di capitali che hanno luogo all’interno della Comunità e per quelli che riguardano rapporti con paesi terzi*”. Tuttavia, aggiunge la Corte, con particolare riferimento ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e i Paesi terzi, questi si collocano in un contesto giuridico diverso da quello dei movimenti di capitali tra Stati appartenenti all’Unione Europea o allo Spazio Economico Europeo; più precisamente, in un contesto gli obblighi reciproci di mutua assistenza stabiliti tra i Paesi dell’Unione Europea e dello Spazio Economico Europeo (in particolare la direttiva 77/779/CEE o le misure comunitarie di armonizzazione che si applicano negli Stati membri in materia di contabilità) non operano. Ne consegue che, quando la normativa di uno Stato membro fa dipendere il beneficio della concessione di un vantaggio fiscale dall’adempimento di condizioni la cui osservanza può essere verificata soltanto ottenendo informazioni dalle autorità competenti di un Paese terzo, è, in linea di principio, legittimo per tale Stato membro rifiutare la concessione di detto vantaggio se, in particolare, per l’assenza di un obbligo convenzionale da parte di tale Paese terzo di fornire i dati necessari, risulti impossibile ottenere le informazioni richieste da questo Paese.

⁽⁴⁵⁵⁾ K. STAHL, *Free movement of capital between member states and third countries*, cit., pag. 51.

⁽⁴⁵⁶⁾ K. STAHL, *Free movement of capital between member states and third countries*, cit., pag. 51.

⁽⁴⁵⁷⁾ P. PISTONE, *The impact of european law on the relations with third countries in the field of direct taxation*, cit., pag. 236.

CAPITOLO QUARTO

elencazione è stata considerata non esaustiva sia dalla dottrina ⁽⁴⁵⁸⁾, sia dalla giurisprudenza ⁽⁴⁵⁹⁾ che hanno suggerito di interpretarla in senso ampio fino ricomprendervi non solo le movimentazioni finanziarie ivi elencate, ma anche ulteriori operazioni ad esse collegate ⁽⁴⁶⁰⁾.

Tra le operazioni indicate dalla direttiva, sono indicati gli “*investimenti diretti*” ⁽⁴⁶¹⁾. La nozione di investimenti diretti riguarda gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati da persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti fra il finanziatore e l’impresa cui tali fondi sono destinati per l’esercizio di un’attività economica. Con riferimento a partecipazioni in imprese nuove o esistenti, l’obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli presuppone che le azioni detenute dall’azionista conferiscano a quest’ultimo, sia a norma delle disposizioni di legge nazionali sulle società per azioni sia altrimenti, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo.

Tuttavia, ha chiarito la Corte ⁽⁴⁶²⁾, la nozione di investimenti diretti può comportare anche l’applicazione della libertà di stabilimento di cui all’art. 43 Trattato CE. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, le norme relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d’origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione ⁽⁴⁶³⁾. Rientrano nell’ambito di applicazione materiale di tale libertà le disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino dello Stato membro interessato, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni di tale società e da consentirgli di indirizzarne le attività ⁽⁴⁶⁴⁾. L’investimento in partecipazioni azionari non rientra, quindi, di per sé nel campo di applicazione della libertà di circolazione di capitali, ma può anche essere tutelato dalla libertà di stabilimento (che non offre tutela a soggetti appartenenti a Stati terzi). Il *discrimen* tra le due ipotesi si può rinvenire nella diversità degli scopi che giustificano una simile operazione. Ove l’acquisto di partecipazioni è finalizzato alla loro mera

⁽⁴⁵⁸⁾ D. WEBER, *Tax avoidance and the EC Treaty freedoms*, Kluwer law international, L’Aja, 2005, pag. 71.

⁽⁴⁵⁹⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-222/97, *Manfred Trummer and Peter Mayer*.

⁽⁴⁶⁰⁾ M. ANDENAS, T. GUTT, M. PANNIER, *Free movement of capital and national company law*, cit., pag. 766.

⁽⁴⁶¹⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-222/97, *Manfred Trummer and Peter Mayer*.

⁽⁴⁶²⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c/ Commissioners of Inland Revenue*.

⁽⁴⁶³⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*.

⁽⁴⁶⁴⁾ In tal senso, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-251/98, *Baars*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-436/00, *X e Y*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c/ Commissioners of Inland Revenue*. In dottrina B.J.M. TERRA – P.J. WATTEL, *European tax law*, cit., pag. 49.

detenzione ed al conseguimento dei relativi utili, si ritiene che la fattispecie ricada nel campo di applicazione dell’art. 56 Trattato CE, ove invece, anche oltre a tali scopi, si accosti l’intenzione di incidere nelle scelte decisionali della società partecipata, allora tale operazione deve essere valutata alla luce dei principi dell’art. 43 Trattato CE (⁴⁶⁵).

L’opzione per la trasparenza di cui all’art. 115 t.u.i.r., come si vedrà tra breve, può essere esercitata da società i cui soci hanno una “*partecipazione agli utili non inferiore al 10 per cento e non superiore al 50 per cento*” sicché, in punto di diritto, può escludersi l’esistenza di un controllo di diritto. Presupposto dell’art. 115 t.u.i.r. è, infatti, la possibilità di consentire una forma di consolidamento degli imponibili in situazioni in cui non è possibile l’accesso ad un perimetro di consolidamento in quanto manca un soggetto controllante. Ciò consentirebbe di ritenere che l’art. 115 t.u.i.r. debba essere valutato nella prospettiva dell’art. 56 Trattato CE: l’esclusione di soci residenti in Stati terzi potrebbe violare la libertà di circolazione dei capitali. Si può obiettare che l’istituto della trasparenza, pur escludendo la presenza di un unico “socio tiranno”, non esclude comunque la presenza di più soci ugualmente interessati alla gestione della società (⁴⁶⁶). Di conseguenza, una valutazione a aprioristica non è possibile, si deve piuttosto analizzare i singoli casi. Non può di per sé escludersi l’applicabilità dell’art. 43 Trattato CE: apprezzando l’art. 115 t.u.i.r. nella prospettiva della libertà di stabilimento, l’esclusione di soci *extra*-UE non sarebbe illegittima.

Anche nell’ipotesi in cui dovesse ritenersi illegittima l’esclusione di soci residenti in Stati non appartenenti all’Unione Europea, si dovrebbero poi valutare eventuali cause di giustificazione: tra queste la coerenza del sistema fiscale (⁴⁶⁷).

(⁴⁶⁵) Conclusioni dell’Avvocato generale ALBER nella Causa C-251/98, *Baars*.

(⁴⁶⁶) L’istituto della trasparenza trova elettivo campo di applicazione nelle *joint ventures*. Si può distinguere tra *joint ventures corporation* o *unincorporated* o *contractual joint venture*. Nel primo caso, più società danno vita ad una nuova impresa, che potrà avere sia la struttura della società di capitali (e in tal caso si parla di *corporation*), sia la struttura di una società di persone (e quindi si parla di *partnership*). Nel secondo caso si è semplicemente in presenza di un regolamento contrattuale stipulato in vista del raggiungimento di un obiettivo comune.

Nella *joint ventures corporation* è frequente verificare che tutti i soci sono ugualmente interessanti all’affare ad ella gestione dell’impresa, pur mancando un socio controllante.

(⁴⁶⁷) Ulteriore causa di giustificazione è rappresentata dalla prevenzione di elusioni o evasioni che risulta difficilmente accolta dalla Corte di Giustizia. Cfr Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-204/90, *Bachmann*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-250/95, *Futura Participations SA – Singer*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-28/95, *Leur-Bloem*, in cui si legge che “*per accertare se l’operazione da effettuare abbia un tale obiettivo (la frode o l’evasione fiscali), le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell’operazione*” (punto 41) e che “*l’istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall’agevolazione fiscale (...) a prescindere da un’effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l’obiettivo perseguito dalla direttiva*” (punto 44); Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-436/00, *X e Y*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, punto 37 dove si legge che “*la normativa controversa non ha l’obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiose il cui scopo sia quello di eludere la normativa fiscale tedesca (...). Ora, tale situazione non comporta, di per sé, un rischio di evasione fiscale (...)*”. La prevenzione di elusioni o evasioni è accolta dalla Corte di Giustizia nella causa C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* qualora si dimostri la costituzione di strutture societarie fittizie e preordinate

CAPITOLO QUARTO

Un ostacolo ad alcune libertà fondamentali, infatti, può ciò nondimeno essere ammissibile solo se con esso si persegue uno scopo legittimo e compatibile con il Trattato CE e se esso trova la sua giustificazione in motivi imperativi di interesse generale. In tale ipotesi, però, la sua applicazione dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo ⁽⁴⁶⁸⁾.

La nozione di coerenza fiscale, pur non essendo frequentemente accolta quale causa di giustificazione, svolge un'importante funzione correttiva. Essa deve correggere gli effetti dell'estensione delle libertà comunitarie a sistemi fiscali la cui organizzazione rientra, in linea di principio, nella competenza esclusiva degli Stati membri. Occorre, infatti, evitare che l'applicazione delle libertà possa determinare perturbazioni ingiustificate alla logica interna dei regimi fiscali nazionali. La coerenza fiscale ha, quindi, la funzione di tutelare l'integrità dei sistemi fiscali nazionali, ma non deve ostacolare l'integrazione di tali sistemi nel quadro del mercato interno. La Corte ha evidentemente voluto tenere conto del fatto che, da un punto di vista nazionale, le norme fiscali che configurano un onere per il contribuente vanno considerate in rapporto con altre norme che comportano vantaggi per lo stesso, anche se contenute in convenzioni internazionali. La Corte tiene conto di tale circostanza sin dalla sentenza *Wielockx* ⁽⁴⁶⁹⁾ dove ha stabilito che tale analisi può essere spostata sul livello della reciprocità delle norme applicabili negli Stati contraenti e che essa può essere “*garantita sulla base di una convenzione bilaterale conclusa con un altro Stato*” ⁽⁴⁷⁰⁾.

Le reciproche concessioni che gli Stati si fanno in sede di Convenzioni internazionali, secondo la Corte, sono indizio dell'esistenza di un assetto coerente. Il fatto che l'Italia, quindi, condizioni l'applicazione di un dato regime ad una circostanza che può risultare da una convenzione contro la doppia imposizione (nei confronti di Stati terzi, l'esclusione dall'applicazione della ritenuta in uscita sui dividendi può risultare solo per effetto di norme convenzionali) potrebbe, pertanto, considerarsi coerente. Che allo stato attuale tale circostanza non si verifichi è solo un elemento di fatto che non preclude differenti futuri sviluppi.

In conclusione, con riferimento al requisito della residenza, l'applicazione dell'istituto della trasparenza in caso di soci non residenti in Italia, per effetto dell'interazione con il regime c.d. Madre – Figlia risulta fortemente limitata e crea problemi di non lieve momento con il diritto comunitario e di incerta soluzione.

al solo conseguimento di vantaggi fiscali. In dottrina: P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 102; L. SALVINI, *L'elusione IVA nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Corr. trib.*, 2006, pag. 3097.

⁽⁴⁶⁸⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-250/95, *Futura Participations e Singer*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-09/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

⁽⁴⁶⁹⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-80/94, *Wielockx / Inspecteur der directe belastingen*.

⁽⁴⁷⁰⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-80/94, *Wielockx / Inspecteur der directe belastingen*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-336/96, *Gilly / Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-513/04, *Kerckhaert e Morres*.

18.2.1.3. – ... (segue): assoggettamento ad imposta ed impossibilità di fruire di regimi di opzione o di esonero da tassazione.

Secondo la Direttiva n. 90/435/CEE, un ulteriore requisito per l’applicazione del regime Madre – Figlia è la circostanza che la società interessata sia assoggettata “*senza possibilità di opzione e senza esserne esentata*” all’IRES.

Secondo l’interpretazione prevalente ⁽⁴⁷¹⁾ il termine “assoggettamento” va interpretato come “assoggettabilità in astratto”, a prescindere dalla sussistenza, nel periodo d’imposta, di redditi imponibili ovvero di un’imposta a debito della società. Né si ritiene tale requisito venga meno per l’operare di agevolazioni temporanee, parziali (perché relative solo ad alcune categorie di reddito), collegate ad ambiti territoriali o ad eventi straordinari, giacché la disciplina dei rapporti Madre – Figlia verrebbe, in caso contrario, a neutralizzare misure promozionali o di sostegno. La nozione di esenzione, invece, utilizzata nella direttiva vale a coprire tutti i fenomeni tradizionalmente indicati come “esclusioni dall’imposta” ⁽⁴⁷²⁾.

L’implicita inclusione di tale requisito tra quelli per l’esercizio dell’opzione in caso di soci non residenti potrebbe innescare una “*circolarità dagli esiti nullificanti*” ⁽⁴⁷³⁾ che condurrebbe alla non applicazione di entrambi i regimi:

a) secondo la Direttiva, il regime Madre – Figlia si applica ove la società interessata sia assoggettata senza possibilità di opzione e senza esserne esentata all’IRES e ove tutte le società di capitali residenti che siano in possesso dei requisiti prescritti possano optare per la trasparenza, la quale comporta il non assoggettamento all’IRES. Quindi, se ne potrebbe desumere che, per il solo fatto che tali società hanno la possibilità di optare per la trasparenza, il regime Madre – Figlia non sarebbe applicabile;

inoltre, tra le condizioni per applicare la trasparenza in caso di soci non residenti vi è quella dell’esonero da ritenuta che si verifica in caso di applicazione del regime Madre – Figlia, infatti:

b) la condizione affinché una società residente, con soci non residenti, possa applicare il regime di trasparenza è che ai soci non residenti non si applichi (in astratto) la ritenuta alla fonte a titolo di imposta, ma la ritenuta non si applica se i dividendi sono soggetti al regime Madre Figlia che non si potrebbe

⁽⁴⁷¹⁾ A. FEDELE, *La direttiva "madre-figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, cit., pag. 1256.

⁽⁴⁷²⁾ In dottrina cfr. N. D’AMATI, *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in *Noviss. Dig. it.*, App. I, Torino, 1980, pag. 153; M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, pag. 48; A. FANTOZZI, *Operazioni imponibili, non imponibili ed esenti nel procedimento di applicazione dell’IVA*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, pag. 138; A. FEDELE, *Esenzioni ed esclusioni nella disciplina dell’IVA*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, pag. 147; ID., *Profilo dell’imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, 1966, pag. 98; F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, pag. 32; ID., *Imposizione ed extrafiscali*, Napoli, 1973, *passim*; S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, *passim*; ID., *Esenzione*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, pag. 567; ID., *Esenzioni ed agevolazioni tributarie*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, pag. 1; ID., *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario – Il diritto tributario e le sue fonti*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, pag. 401.

⁽⁴⁷³⁾ L’espressione è di E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 540; nonché L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1513.

CAPITOLO QUARTO

applicare per le ragioni *sub a*). Quindi neanche il regime di trasparenza sarebbe allora applicabile⁽⁴⁷⁴⁾.

Sussiste, quindi, il paradosso per cui il regime di trasparenza prescrive, quali presupposti, proprio quelle condizioni richieste dalla stessa Direttiva di cui comporta la non applicazione⁽⁴⁷⁵⁾.

Una simile conclusione sarebbe assolutamente illogica⁽⁴⁷⁶⁾ pur se difficilmente superabile atteso il tenore letterale delle disposizioni coinvolte⁽⁴⁷⁷⁾. Si deve però osservare che, sebbene non vi sia precisa corrispondenza, entrambi gli istituti mirano ad assicurare la neutralità nella distribuzione dei dividendi, mirano, quindi, seppur con strumenti diversi, all'eliminazione della doppia imposizione: la Direttiva Madre – Figlia prevedendo che il prelievo avvenga solo in capo alla società; la trasparenza prevedendo che il prelievo avvenga solo in capo ai soci. Vi è solo una differenza di tecnica legislativa: la trasparenza si rivolge alla quota del reddito societario prodotto dalla società ed opera indipendentemente dalla distribuzione degli utili, che sono reddito del socio, cui, invece, si riferisce la Direttiva ed il relativo requisito d'esonero dalla ritenuta⁽⁴⁷⁸⁾. Mentre l'imputazione del reddito è operazione che ha rilevanza solo nell'ambito delle imposte sui redditi e non reca nessun trasferimento di beni o somme dalla società partecipata alle società partecipanti, la distribuzione degli utili, invece, soddisfa il diritto dei soci agli utili e comporta il trasferimento di beni o somme dalla società partecipate alle società partecipanti⁽⁴⁷⁹⁾.

Inoltre, si deve avere riguardo alle finalità dell'art. 2, lett. c), direttiva 90/435/CEE, esso risponde alla finalità di evitare che la società madre possa invocare l'applicazione del regime di esclusione dall'imposizione anche quando gli utili con cui si sono formati i dividendi non sono stati sottoposti ad imposizione presso le società figlie in quanto queste ultime, pur rientrando tra i soggetti passivi delle imposte indicate nell'elenco allegato alla direttiva, non sono però concretamente tenute a corrisponderle, essendo ammesse a fruire di specifici regimi opzionali o di esonero. In tale ottica, l'opzione per la trasparenza non riduce il livello di tassazione sul reddito prodotto dalla società e, pertanto, non sembra contrastare con una lettura che attribuisca significato sostanziale alla ipotesi prevista dal citato art. 2 della direttiva⁽⁴⁸⁰⁾.

Per effetto della trasparenza, non si realizza, inoltre, alcun salto d'imposta in quanto il reddito prodotto dalle società che optano per la trasparenza non risulta esente da IRES, ma viene assoggettato a tassazione in capo ad un soggetto diverso

⁽⁴⁷⁴⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1513.

⁽⁴⁷⁵⁾ A. DI PIETRO, *La nuova disciplina dell'IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 126.

⁽⁴⁷⁶⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 131.

⁽⁴⁷⁷⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 540.

⁽⁴⁷⁸⁾ A. DI PIETRO, *La nuova disciplina dell'IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, cit., pag. 126; F. BULGARELLI, *Neutralità impositiva degli utili infragruppo*, in *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, a cura di A. DI PIETRO, Roma, 2003, pag. 560.

⁽⁴⁷⁹⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, in *Boll. trib.*, 2004, pag. 247.

⁽⁴⁸⁰⁾ L. MIELE, *Regime di trasparenza fiscale e soci esteri*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 259; ID., *Tassazione dei redditi nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 655.

dalla società che lo produce ⁽⁴⁸¹⁾. Si crea esclusivamente una diversa distribuzione del carico fiscale.

Atteso che le finalità perseguite sono analoghe, è stato suggerito di considerare i due regimi tra loro alternativi ⁽⁴⁸²⁾:

- a) alla scelta della società corrisponderà, per effetto della trasparenza, la non applicazione della direttiva;
- b) al contempo, però, la sola possibilità d’opzione, normativamente prevista, non dovrebbe precludere il regime della Direttiva per le società che, non esercitando l’opzione, conservano la propria soggettività tributaria ⁽⁴⁸³⁾.

Può soccorrere in tale interpretazione la circostanza che l’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 600 del 1973 di attuazione della Direttiva 435/90/CEE riferisce le condizioni per l’applicazione della Direttiva stessa e, tra queste, quello della soggezione ad imposta, ma solo con riferimento al soggetto non residente. Come affermato in precedenza, il tenore letterale delle norme della Direttiva (che, invece, riferisce questo requisito, ad entrambi i soggetti coinvolti) indebolisce tale interpretazione.

⁽⁴⁸¹⁾ R. LUPI, G. SEPIO, *Tassazione per trasparenza delle società di capitale e soci non residenti*, *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 288.

⁽⁴⁸²⁾ A. DI PIETRO, *La nuova disciplina dell’IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, cit., pag. 124.

⁽⁴⁸³⁾ Osserva A. DI PIETRO, *La nuova disciplina dell’IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, cit., pag. 124, che tali conclusioni possono non essere accettabili nell’analisi dell’ipotesi inversa. Si ipotizzi il caso della società figlia non residente che eroghi dividendi alla società madre residente trasparente. La società figlia può essere tenuta all’applicazione delle ritenute sui dividendi erogati nello Stato di residenza in conseguenza dell’opzione esercitata dalla società madre per il regime di trasparenza. Ritenuta che, tuttavia, non potrebbe essere recuperata dalla società madre, essendo questa venuta meno, come soggetto passivo, per effetto dell’opzione. Spetta al diritto interno, pertanto, ripristinare l’equilibrio così alterato: i dividendi affluiti come componente reddituale della società madre trasparente saranno tassati direttamente in capo ai soci; questi, tuttavia, dovrebbero essere nelle condizioni di recuperare la ritenuta, se ed in quanto applicata a titolo definitivo, grazie al credito d’imposta per le imposte pagate all’estero, attribuito loro *pro quota* coerentemente al regime di trasparenza.

Il problema si pone in termini analoghi con il regime di esenzione da ritenuta sui redditi e *royalties*. Osserva M. GREGGI, *La Direttiva 2003/49/CE e il regime di tassazione degli interessi e delle royalties*, in *Rass. trib.*, 2004, pag. 505, che l’avvenuta scelta per la trasparenza potrebbe impedire l’applicazione della disciplina tributaria comunitaria in materia di interessi e di *royalties* infragruppo (direttiva 2003/49/CE) dal momento che il legislatore comunitario, al fine della disapplicazione della ritenuta alla fonte su tali componenti ove erogate da soggetto residente nella Unione Europea, richiede, tra l’altro, non solo la localizzazione in uno Stato membro ma anche (e soprattutto) l’assoggettamento ad imposta del beneficiario e non semplicemente del reddito prodotto in capo ai soci come reddito di impresa. Ci si potrebbe chiedere allora se una società di capitali residente in Italia che avesse optato per il regime di imposizione del reddito prodotto ex art. 115 t.u.i.r. possa chiedere la disapplicazione della ritenuta alla fonte su interessi e *royalties* percepiti provenienti da una società localizzata in un altro Stato dell’Unione Europea. L’AUTORE ritiene che la risposta più coerente con il dato comunitario sia quella negativa. Estendere la Direttiva anche a soggetti societari trasparenti, comporterebbe inevitabilmente l’estensione oggettiva della Direttiva stessa anche in capo ad enti ai quali il legislatore comunitario non ha rivolto l’attenzione, escludendoli dai benefici suddetti e che neppure potrebbero essere considerati come effettivi beneficiari dei proventi.

Una società di cui all’art. 115 t.u.i.r., qualora abbia redditi di fonte estera, si trova così in una situazione peggiore rispetto ad una società priva dei requisiti per l’esercizio dell’opzione della trasparenza. Tale situazione potrebbe collidere con il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost..

In dottrina L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1514.

18.2.1.4. – ... (segue): differenze (temporanee) nelle percentuali di partecipazione.

Ulteriore condizione richiesta per l'applicazione del regime Madre – Figlia dall'art. 27-*bis* d.P.R. n. 600 del 1973 è il possesso da parte della società non residente di una partecipazione diretta nel capitale della società residente (che intende optare per la tassazione per trasparenza) non inferiore al 20 per cento. Così si esprime testualmente il menzionato art. 27-*bis* nel testo risultante a seguito della modifiche apportate dal d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 49 con cui il legislatore italiano ha recepito la direttiva 22 dicembre 2003 n. 2003/123/CE, che apportava modifiche alla direttiva 90/435/CEE.

In particolare, la Direttiva 2003/123/CE ha previsto una graduale riduzione della suddetta percentuale di partecipazione che, dopo essere stata abbassata al 20 per cento, deve ulteriormente ridursi al 15 per cento per gli utili distribuiti a decorrere dal 1° gennaio 2007 e, infine, al 10 per cento per quelli distribuiti a partire dal 1° gennaio 2009. Conseguentemente, il legislatore italiano, per evitare ulteriori ritardi nell'attuazione della direttiva e, quindi, censure, da parte delle istituzioni comunitarie, oltre a modificare il testo dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 600 del 1973 ha stabilito art. 2, comma 2, d.lgs. n. 49 del 2007 che *“la percentuale indicata nei commi 1 e 1-bis dell'articolo 27-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, è ridotta al 15 per cento per gli utili distribuiti a decorrere dal 1 gennaio 2007 e al 10 per cento per quelli distribuiti a decorrere dal 1 gennaio 2009”* ⁽⁴⁸⁴⁾.

Si deve quindi ritenere che l'art. 27-*bis*, d.P.R. n. 600 del 1973 debba sin d'ora leggersi nel senso che condizione per l'applicazione del regime Madre – Figlia è il possesso da parte della società non residente di una partecipazione diretta nel capitale della società residente non inferiore al 15 per cento ⁽⁴⁸⁵⁾.

L'art. 115 t.u.i.r. subordina, invece, l'accesso ad un perimetro di trasparenza al possesso di una partecipazione non inferiore al 10 per cento e non superiore al 50 per cento. Per i soci non residenti, mentre il limite superiore risulta corrispondente, il limite inferiore del 10 per cento viene di fatto elevato al 15 per cento, solo tale soglia consente l'applicazione del regime Madre – Figlia e, quindi, la non applicazione della ritenuta.

Seppur le due soglie siano destinate a diventare uguali a partire dal 1° gennaio 2009 in forza dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 49 del 2007, attualmente non può farsi a meno di sottolineare che il regime vigente di trasparenza sia in palese contrasto con i principi comunitari in quanto, seppur minime, vi sono differenze nelle soglie di partecipazione ⁽⁴⁸⁶⁾. Il risultato è discriminatorio, con conseguente alterazione delle posizioni concorrenziali, ed è tanto più censurabile in quanto coinvolge proprio quei soggetti che operano in diversi Stati membri, con evidente vantaggio per quelli residenti in Italia ⁽⁴⁸⁷⁾.

⁽⁴⁸⁴⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2143.

⁽⁴⁸⁵⁾ In senso conforme Circolare Assonime 19 aprile 2007, n. 21

⁽⁴⁸⁶⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1514; A. DI PIETRO, *La nuova disciplina dell'IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, cit., pag. 126; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 539.

⁽⁴⁸⁷⁾ A. DI PIETRO, *La nuova disciplina dell'IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, cit., pag. 124.

Seppur solo temporaneamente, il regime italiano di trasparenza di cui all'art. 115 t.u.i.r. è suscettibile di severe censure dalla parte della Corte di Giustizia nella misura in cui prevede, di fatto, soglie differenziate per l'accesso sulla base della residenza dei soci ⁽⁴⁸⁸⁾.

18.2.1.5. – ... (segue): durata dell'ininterrotto possesso.

L'ultima condizione di cui tenere conto ai fini dell'applicazione del regime Madre – Figlia consiste nella circostanza che la società madre non residente detenga ininterrottamente per almeno un anno la partecipazione nella società figlia italiana. Questa, implicitamente, diviene un'ulteriore condizione da rispettare ai fini dell'accesso al regime di trasparenza.

Lo stesso requisito risulta particolarmente problematico. In via preliminare, si deve osservare che requisito analogo non risulta richiesto in relazione alle partecipazioni dei soci residenti, sicché la sua presenza pare inevitabilmente censurabile dal punto di vista comunitario. Vi è una palese discriminazione a danno dei soci non residenti la cui possibilità di accedere all'istituto della trasparenza risulta fortemente limitata ⁽⁴⁸⁹⁾.

In primo luogo, esso pone problemi di ordine applicativo se messo in relazione con il disposto del comma 1 dell'art. 115, t.u.i.r. ove è previsto che le condizioni per beneficiare della trasparenza "devono sussistere a partire dal primo giorno del periodo di imposta della partecipata in cui si esercita l'opzione e permanere ininterrottamente sino al termine del periodo di opzione". Occorre quindi chiarire se tale prescrizione sia applicabile anche ai soci esteri. Ove la si ritenesse applicabile, il socio estero dovrebbe aver maturato il possesso qualificato anteriormente all'inizio del primo periodo di trasparenza: cioè, a tale data dovrebbe aver già detenuto la partecipazione da almeno un anno per poter, insieme agli altri soci, optare per il regime della trasparenza fiscale ⁽⁴⁹⁰⁾.

In secondo luogo si deve chiarire quando, ai fini della Direttiva Madre – Figlia, sia realizzato il periodo di ininterrotto possesso. Si tratta di questione preliminare, ma non pregiudiziale ⁽⁴⁹¹⁾, risolta dall'Agenzia delle Entrate nella risoluzione 29 luglio 2005, n. 109/E ⁽⁴⁹²⁾. Con questa risoluzione, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che il regime di esonero dall'applicazione della ritenuta sui

⁽⁴⁸⁸⁾ P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 101.

⁽⁴⁸⁹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1511, nota 9; P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 101.

⁽⁴⁹⁰⁾ Tale condizione limiterebbe ulteriormente l'operatività dell'istituto della trasparenza in caso di soci non residenti. Come osservato da D. VOCCA, *La imputazione del reddito per trasparenza: analisi di alcune problematiche, con particolare riferimento al socio non residente*, cit., pag. 1293, il socio non residente non potrebbe vendere ad altro socio non residente, estraneo alla compagine sociale, la sua partecipazione sino al termine del periodo di opzione: l'acquirente, infatti, non avrebbe esso stesso già maturato il periodo di possesso, con la conseguenza che il mutamento della compagine sociale non sarebbe neutro ai fini della tassazione per trasparenza, e l'opzione cesserebbe sin dall'esercizio sociale in corso della società partecipata (art. 115, comma 6). Lo stesso problema si porrebbe nel caso in cui uno dei soci volesse cedere la sua partecipazione ad un nuovo socio non residente nel corso del periodo di tassazione per trasparenza.

⁽⁴⁹¹⁾ P. BRACCO, *Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali del regime della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2006, pag. 170.

⁽⁴⁹²⁾ Su tale problematica cfr. Circolare Assonime 14 luglio 2004, n. 32 e ancora lettera circolare Assonime 1° agosto 2005.

CAPITOLO QUARTO

dividendi corrisposti da una società figlia residente in Italia alla propria società madre residente in altro Stato dell'Unione Europea di cui alla direttiva Madre – Figlia, può trovare applicazione solo se al momento dell'erogazione dei dividendi sia già stato soddisfatto il requisito dell'ininterrotto possesso della partecipazione “*per almeno un anno*”. La precisazione si è resa necessaria a seguito della modifica apportata all'art. 27-*bis*, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 600 del 1973, con la quale è stato previsto che, ai fini dell'applicabilità del regime di esenzione in esame, la partecipazione deve essere detenuta ininterrottamente “*per almeno un anno*” e non già, come prevedeva la previgente normativa, “*da almeno un anno*”. Tale innovazione aveva fatto sorgere il dubbio che, a seguito della riforma IRES, il predetto regime di esenzione dall'applicazione della ritenuta potesse trovare applicazione anche nel caso in cui al momento del pagamento dei dividendi non fosse ancora decorso il periodo minimo annuale di detenzione della partecipazione, sempre che, naturalmente, tale periodo di possesso si completasse successivamente. Con la risoluzione in oggetto, invece, l'Agenzia ha precisato che il regime di esonero dall'applicazione della ritenuta si rende operante solo se al momento dell'erogazione dei dividendi risulti già soddisfatto il requisito dell'ininterrotto possesso della partecipazione “*per almeno un anno*”. Peraltro, l'Agenzia mette in evidenza che, qualora l'esenzione dalla ritenuta venisse concessa sulla base del semplice impegno a voler mantenere il possesso della partecipazione per almeno un anno, il controllo a posteriori dell'effettivo mantenimento di tale impegno non sarebbe agevole, non avendo il sostituto d'imposta alcun potere – dovere di riscontro ed essendo difficoltoso per l'Amministrazione Finanziaria attivare controlli efficaci.

Nella circolare 19 giugno 2001, n. 60/E, l'Agenzia ha evidenziato che l'esenzione non può essere applicata direttamente dal sostituto d'imposta italiano prima che sia trascorso il periodo di detenzione prescritto. Nella medesima circostanza si era altresì spiegato come la predetta conclusione trovi conferma indiretta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia ⁽⁴⁹³⁾ che afferma che gli “*Stati non sono tenuti, in forza della direttiva, a concedere l'agevolazione in modo immediato quando la società capogruppo si impegna unilateralmente a rispettare il periodo minimo di partecipazione*”. Invero, qualora la non applicazione della ritenuta sui dividendi distribuiti venisse direttamente riconosciuta dal sostituto d'imposta sulla base di una semplice dichiarazione di voler mantenere il requisito della detenzione ininterrotta per almeno un anno della partecipazione qualificata, non sarebbe agevole vigilare a posteriori sul mantenimento dell'impegno assunto dal socio che ha percepito i dividendi. Infatti, per quanto attiene al rispetto di tale impegno, il sostituto d'imposta non avrebbe alcun potere – dovere di riscontro e la stessa Amministrazione Finanziaria incontrerebbe difficoltà nell'attivare controlli efficaci.

Alla luce di tali chiarimenti, risulta, quindi, che non sarà applicata alcuna ritenuta solo se il contribuente è in grado di dimostrare che ha ininterrottamente posseduto partecipazione per i 365 giorni precedenti quello di distribuzione. Coordinando tale regola con l'art. 115, comma 1, t.u.i.r., risulterebbe che un socio non residente potrebbe accedere al regime di trasparenza solo a partire dal primo

⁽⁴⁹³⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit*.

giorno del periodo di imposta della partecipata in cui si esercita l’opzione se già possedeva da almeno un anno la partecipazione.

Il problema è stato risolto dall’Agenzia delle Entrate nella circolare n. 49 del 2004 precisando che *“il requisito della detenzione ininterrotta per almeno un anno della partecipazione qualificata, richiesto per la non applicazione delle ritenute sui dividendi distribuiti (...), non va necessariamente verificato su un arco temporale precedente a quello dal quale decorre il regime di trasparenza”*. Non occorre, quindi, che il primo giorno del periodo di imposta in cui si esercita l’opzione sia decorso il periodo di un anno. Tale requisito può essere soddisfatto successivamente, ma, aggiunge allora l’Agenzia, *“nell’eventualità che la condizione della detenzione ininterrotta non risulti soddisfatta entro il primo periodo di trasparenza, l’opzione si considera come non perfezionata”*. Il termine finale per verificare il requisito dell’ininterrotto possesso viene, così, rinviato alla fine del periodo di imposta ⁽⁴⁹⁴⁾.

L’applicazione della Direttiva Madre – Figlia e l’opzione per la trasparenza sono così messe su un piano diverso ⁽⁴⁹⁵⁾: mentre per l’esenzione dall’applicazione della ritenuta sui dividendi erogati a società “madri” comunitarie è necessario che il periodo minimo di possesso ininterrotto della partecipazione sia già decorso al momento del pagamento del dividendo, la trasparenza fiscale può essere attivata anche se al momento dell’esercizio dell’opzione tale periodo non sia ancora maturato (salvo poi considerare non perfezionata l’opzione stessa se il requisito della detenzione ininterrotta non risulti soddisfatto entro il primo periodo di trasparenza). Ciò significa che il mancato pagamento del dividendo (pagamento che segna il momento in cui è dato riscontrare il presupposto della non applicazione della ritenuta) non è di ostacolo ad esercitare provvisoriamente l’opzione per la trasparenza, la quale si intende sottoposta alla condizione risolutiva che entro il primo anno di trasparenza non debba applicarsi la ritenuta sui dividendi.

Sulla base della ricostruzione dell’Agenzia, viene così concesso di verificare il periodo dell’ininterrotto possesso previsto dalla Direttiva Madre – Figlia per la non applicazione della ritenuta entro il primo anno di trasparenza.

Tale opzione è stata scelta dall’Agenzia per garantire la pretesa neutralità dell’applicazione del regime di trasparenza anche in caso di soci non residenti ⁽⁴⁹⁶⁾: la fine del periodo di imposta, infatti, è il momento in cui, in assenza di opzione per il reddito netto di quel periodo di imposta sarebbe distribuibile al socio senza alcuna ritenuta. Viene così rinviata la verifica della sussistenza dei

⁽⁴⁹⁴⁾ Nella circolare n. 49 del 2004 si legge anche che *“al socio estero è riconosciuta la possibilità di non subire ritenute sui dividendi anche prima che sia decorso il periodo minimo, purché la condizione richiesta per fruire di tale beneficio sia adempiuta anche successivamente alla data della delibera di distribuzione”*.

Sembrava così che, già in questa occasione, l’Agenzia avesse chiarito come calcolare il periodo di ininterrotto possesso di un anno ai fini della disapplicazione della ritenuta. Nella risoluzione n. 109 del 2005 è, però, tornata sul punto ed ha corretto il tenore di tale affermazione precisando che essa concerne un contesto diverso: non riguarda l’applicazione della ritenuta, ma l’esercizio dell’opzione per la trasparenza. L’Agenzia così dimostra di tenere distinte le due discipline.

⁽⁴⁹⁵⁾ Lettera circolare Assonime 1° agosto 2005.

⁽⁴⁹⁶⁾ D. VOCCA, *La imputazione del reddito per trasparenza: analisi di alcune problematiche, con particolare riferimento al socio non residente*, cit., pag. 1293.

CAPITOLO QUARTO

requisiti al momento in cui si potrebbe verificare quel salto di imposta che il legislatore cerca di evitare.

L'Agenzia accoglie così un'impostazione prevalentemente pratica che cerca di individuare il primo momento utile per la verifica della sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 115 t.u.i.r. e non rinviare la stessa ad un tempo indeterminato. Il termine del periodo di imposta è certamente il momento in cui la società giunge alla determinazione di un risultato rilevante dal punto di vista reddituale, ma questo non implica la distribuzione automatica di tali utili. Un fondamento di tale impostazione potrebbe rinvenirsi nell'analogia esistente tra la trasparenza delle società di persone e quelle delle società di capitali ⁽⁴⁹⁷⁾: se è vero che nella prima alcune valutazioni sono rinviate alle fine del periodo di imposta, è parimenti vero che è differente il sostrato civilistico di riferimento per effetto del quale, effettivamente, dalla chiusura del periodo di imposta, per il tramite dell'approvazione del rendiconto finale, deriva ai soci il diritto all'apprensione degli utili. Nelle società di capitali è, invece, richiesto un adempimento ulteriore: l'assunzione della delibera di distribuzione degli utili ⁽⁴⁹⁸⁾. Anche in tale ipotesi,

⁽⁴⁹⁷⁾ A conferma della possibilità di rinviare l'analisi della sussistenza dei requisiti per l'esercizio dell'opzione alla fine del primo periodo di imposta è stato ritenuto (cfr. D. VOCCA, *La imputazione del reddito per trasparenza: analisi di alcune problematiche, con particolare riferimento al socio non residente*, cit., pag. 1297) militare il tenore letterale dell'art. 115, comma 2, t.u.i.r., che non contiene un rimando incondizionato al comma 1 dello stesso articolo, ma, piuttosto, contiene un rimando puntuale ai soli "requisiti" oggettivi del comma 1, sicché è stato sostenuto che per il socio estero non valga il medesimo criterio temporale. In assenza di un preciso criterio, si possono applicare i principi validi in tema di trasparenza delle società di persone in forza del richiamo operato dalla legge delega che si riferisce all'istituto in questione descrivendolo come la "*facoltà ... di optare per il regime di trasparenza fiscale delle società di persone*", con ciò operando un rinvio espresso a quella disciplina. Potendosi applicare le stesse logiche che valgono per le società di persone, si deve ricordare che, in questo ambito, la verifica della qualità di socio è effettuata alla fine dell'esercizio, pertanto, anche nel caso della tassazione per trasparenza il requisito dell'assenza di ritenuta (cioè l'essere socio qualificato per la imputazione del reddito) andrebbe verificato alla fine dell'esercizio. Tale impostazione, di carattere certamente pratico, sembra essere quella accolta dall'Agenzia.

⁽⁴⁹⁸⁾ Tiene conto di tale situazione quella dottrina (cfr. P. BRACCO, *Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali del regime della trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 173) che valorizza la circostanza che il fatto che l'art. 115, comma 2, t.u.i.r. e l'art. 1, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, richiedono l'assenza ovvero la possibilità di rimborso integrale della ritenuta sugli "utili distribuiti". Si deve, quindi, guardare al caso concreto di distribuzione dei dividendi e non effettuare un'astratta valutazione con riferimento agli utili che possono formare oggetto di distribuzione. Il riferimento agli "utili distribuiti" e non a quelli "distribuibili", dunque, porta a ritenere che il requisito del mancato obbligo – rimborso della ritenuta debba verificarsi prestando attenzione all'effettiva distribuzione degli utili formati nel periodo di trasparenza. Solo in questo momento, infatti, è possibile verificare se gli utili distribuiti sono soggetti ad imposizione alla fonte ovvero se, ove applicata la ritenuta, questa sia suscettibile di integrale rimborso. È, quindi, possibile affermare che l'opzione esercitata da parte di soggetti non residenti è, in linea di principio, sempre consentita, a prescindere dal fatto che il socio sia residente in uno Stato membro dell'Unione Europea o meno e che, ove comunitario, sia incluso o escluso dal campo di applicazione della direttiva Madre – Figlia. Conseguentemente, è possibile affermare che la partecipazione a società trasparenti da parte di soci esteri che non godono dei benefici della direttiva Madre – Figlia sui dividendi percepiti viene di fatto limitata esclusivamente nel momento in cui si provvede alla distribuzione degli utili realizzati nel periodo di trasparenza. Secondo questo AUTORE è, dunque, possibile che si alternino nella compagine sociale di società trasparenti soci esteri non residenti nell'Unione Europea e soci comunitari senza che venga meno il regime della trasparenza fiscale. L'importante è che al momento della distribuzione dei

dalla implicita inclusione dei requisiti per beneficiare del regime Madre – Figlia tra quelli per applicare il regime di trasparenza, deriva un’ulteriore limitazione all’applicazione dell’istituto di cui all’art. 115 t.u.i.r. in caso di soci non residenti.

In definitiva, quindi, a parte situazioni temporanee (ci si riferisce alle differenze nelle soglie di partecipazioni), la presenza di soci non residenti risulta fortemente penalizzante: essa può precludere l’esercizio dell’opzione o renderlo, comunque, più difficoltoso. Tale situazione appare in palese violazione dei principi del diritto comunitario ed espone la legislazione italiana a severe censure da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ⁽⁴⁹⁹⁾ ⁽⁵⁰⁰⁾.

Dei profili di incompatibilità con il diritto comunitario, in caso di presenza di soci non residenti, dell’attuale regime di trasparenza fiscale si è accorta anche la Commissione di studio sull’imposizione fiscale delle società (c.d. Commissione Biasco, dal nome del Presidente) istituita con decreto del Vice Ministro dell’Economia del 27 giugno 2006 e “*incaricata di condurre un lavoro di ricognizione ed approfondimento sull’applicazione della nuova disciplina dell’Ires per verificarne gli effetti e valutare l’eventuale necessità di correttivi*” secondo la quale “*la limitazione attualmente prevista non sembra ragionevole*”. La Commissione ha suggerito l’opportunità di consentire l’opzione per la trasparenza, in presenza di soci costituiti da società non residenti, che siano dotati dei requisiti di partecipazione, anche nel caso in cui, in assenza del regime di trasparenza, troverebbero applicazione le ritenute alla fonte sui dividendi distribuiti dalla società partecipata. In questa prospettiva non si verificherebbero, comunque, salti di imposta dal momento che il socio non residente sarebbe tenuto a dichiarare i redditi imputati per trasparenza dalla società italiana (secondo quanto già previsto) e ad assolvere le relative imposte, per le quali resterebbe comunque responsabile solidalmente anche la società trasparente ⁽⁵⁰¹⁾.

dividendi il socio percettore sia un soggetto comunitario che rientra nel campo di applicazione delle direttive Madre – Figlia.

Tale situazione non appare forse quella voluta dal legislatore.

⁽⁴⁹⁹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1510; G. MAISTO, *Possibili criteri diretti per una revisione dell’Ires improntata alla competitività del sistema fiscale italiano*, *Relazione al convegno “Contributi alla riforma dell’IRES”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 348.

⁽⁵⁰⁰⁾ Si ricorda, inoltre, che ai fini dell’applicazione del regime di esenzione, l’art. 27-bis, d.P.R. n. 600 del 1973, deve essere prodotta una certificazione, rilasciata dalle competenti autorità fiscali dello Stato estero, che attesti che la società non residente possieda i requisiti indicati alle lettere a), b) e c), nonché una dichiarazione della società che attesti la sussistenza dei requisiti indicati alle lettere d) e e).

Tale disposizione rappresenta un’ulteriore criticità nel meccanismo della trasparenza. La necessità di provare la sussistenza dei menzionati requisiti determina una forma di restrizione procedurale per i soci non residenti non proporzionata. L’orientamento consolidato della Corte di Giustizia (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumaker*), esclude la legittimità di norme che pongano requisiti procedurali più gravosi per le situazioni transnazionali rispetto a quelle meramente interne e censura la richiesta di esibire prove per fatti che le autorità fiscali di uno Stato Membro potrebbero ricavare nell’esercizio dello scambio di informazioni previsto dalla Direttiva 77/799/CEE.

Cfr. P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 103.

⁽⁵⁰¹⁾ COMMISSIONE DI STUDIO SULL’IMPOSIZIONE FISCALE DELLE SOCIETÀ, *Relazione finale*, disponibile alla data in cui si licenzia il presente scritto sul sito internet http://www.finanze.gov.it/commissioneires/documenti/commissione_biasco_relazione_finale2.pdf, pag. 45. In generale: F. GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento*

18.2.1.6. – La stabile organizzazione italiana del socio non residente.

La seconda possibilità che non sia applicata ai soci non residenti la ritenuta in uscita ricorre quando la partecipazione nella società trasparente appartenga ad una stabile organizzazione italiana del socio non residente ⁽⁵⁰²⁾. Infatti, ai sensi dell'art. 27, comma 3, d.P.R. n. 600 del 1973, normalmente è applicata una ritenuta a titolo d'imposta e con l'aliquota del 27 per cento “*sugli utili corrisposti a soggetti non residenti nel territorio dello Stato in relazione alle partecipazioni, ... , non relative a stabili organizzazioni nel territorio dello Stato*”.

La presenza di una stabile organizzazione italiana consente ⁽⁵⁰³⁾ di tutelare le pretese fiscali dello Stato italiano rendendole efficacemente azionabili anche nei confronti dei soci non residenti ⁽⁵⁰⁴⁾. Essa, inoltre, risulta l'unico meccanismo per consentire a soci non appartenenti all'Unione Europea di beneficiare della tassazione per trasparenza ⁽⁵⁰⁵⁾. Per tali soggetti non è, infatti, applicabile la direttiva Madre – Figlia e, in assenza di adeguate norme convenzionali, il requisito della non applicazione della ritenuta non sarebbe altrimenti verificabile.

Anche per le società residenti nell'Unione Europea la presenza di una stabile organizzazione consente di prescindere dalla verifica dei requisiti summenzionati rendendo più facile l'accesso all'istituto. Tale circostanza può confermare che l'attuale conformazione dell'art. 115 t.u.i.r. è in violazione del diritto comunitario in quanto conferma la circostanza che per un soggetto non residente in Italia, la possibilità di beneficiare direttamente della tassazione per trasparenza è maggiormente difficoltosa e subordinata a requisiti non richiesti per i soci italiani.

fiscale, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 725; ID., *Il ruolo dell'imposizione dal Trattato dell'Unione alla Costituzione europea*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1473; ID., *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 2271; ID., *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 407; ID., *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, Napoli 2006, *passim*.

⁽⁵⁰²⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2144.

⁽⁵⁰³⁾ Per la nozione di stabile organizzazione nella riforma IRES cfr. E. DELLA VALLE, *La stabile organizzazione*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 905; S. GIORGI, *La stabile organizzazione e la residenza fiscale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 1; A. LOVISOLO, *La “forza di attrazione” e la determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 69; P. MARONGIU, *Il concetto di stabile organizzazione nel nuovo Testo Unico*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 227; I. LA CANDIA, *Proposte di modifica al Commentario OCSE per la stabile organizzazione*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 199.

⁽⁵⁰⁴⁾ V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 131.

⁽⁵⁰⁵⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1510; S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4827; P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 186.

18.3. – *Trasparenza e consolidato – Interrelazioni tra i due istituti.*

Il regime di tassazione per trasparenza non è applicabile se la società partecipata esercita l’opzione per il consolidato, interno o mondiale. La condizione negativa in esame deve essere soddisfatta solo dalla società partecipata; nessuna preclusione opera per le società partecipanti (art. 1, comma 3, d.m. 23 aprile 2004) che possono accedere contemporaneamente ad un perimetro di trasparenza e ad un perimetro di consolidamento (sia in qualità di controllanti sia di controllate). La preclusione non opera, quindi, per soci delle società che abbiano optato per il regime di trasparenza o del consolidamento fiscale i quali, essendo al vertice della catena di controllo, resterebbero liberi di esercitare l’opzione per il consolidato o per la trasparenza⁽⁵⁰⁶⁾.

Non è, neppure, esclusa la possibilità di applicare la trasparenza “*a cascata*” sicché una società cui viene imputato il reddito per trasparenza potrà dunque a sua volta imputarlo per trasparenza alle sue socie, ove per tutte risultino verificate le condizioni previste dalla legge. La disciplina della trasparenza non contiene, infatti, una regola analoga a quella dettata per il consolidato, in cui ciascuna società può optare per il regime solo in qualità di controllata o solo in qualità di controllante⁽⁵⁰⁷⁾.

La previsione del comma 1, lett. b) dell’art. 115, da un lato vieta, infatti, esclusivamente di acquisire per trasparenza *pro quota* il reddito della partecipata, ove questa abbia optato per la tassazione consolidata anche in qualità di capogruppo, ma dall’altro lato non vieta alle società partecipanti, che optino per la tassazione consolidata, rispetto a se stesse, di decidere contestualmente di tassare per trasparenza la propria partecipata. L’art. 115 t.u.i.r. precisa, infatti, essere precluso l’accesso al regime in esame nel caso in cui “*la società partecipata eserciti l’opzione di cui agli articoli 117 e 130*”. Il sintetico testo normativo è opportunamente approfondito dal d.m. 23 aprile 2004 ove si precisa che la preclusione riguarda la sola società partecipata sia in qualità di controllata, sia in qualità di controllante (art. 3, comma 1, lett. b), d.m. 23 aprile 2004).

L’accesso della società partecipata ad un consolidato, potrebbe ricorrere:

- a) quando la partecipata abbia voluto accedere alla tassazione consolidata in qualità di controllante – consolidante. In questo caso, occorre assumere altresì, quanto alla tassazione consolidata su base mondiale, che la società in questione sia una società quotata, poiché si tratterebbe, per definizione (tenuto conto della compagine azionaria immaginata dall’art. 115 t.u.i.r.), di una società italiana non al vertice della catena partecipativa. Se, al contrario, si assumesse ricorrere una situazione di controllo di essa da parte dello Stato o da parte di persone fisiche, non vi sarebbe possibilità di conflitto con le disposizioni dell’art. 115 t.u.i.r., in quanto mancherebbero le condizioni soggettive di accesso al regime ivi previsto, in relazione alle caratteristiche dei soci di questa società⁽⁵⁰⁸⁾ ⁽⁵⁰⁹⁾.

⁽⁵⁰⁶⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 129; C. GARBARINO, *Rapporti dei perimetri di consolidamento fiscale con gli altri perimetri intragruppo*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 640.

⁽⁵⁰⁷⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1508.

⁽⁵⁰⁸⁾ Si ricorda, infatti, che ai sensi dell’art. 130 t.u.i.r., possono esercitare l’opzione per accedere a questa modalità di tassazione le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e di mutua assicurazione residenti nel

CAPITOLO QUARTO

- b) oppure quando la partecipata abbia inteso realizzare il proprio ingresso nella tassazione consolidata in qualità di controllata (residente). Per aversi tale eventualità, dovrebbero ricorrere strutture partecipative articolate su più livelli in cui le società partecipanti dirette, con le percentuali indicate dall'art. 115, comma 1, t.u.i.r. in sé non idonee ad attribuire a qualcuna di loro il controllo di diritto (art. 2359, comma 1, n. 1, cod. civ.), siano, tuttavia, complessivamente lo strumento per attribuire il controllo di diritto della società (potenzialmente trasparente) ad una capogruppo che possa consolidarla⁽⁵¹⁰⁾.

territorio dello Stato, nonché gli enti pubblici e privati diversi dalla società, residenti in Italia che abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali e che si qualificano quali "società o ente controllante di grado più elevato". Il legislatore tramite tale previsione ha voluto evitare che i contribuenti aggirassero l'obbligo della necessaria inclusione di tutte le società estere (principio del c.d. *all in all out*) creando più società *holding* residenti alle quali conferire le partecipazioni solo in alcune controllate estere. Il rigore di tale disposizione è, comunque, attenuato dalla successiva norma per la quale le società le cui azioni sono negoziate in mercati regolamentati sono, presuntivamente, qualificabili sempre quali controllanti di grado più elevato. La relazione illustrativa precisa, infatti, che tali società possono effettuare la summenzionata opzione anche nel caso in cui risultino a loro volta soggette al controllo di diritto da parte di altri soggetti residenti in Italia. Più stringente è, invece, la norma in ipotesi di società o enti controllate ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, cod. civ. esclusivamente dallo Stato, da altri enti pubblici, da persone fisiche che dispongano della maggioranza dei voti esercitabili nella assemblea delle prime. Perché le società controllate da tali soggetti possano esercitare l'opzione in esame, occorre che lo Stato, gli altri enti pubblici o le persone fisiche che le controllano non si qualificano a loro volta quali soggetti controllanti di altre società o enti commerciali residenti, o non, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, cod. civ. non solo numero 1 ma anche numero 2. I soggetti da ultimo menzionati non devono, quindi, né disporre della maggioranza di voti in assemblea, né disporre di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di qualunque altra società. Si ipotizzi, ad esempio, il caso della persona fisica X che dispone del 51% dei voti nell'assemblea della società A (X dispone così la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria), mentre dispone solo del 35% dei voti nella società B il cui azionariato è estremamente diffuso (X può così disporre di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria). Qualora la società A risultasse la controllante di società estere, non potrebbe esercitare l'opzione per il consolidato mondiale. È, infatti, controllata da persone fisiche che a loro volta controllano un'altra società.

⁽⁵⁰⁹⁾ Potrebbero, per converso, insorgere situazioni di conflitto fra la tassazione per trasparenza *ex art.* 116 t.u.i.r. e l'assunzione da parte della società dello stato di consolidante. Per tale ipotesi opera il rinvio alla preclusione stabilita dall'art. 115, comma 1, lett. b), t.u.i.r. da parte dell'art. 116, comma 1, primo periodo, t.u.i.r.

⁽⁵¹⁰⁾ Si ipotizzi il seguente caso: la società A capogruppo controlla il 100% della società B e della società C. La società B controlla il 45% della società D, la società C controlla il 40% della stessa società. Il restante 15% della società D è controllato dalla società E. La società A potrebbe consolidare la società D, consolidando o meno anche le società intermedie B e C (la società A detiene una partecipazione diretta sufficiente sia in B e C – il 100% – e detiene una partecipazione indiretta sufficiente anche in D – l'85% –). Nessuna di tali ultime società, da parte sua, potrebbe attivare un proprio consolidato con la società D, per mancanza dei presupposti di controllo *ex art.* 2359, comma 1, n. 1), cod. civ.. Le società B, C ed E potrebbero, invece, acquisire il reddito della società D, mediante tassazione per trasparenza. Se la società A consolida la società D, la società extragruppo E partecipante in D al 15% non potrebbe consolidare presso di sé il 15% del reddito della D. Se A consolida solo B e C, queste ultime possono, invece, acquisire per trasparenza il reddito della D *pro quota* e trasferire il proprio reddito (quindi indirettamente quello della D, *pro quota*) al consolidato gestito dalla società A. In questo caso, la società extragruppo E titolare del 15% della società D potrà acquisire la quota corrispondente del reddito di quest'ultima per trasparenza.

Dal punto di vista della società partecipante non sussistono, invece, le medesime preoccupazioni. Si comprende così perché l'art. 1, comma 3, d.m. 23 aprile 2004, stabilisca che la forma di tassazione in esame, da questa prospettiva, non sia incompatibile con l'opzione per la tassazione consolidata da parte delle società partecipanti, sia in veste di società controllata (⁵¹¹), sia in veste di capogruppo (⁵¹²). Ove le due opzioni coesistano, la quota di reddito della società partecipata, imputato trasparenza al socio che abbia contemporaneamente optato per la tassazione consolidata, in una delle due vesti prima menzionate, entrerà a comporre il reddito imponibile consolidato di quest'ultimo (⁵¹³).

Il rapporto tra il perimetro di trasparenza e il perimetro di consolidamento viene, quindi, risolto nel senso che:

- a) i redditi imputati nell'ambito di un perimetro di consolidamento non possono essere trasferiti all'interno di un perimetro di trasparenza;
- b) i redditi imputati nell'ambito di un perimetro di trasparenza possono, invece, essere trasferiti all'interno di un perimetro di consolidamento.

Attraverso le disposizioni e le preclusioni in esame, il legislatore dimostra di consentire il trasferimento intersocietario di redditi solo nell'ipotesi in cui la quota di reddito imputata corrisponda alla quota di redditi che sarebbe trasferita in sede di distribuzione degli utili. Nel regime della tassazione consolidata, la controllante recepisce l'intero risultato reddituale della controllata, indipendentemente dalla misura della percentuale di partecipazione, invece, nel regime di trasparenza, l'imputazione avviene *pro quota* (⁵¹⁴). Nell'ipotesi in cui i redditi determinati

(⁵¹¹) Si ipotizza il caso in cui la A possiede il 40% della società B (a sua volta posseduta per il 40% dalla società C e per il 20% dalla società D). La società A è controllata, all'80%, dalla società E. Alla società A può essere imputato per trasparenza il reddito della società B (nella misura del 40%) e successivamente trasferire detto reddito alla società E nell'ambito di un perimetro di consolidamento.

(⁵¹²) Si ipotizza il caso in cui la A possiede il 40% della società B (a sua volta posseduta per il 40% dalla società C e per il 20% dalla società D). La società A controlla l'80% della società E. Alla società A può essere imputato per trasparenza il reddito della società B (nella misura del 40%) e, integralmente il reddito della società E nell'ambito di un perimetro di consolidamento.

(⁵¹³) M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2141.

(⁵¹⁴) L'art. 118 t.u.i.r. dispone che “l'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo di cui all'art. 117 comporta la determinazione di un reddito complessivo globale corrispondente alla somma algebrica dei redditi complessivi netti da considerare, quanto alle società controllate, per l'intero importo indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante”. A seguito dell'opzione per il consolidato, quindi, il consolidante deve determinare, in apposita dichiarazione da presentare ai sensi dell'art. 122 t.u.i.r., il reddito complessivo globale del gruppo costituito dai soggetti aderenti al consolidato. Tale reddito corrisponde alla somma algebrica dei redditi complessivi netti del consolidante e di tutte le società consolidate. Cardine della nuova disciplina è la facoltà offerta alle società facenti parte di un gruppo, in senso fiscale, di determinare un unico reddito imponibile costituito dalla somma algebrica degli imponibili di ciascuna delle società o enti del gruppo, indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante. Si tratta, quindi, di un consolidamento attraverso il meccanismo della sommatoria delle basi imponibili che realizza un consolidamento di tipo integrale. Risulta essere questa la principale differenza dell'istituto in esame rispetto a quello della trasparenza fiscale delle società e rispetto all'istituto del consolidato mondiale che realizzano, invece, ipotesi di consolidamento del reddito imponibile, pur sempre attraverso il meccanismo della somma algebrica degli imponibili di ciascuna delle società, ma solo proporzionalmente alla quota di partecipazione. In questi casi, si tratta di un consolidamento soltanto parziale. In definitiva, il consolidante deve sommare, algebricamente e per intero, i risultanti imponibili – positivi o

CAPITOLO QUARTO

nell'ambito di un perimetro di consolidamento fossero trasferiti in un perimetro di trasparenza, potrebbero trasferirsi somme maggiori di quelle che si trasferirebbero in sede di distribuzioni di utili a causa della regola per cui il consolidamento è integrale. Tale situazione si verificherebbe allorquando la controllante di un gruppo optasse per la trasparenza. Ne conseguirebbe allora che la società partecipata – controllante dovrebbero imputare ai propri soci per trasparenza redditi che quest'ultimi non sarebbero destinati ad acquisire⁽⁵¹⁵⁾ con evidente violazione del principio di capacità contributiva. La *ratio legis* è evidentemente, quella di evitare la sovrapposizione⁽⁵¹⁶⁾ tra i due regimi per impedire che l'imponibile di gruppo, da tassare in capo alla sola società controllante capofila, possa essere imputato ad altri soggetti (soci, ma non controllanti della stessa società capogruppo consolidante e trasparente), mediante l'esercizio dell'opzione per la trasparenza fiscale⁽⁵¹⁷⁾. Alle società partecipanti che si porrebbero così a monte della catena societaria sarebbe imputato il reddito di società a valle della catena: le prime non manifestano un diretto legame sulle seconde, sicché una giustificazione di tale imputazione in termini di capacità contributiva potrebbe apparire assai debole. Diversamente se si fosse ammessa la compatibilità tra consolidato della partecipata e trasparenza, si sarebbero dovute adottare norme specifiche che consentissero di evitare questi effetti⁽⁵¹⁸⁾.

Il legislatore dell'art. 115 t.u.i.r. ha, invece, accomunato le due ipotesi. Nel caso del consolidato mondiale, la scelta si può giustificare nel senso di attribuire prevalenza a ragioni di cautela fiscale⁽⁵¹⁹⁾.

Si spiega così la giustificazione per non consentire alla società trasparente di optare per il consolidato in qualità di controllante; il medesimo divieto con riferimento al ruolo di controllata deriva dalla circostanza che si potrebbe avere una duplice imputazione del reddito⁽⁵²⁰⁾. Si tende così a evitare la sovrapposizione e la contemporanea applicazione dei due regimi⁽⁵²¹⁾

negativi – riportati dal consolidante stesso e dalle consolidate nelle proprie dichiarazioni dei redditi.

⁽⁵¹⁵⁾ Si verifica nell'ipotesi in cui la società partecipata controllante A consolidi il reddito di una società partecipata B al 55%. La società A dovrebbe includere nel proprio reddito il 100% del reddito della società B e lo stesso sarebbe tassato in capo ai soci. In sede di distribuzione di utili, la società A riceverebbe esclusivamente il 55% degli utili della società B. Sarebbe solo questo il reddito che i soci della società A potrebbero effettivamente conseguire. Cfr. A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 691.

⁽⁵¹⁶⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1508.

⁽⁵¹⁷⁾ Tale caso è quello illustrato dall'Agenzia nella circolare n. 49 del 2004. Si ipotizza la società A che controlla la società X nella misura del 90% e la società Y nella misura del 70%. Sussistono, secondo tale schema i criteri per l'applicazione del consolidato. La Società A è partecipata dalla società B nella misura del 30%, dalla società C nella misura del 50% e dalla società D nella misura del 20%. Consentendo l'applicazione congiunta di entrambi gli istituti, le società B, C, e D risulterebbero tassate per l'intero reddito prodotto dalle società X e Y, pur non esercitando ciascuna singolarmente un effettivo controllo su tali società.

⁽⁵¹⁸⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 691; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 541.

⁽⁵¹⁹⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 541.

⁽⁵²⁰⁾ La società trasparente sarebbe controllata di un gruppo nel seguente caso: la società A è posseduta dalla società B nella misura del 40%, dalla società C nella misura del 40% e dalla società D nella misura del 20%. Le società B e C sono a loro volta integralmente controllate dalla società E che, indirettamente, controlla la società A all'80%. Consentendo entrambe le opzioni, la

Se, quindi, attraverso il divieto in esame, il legislatore ha inteso evitare il conflitto tra imputazione *pro quota* e imputazione integrale, non vi sarebbero allora preclusioni all’esercizio dell’opzione per la tassazione consolidata su base mondiale. Mentre il consolidato nazionale, realizza un’ipotesi di consolidamento integrale attraverso il meccanismo della sommatoria dei redditi delle società del gruppo, nel consolidato mondiale, il legislatore ha previsto che si realizzi il consolidamento dei redditi prodotti dalle controllate estere (intendendosi per tali sia le perdite che gli utili) per trasparenza (indipendentemente dall’effettiva percezione dei redditi) soltanto *pro quota* di partecipazione. Non si ha, quindi, un consolidamento integrale, ma uno soltanto parziale. Non si tratta di un meccanismo di consolidamento in senso stretto. Si tratta di un modo di imputazione del reddito che utilizza il medesimo meccanismo previsto in tema di *Controlled foreign companies (CFCs)* ⁽⁵²²⁾, come peraltro chiaramente indicato nella legge delega.

Le medesime preoccupazioni non si pongono nell’ipotesi in cui ad accedere ad entrambi i regimi siano le società partecipate. Nell’ipotesi in cui la partecipata sia controllante di un consolidato, essa si pone al vertice di entrambi i perimetri che restano però separati. Ove, invece, la società partecipata sia anche controllata di un gruppo, la quota di reddito trasferita entro il perimetro di consolidamento è pari alla somma che verrebbe trasferita per effetto della delibera di distribuzione di utili atteso che nell’ambito della trasparenza i redditi sono imputati proporzionalmente alla quota di partecipazione. Residua, quindi, uno spazio di sovrapposizione dei due istituti ⁽⁵²³⁾.

società A imputerebbe per trasparenza il reddito alle società B, C e D e lo stesso reddito alle società E.

⁽⁵²¹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1508.

⁽⁵²²⁾ R. CORDEIRO GUERRA, *Le imprese estere controllate e collegate*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 961; ID., *La nuova disciplina in tema di controlled foreign companies*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 29; R. DOMINICI, *Le innovazioni al regime delle CFC*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 365; P. SELICATO, *Estensione alle società collegate delle norme antielusive in materia di imprese estere controllate: si riducono le possibilità di disapplicazione*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 125.

⁽⁵²³⁾ Si può ipotizzare il seguente assetto societario: la società A controlla il 100% della società B e il 20% della società C. Questa è a poi posseduta per il 40% dalla società B e per il 40% dalla società D. In questa ipotesi, le tre società potrebbero attivare una procedura:

- (i) di tassazione consolidata della società B e della società C presso la società A, poiché questa società controlla B in via diretta e C, parte in forma diretta e parte in forma indiretta, tenendo conto dell’effetto di demoltiplicazioni (artt. 117 e 120 t.u.i.r.). In questa ipotesi, poiché la società C partecipa ad un consolidato in veste di controllata, non potrà esercitarsi opzione la tassazione del reddito di C per trasparenza presso i propri soci (A, B e D), oppure;
- (ii) di tassazione consolidata fra A e B e per trasparenza su C, insieme a D, oppure;
- (iii) di tassazione consolidata fra A e C, con esclusioni di B. In tal caso, A, B e D non potranno acquisire per trasparenza il reddito di C.

Così M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2142.

18.4. – *Percentuali di partecipazione: loro determinazione.*

Ai sensi dell'articolo 115, comma 1, t.u.i.r. le società partecipanti possono optare per la trasparenza a condizione che detengano una partecipazione non inferiore al 10 per cento (percentuale minima) né superiore al 50 per cento (percentuale massima). Ne deriva, indirettamente, un limite al numero di soci della partecipata che non possono così essere in numero inferiore a due e in numero superiore a dieci.

La legge delega prevedeva espressamente il solo limite inferiore, dato dalla titolarità di diritti di partecipazione per almeno il 10 per cento, e non il limite superiore del 50 per cento. Tale scelta del legislatore delegato è stata ritenuta ⁽⁵²⁴⁾ non configurare un eccesso di delega, in quanto rappresenta il semplice esercizio di una legittima discrezionalità di tipo operativo riconosciuta al legislatore delegato. La previsione di tale soglia può, inoltre, trovare giustificazione nella volontà di procedere nella distinzione delle condizioni legittimanti l'imputazione per trasparenza da quelle previste per il consolidato, per cui ove la partecipazione sia superiore al 50 per cento, la società socia potrà solo optare per il consolidamento. Essa svolge, inoltre, un'ulteriore rilevante funzione, quella di evitare che la trasparenza possa operare in presenza di un "socio tiranno" ⁽⁵²⁵⁾. Questi, infatti, potrebbe autonomamente optare per la trasparenza così da ripartire il carico fiscale su tutti i soci e, contemporaneamente, impedire la distribuzione di utili. Anche l'introduzione di tale soglia, comunque, non esclude l'accordo dei soci di maggioranza ⁽⁵²⁶⁾, tuttavia, si deve altresì osservare che, potendo il numero dei soci oscillare da due a dieci, è ragionevole ipotizzare che optino per la trasparenza società nelle quali tutta la compagine sociale possa intervenire nelle decisioni comuni. Il rischio dei più soci tiranni può così trovare soluzione in via di fatto.

Il limite inferiore può, invece, spiegarsi con l'esigenza di evitare un'eccessiva polverizzazione nel meccanismo di imputazione e con l'intento di discriminare tra partecipazioni che costituiscono semplici investimenti finanziari e quelle che determinano un più stretto rapporto socio – società tale da giustificare l'imputazione per trasparenza del reddito ⁽⁵²⁷⁾.

L'art. 3, d. m. 23 aprile 2004, precisa che le percentuali di partecipazioni agli utili e le percentuali di diritti di voto esercitabili in assemblea generale previste dal comma 1 del menzionato art. 115 t.u.i.r. devono essere computate tenendo conto esclusivamente della partecipazione diretta ⁽⁵²⁸⁾ detenuta dal socio

⁽⁵²⁴⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 537.

⁽⁵²⁵⁾ Così P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 331, nonché in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 79.

⁽⁵²⁶⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 537.

⁽⁵²⁷⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 690.

⁽⁵²⁸⁾ La rilevanza esclusiva attribuita alle partecipazioni dirette consente l'esercizio dell'opzione nella seguente situazione. Si ipotizzi il caso della società A la cui compagine sociale è formata dal:

- Socio B nella misura del 40%;
- Socio C nella misura del 40% a sua volta integralmente posseduto dal socio B;
- Socio D nella misura del 20%.

nella società partecipata. Non assume rilevanza, quindi, l'effetto demoltiplicativo previsto dall'art. 120, comma 1, t.u.i.r. in materia di consolidato fiscale. Ne consegue che il rispetto dei requisiti di partecipazione non può essere verificato tenendo conto degli effetti demoltiplicativi ⁽⁵²⁹⁾. Ove sussistano catene partecipative con società intermedie ed un soggetto rispetti i requisiti di partecipazione per la trasparenza mediante la demoltiplicazione, il regime di trasparenza risulta precluso.

La previsione riguardante la percentuale massima esclude dal regime di trasparenza le partecipazioni totalitarie, o comunque di controllo, per le quali risulta invece applicabile il regime del consolidato fiscale. Pertanto, mentre nel caso dell'opzione per la trasparenza fiscale, l'art. 115 t.u.i.r. prende in considerazione la partecipazione che singole società hanno nei confronti di una società che diventa così la società partecipata; gli artt. 117 e 130 t.u.i.r., invece, si riferiscono a una situazione opposta in cui è una società o ente che controlla altre società che diventano le società controllate. È, quindi, ad una differente nozione di gruppo che si rivolge l'istituto della trasparenza: si può, a questo proposito, parlare di "gruppo stellare" o "gruppo orizzontale" con riferimento ai rapporti ai quali si applica la trasparenza e di "gruppo accentrato" o "gruppo verticale", con riguardo ai rapporti in cui opera il consolidato ⁽⁵³⁰⁾. Mentre il gruppo orizzontale (o anche paritetico) è un modello organizzativo qualificato da uno stabile coordinamento sinergetico fra le attività gestionali di più società informate a un'unità di indirizzo vincolante ⁽⁵³¹⁾, invece, nel gruppo verticale si può individuare una società che esercita una posizione di dominio sulle altre sulla base di un controllo di diritto o di fatto. L'istituto della trasparenza concerne la prima situazione in cui è possibile individuare una società, la partecipata, completamente dipendente e condizionata nello svolgimento della propria attività dalle singole società partecipanti, almeno formalmente ⁽⁵³²⁾, autonome le une dalle altre.

Le percentuali (minime e massime) di partecipazione possedute dal socio devono essere tali da assicurargli sia diritti di voto sia diritti di partecipazione agli utili ⁽⁵³³⁾. Quindi, ai fini della verifica della sussistenza di tali requisiti occorre

In virtù della disposizione recata dall'art. 3 d.m. 23 aprile 2004, la società A può, comunque, esercitare l'opzione per la trasparenza fiscale, in quanto la partecipazione indiretta del socio B (tramite il socio C) nella società A non rileva ai fini del computo delle percentuali di partecipazione.

⁽⁵²⁹⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1162.

⁽⁵³⁰⁾ L'espressione è di P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 330. Cfr. anche F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, cit., pag. 247; P. M. TABELLINI, *Gruppi di società nel diritto tributario*, *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pag. 440.

⁽⁵³¹⁾ R. M. PETRICCIONE, *Gruppi di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pag. 431.

⁽⁵³²⁾ La norma di cui all'art. 115 t.u.i.r. si disinteressa, infatti, dei rapporti che esistono tra le società partecipanti. Queste possono essere parimenti indipendenti le une dalle altre o possono sussistere tra loro rapporti di controllo di fatto o di diritto. È sufficiente tornare alla situazione precedentemente illustrata alla nota 528 in cui la Società A è posseduta dalla dal socio B nella misura del 40%, dal socio C nella misura del 40% a sua volta integralmente posseduto dal socio B e dal socio D nella misura del 20%. Il socio B controlla l'80% (possiede, infatti, una partecipazione diretta del 40% e un'uguale partecipazione indiretta attraverso il controllo totalitario del socio C) della società A.

⁽⁵³³⁾ L'art. 6, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, sancisce che l'opzione non perde efficacia qualora si modifichino le percentuali di diritto di voto o di partecipazione agli utili o muti la

CAPITOLO QUARTO

accertare in capo al titolare di azioni la contemporanea titolarità di entrambi tali diritti. Normalmente, dalla titolarità di un titolo azionario discende anche la contemporanea titolarità di entrambi tali diritti, tuttavia, possono rinvenirsi circostanze in cui si verifica una dissociazione delle due posizioni; in particolare ciò può derivare:

- a) dall'emissione di particolari categorie di azioni cui la legge consente di attribuire soltanto alcuni diritti;
- b) da particolari vicende negoziali o giudiziarie che attribuiscono a soggetti diversi dal titolare delle azioni l'esercizio di taluni diritti quali l'usufrutto, il pegno ed il sequestro.

La dissociazione tra titolarità di un titolo azionario e titolarità dei diritti connessi inficia la pienezza del rapporto associativo che, invece, deve sussistere ai fini dell'applicazione del principio di trasparenza. Questa, infatti, trova il proprio fondamento nell'esistenza di un rapporto funzionale tra la società ed i soci i quali devono essere posti in grado di orientare l'attività sociale, seppur tramite il filtro dell'assemblea. Ciò consente di giustificare la scelta di far ricadere direttamente su di loro i risultati reddituali prodotti dalla società. Ove ai soci, per disposizione di legge o di contratto, tale facoltà viene preclusa, il meccanismo di tassazione per trasparenza non risulta più applicabile.

Prima di procedere all'analisi dei casi in cui si può verificare la predetta dissociazione, si deve ricordare che il legislatore ha testualmente sancito all'art. 115 t.u.i.r. che la percentuale necessaria di diritti di voto deve essere verificata nell'assemblea generale richiamata dall'art. 2346 cod. civ.. Questo articolo disciplina in generale le caratteristiche dei titoli azionari, tuttavia, al sesto comma, menziona l'"assemblea generale degli azionisti" per escludere dalla partecipazione ad essa i titolari di strumenti finanziari eventualmente forniti, oltre che di diritti patrimoniali, anche di diritti amministrativi. L'assemblea in cui deve essere verificata la sussistenza dei diritti di voto è così definita in negativo: quella alla quale non possono partecipare i titolari di strumenti finanziari. Come chiarito dall'art. 3, d.m. 23 aprile 2004, si tratta delle assemblee previste dagli artt. 2364, 2364-bis e 2479-bis, cod. civ. (⁵³⁴).

compagine sociale, purché permangano i requisiti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 115 t.u.i.r., ancorché i nuovi soci accettino tacitamente il regime di trasparenza, senza esercitare l'opzione. Il socio cedente ha l'obbligo di comunicare al socio cessionario l'avvenuta opzione. In caso di aumento del capitale sociale con ingresso di nuovi soci, sarà solo la partecipata a dover effettuare nei confronti di costoro la comunicazione del regime fiscale vigente. Si osserva che il d.m. 23 aprile 2004, sul punto, non fissa alcuna regola né specifica la forma che deve avere tale comunicazione (sia quella effettuata dal cedente che quella della partecipata). Come osservato nella circolare n. 49 del 2004, resta, pertanto, valida qualunque modalità che dia evidenza giuridica a tale adempimento, ferma restando, per ovvie ragioni, l'esigenza che tale comunicazione venga effettuata prima della cessione delle quote. L'eventuale omissione della comunicazione al socio entrante, prescindendo da ogni valutazione civilistica, non provoca però effetti sul piano fiscale, nel senso che la scelta operata per il regime di trasparenza, essendo irrevocabile, continuerà, comunque, ad avere efficacia.

(⁵³⁴) In dettaglio, l'art. 2364 cod. civ. regola l'assemblea ordinaria nelle società per azioni e in accomandita per azioni prive di consiglio di sorveglianza; l'art. 2364-bis cod. civ. disciplina l'assemblea ordinaria nelle società per azioni e in accomandita per azioni dotate di consiglio di sorveglianza; infine l'art. 2479-bis tratta dell'assemblea dei soci nelle società a responsabilità limitata.

Tale precisazione risulta dall’analisi dei casi di compressione dei diritti attribuiti al socio atteso che tale circostanza può ora verificarsi con maggiore frequenza date le molteplici categorie di azioni che le società possono emettere. La facoltà di emettere particolari categorie di azioni è stata fortemente accentuata dalla riforma del diritto societario operata dal d.lgs 17 gennaio 2003, n. 6. In generale, attraverso tale riforma è stato accresciuto il numero degli strumenti a cui le imprese possono ricorrere per la raccolta diretta di capitale, da un lato, permettendo loro di apportare deroghe alle tradizionali categorie delle azioni e delle obbligazioni, dall’altra, attribuendo la facoltà di emettere anche altri strumenti finanziari, diversi dalle azioni e dalle obbligazioni.

Per quanto qui di interesse, con specifico riferimento alle azioni è stato confermato che le azioni sono assegnate in misura proporzionale alla parte del capitale sottoscritta (art. 2346 cod. civ.), devono essere di uguale valore e conferiscono uguali diritti (art. 2348 cod. civ.), in particolare attribuiscono il diritto a una parte proporzionale degli utili netti e del patrimonio netto risultante dalla liquidazione (art. 2350 cod. civ.), oltre al diritto di voto⁽⁵³⁵⁾. È tuttavia ora prevista la facoltà di emettere categorie di azioni diverse per i diritti che conferiscono (art. 2348 cod. civ.): possono essere diversi i diritti patrimoniali (ad esempio, azioni che partecipano esclusivamente al riparto finale di liquidazione); possono essere emesse azioni che partecipano alla ripartizione dell’utile d’esercizio, e del patrimonio in sede di liquidazione, per una quota che dipende dall’andamento di un determinato settore (da individuare contabilmente) (art. 2350 cod. civ.), le perdite possono incidere diversamente (ad esempio, azioni privilegiate nel rimborso sulle altre categorie)⁽⁵³⁶⁾. Non sono ammesse azioni a voto plurimo, ma, per un ammontare che complessivamente non superi la metà del capitale, una società può emettere azioni senza voto, con voto limitato alle assemblee straordinarie o a particolari argomenti o con voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative (art. 2351 cod. civ.). Per le società che non fanno ricorso al mercato dei capitali, il numero di voti per ogni titolare di più azioni può essere limitato ad un massimo (ad esempio, non più di trenta voti) o regolato per scaglioni (ad esempio, un voto ogni azione sino a cinque, quindi un voto ogni cinque azioni, poi un voto ogni dieci ecc.). Sono inoltre previste azioni quali quelle di godimento da attribuire ai possessori di azioni rimborsate che concorrono alla ripartizione degli utili dopo il pagamento alle azioni non rimborsate e che concorrono alla ripartizione dell’attivo in caso di liquidazione dopo il rimborso del capitale nominale ai soci (art. 2353 cod. civ.).

Ciò premesso, si può procedere all’analisi delle tipologie azionarie che presentano elementi di particolare criticità, ai fini delle determinazioni delle percentuali di cui all’art. 115 t.u.i.r.: si tratta delle azioni prive di diritto di voto e delle azioni correlate. Di tale circostanza ha dimostrato di tenere conto il legislatore in occasione del d.lgs. 18 novembre 2005, n. 247 (c.d. “Correttivo IRES”)⁽⁵³⁷⁾ aggiungendo all’articolo in esame l’inciso secondo cui “*ai soli fini*

⁽⁵³⁵⁾ N. ABRIANI, *Delle azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi*, cit., pag. 209; C. FORMICA, *Le novità della disciplina azionaria*, cit., pag. 161.

⁽⁵³⁶⁾ *Amplius* U. PATRONI GRIFFI, *Le azioni correlate*, cit. *passim*.

⁽⁵³⁷⁾ M. CORVAJA, *Le modifiche del regime della trasparenza stabilite dal “correttivo Ires”*, in *Il Fisco*, 2006, pag. 389; L. MIELE, *Il Legislatore “corregge” il regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 1479.

CAPITOLO QUARTO

dell'ammissione al regime di cui al presente articolo, nella percentuale di partecipazione agli utili di cui al periodo precedente non si considerano le azioni prive del predetto diritto di voto e la quota di utili delle azioni di cui all'articolo 2350, secondo comma, primo periodo, del codice civile, si assume pari alla quota di partecipazione al capitale delle azioni medesime".

La novella legislativa rafforza la necessità di individuare cosa si debba intendere con la locuzione "azioni prive di diritto di voto" atteso che si tratta di una categoria di azioni non esplicitamente individuata dal codice civile in cui il diritto di voto non solo può essere completamente obliterata, ma bensì può essere semplicemente compresso. Su tale questione si è soffermata anche l'Agenzia delle Entrate nella circolare 20 dicembre 2004, n. 53/E in relazione al consolidato ove si pone analogo problema (⁵³⁸).

Dal momento che i diritti di voto rilevanti ai fini della sussistenza delle percentuali di accesso deve essere verificata in sede di assemblea ordinaria, pare che possano essere considerate azioni "prive del diritto di voto" le azioni o titoli rappresentativi del capitale sociale che non attribuiscono al titolare il diritto di voto da esercitarsi nell'assemblea ordinaria. Si ritiene, pertanto, possano essere considerate azioni "prive del diritto di voto" tutte le azioni non assistite da un diritto di voto pieno ed effettivamente esercitabile, vale a dire:

- 1) le azioni che non attribuiscono il diritto di voto in assemblea ordinaria (tra cui le azioni di godimento *ex art.* 2353 cod. civ. dal momento che non attribuiscono il diritto di voto nell'assemblea;
- 2) gli strumenti finanziari di cui agli artt. 2346, ultimo comma (⁵³⁹), 2349, ultimo comma, 2411, comma 3, e 2447-ter, comma 1, lettera e), cod. civ.;

(⁵³⁸) L'art. 120 t.u.i.r. definisce, ai fini del consolidato, controllate le società di capitali, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata:

- a) al cui capitale sociale la società o l'ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento, da determinarsi relativamente all'ente o società controllante tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo, "*senza considerare le azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'articolo 2346 del codice civile*";
- b) al cui utile di bilancio la società o l'ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento da determinarsi relativamente all'ente o società controllante, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo e senza considerare la quota di utile di competenza delle azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'articolo 2346 cod. civ..

(⁵³⁹) Con specifico riferimento agli strumenti finanziari di cui all'art. 2346 cod. civ., si ricorda l'originaria formulazione dell'art. 115 t.u.i.r. secondo cui "*L'esercizio dell'opzione non è consentito nel caso in cui la società partecipata: a) abbia emesso strumenti finanziari partecipativi di cui all'articolo 2346, ultimo comma, del codice civile*".

Specificamente gli strumenti partecipativi disciplinati dall'ultimo comma dell'art. 2346 cod. civ. sono quelli espressioni diritti patrimoniali o diritti amministrativi, con esclusione dei diritti di voto in assemblea generale, emessi a fronte di apporti di opere e servizi da parte di soci o di terzi. Si caratterizzano per essere emessi a fronte di apporti non imputati a capitale, seppur il bene apportato (denaro o beni in natura) sia astrattamente imputabile a capitale. La normativa utilizza, infatti, correttamente il termine apporto, non già il termine conferimento, per indicare la natura del rapporto che si instaura tra emittente e sottoscrittore. Si tratta così di strumenti partecipativi che non attribuiscono la qualità di socio (in quanto non sono correlati al conferimento di valori imputati a capitale), pur potendo essere dotati del diritto di voto su argomenti specificamente indicati (escluso in ogni caso il voto nell'assemblea generale), quali la nomina del consiglio di amministrazione o di un sindaco (art. 2351, comma 5, cod. civ.). Il sottoscrittore può vantare esclusivamente diritti patrimoniali (il diritto all'utile o alla liquidazione, ad una certa

3) le azioni emesse ai sensi dell’art. 2351, comma 2, cod. civ., ovvero le azioni con diritto di voto limitato a particolari argomenti e le azioni con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative (⁵⁴⁰). Questa tipologia di azioni può essere assimilata alle azioni sprovviste *in toto* del diritto di voto, in quanto entrambe congiuntamente disciplinate dal codice civile. Ai sensi dell’art. 2351, comma 2, ultimo periodo, cod. civ., infatti, il valore delle azioni senza diritto di voto, con diritto di voto limitato a particolari argomenti, con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative, non può essere complessivamente superiore alla metà del capitale sociale (⁵⁴¹).

La titolarità di tali azioni, ai sensi dell’art. 115 t.u.i.r. come modificato dal c.d. Correttivo IRES, è così irrilevante ai fini del calcolo della percentuale di partecipazioni; la sussistenza dei requisiti in capo a ciascun socio va, così, accertata senza considerare tali azioni (⁵⁴²), fermo restando che la successiva

scadenza, del valore patrimoniale netto dell’apporto conferito) o anche diritti amministrativi (che attengono al funzionamento dell’organo assembleare e all’attività di gestione), ma non il diritto di partecipare al capitale sociale della stessa società (B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, pag. 109; F. CORSI, *La nuova s.p.a.: gli strumenti finanziari*, cit., pag. 415; G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 268; S. PERUGINO, *Gli strumenti finanziari alla luce della riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, pag. 941).

La ragione della preclusione all’esercizio dell’opzione risiedeva nell’impossibilità di imputare il reddito della partecipata a soggetti che, pur avendo il diritto di partecipare agli utili, non partecipano al capitale sociale e non hanno il diritto di voto (C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1160; S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4825). La preclusione all’esercizio della trasparenza laddove la società partecipata avesse emesso tali strumenti poteva giustificarsi anche per l’esigenza di assoggettare al regime della trasparenza elementi reddituali di cui i soci non fossero già in possesso in ragione di una disponibilità giuridica legata all’esercizio di diritti patrimoniali particolari (V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 127). Si voleva consentire l’esercizio dell’opzione solo ove l’intero risultato della società fosse imputabile direttamente ai soci così da evitare arbitraggi tra le quote di utili imputate per trasparenza e quelle tassate per cassa in quanto erogate a fronte di detti strumenti. Attraverso di questi, si sarebbe potuto privare l’ente partecipato e/o i suoi soci di qualsiasi potere di apprensione sulla quota di utile dovuto al finanziatore.

Tale soluzione è, tuttavia, apparsa discriminatoria in quanto produceva l’effetto di limitare le fonti di finanziamento delle società. Peraltro, dal momento che il possessore di tali strumenti partecipativi non acquisisce la qualità di socio, in quanto non partecipa al capitale sociale della società e, anche ove l’acquisisse, la titolarità di tali strumenti non garantisce il diritto di voto, sarebbe apparso sufficiente escludere che la titolarità di tali strumenti potesse valere ai fini del computo delle percentuali come avveniva nell’ambito del consolidato nazionale. Proprio per “rendere coerente la disciplina del regime di trasparenza disciplinato dall’art. 115 con quella del consolidato” (così la relazione governativa la decreto correttivo), il c.d. Correttivo IRES ha espunto tale previsione e conseguentemente deve ritenersi implicitamente abrogato anche l’art. 2, d.m. 23 aprile 2004 (così M. LEO *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2145). Gli interventi legislativi confermano, quindi, la possibilità di considerare validi ai fini del computo delle percentuali di partecipazioni nel regime di trasparenza i suggerimenti offerti dall’Agenzia nell’ambito del consolidato e, quindi, non tenere conto degli strumenti finanziari.

(⁵⁴⁰) M. CORVAJA, *Le modifiche del regime della trasparenza stabilite dal “correttivo Ires”*, cit., pag. 390.

(⁵⁴¹) A. STAGNO D’ALCONTRES, *Articolo 2351*, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. PICCOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES, Napoli, 2004, pag. 301.

(⁵⁴²) Come sottolineato in dottrina (M. CORVAJA, *Le modifiche del regime della trasparenza stabilite dal “correttivo Ires”*, cit., pag. 391) la percentuale di partecipazione al capitale sociale della società trasparente, rilevante ai fini dell’ammissibilità del regime in

CAPITOLO QUARTO

attribuzione dei redditi ai soci per trasparenza avviene, invece, in base alla rispettiva percentuale di partecipazione agli utili, determinata tenendo conto anche della quota di utile delle medesime azioni prive del diritto di voto. Il regime di trasparenza fiscale può, dunque, rendersi applicabile anche nel caso di un socio con una partecipazione agli utili (con conseguente attribuzione del reddito per trasparenza) superiore alla soglia limite del 50 per cento, a condizione, evidentemente, che l'eccedenza rispetto a tale soglia sia riferibile ad azioni prive del diritto di voto⁽⁵⁴³⁾.

Si conferma così la circostanza che l'esercizio del diritto di voto costituisca l'indice principale per misurare la partecipazione dei soci all'attività comune.

Una soluzione simile viene adottata anche per le c.d. azioni correlate di cui all'art. 2350, comma 2, primo periodo, cod. civ., le quali attribuiscono al possessore un diritto all'utile non già riferito al risultato dell'impresa complessivamente considerato, ma correlato soltanto al risultato dell'attività sociale in un determinato settore.

Anche tale problema si era posto nell'ambito del consolidato ove era stato risolto dall'Agenzia con la citata circolare n. 53 del 2004, rilevando che *"ove gli utili attribuiti a tali azioni fossero considerati nel loro effettivo importo, le condizioni per l'ammissione al consolidato potrebbero verificarsi in un dato anno, ma non nel successivo, determinando così una pericolosa discontinuità del regime stesso"*.

Il Correttivo IRES ha previsto che la quota di utili delle azioni in esame si assuma pari alla quota di partecipazione al capitale delle azioni medesime. In sostanza, la verifica dei requisiti di accesso, o in particolare del rispetto delle percentuali del 10 e del 50 per cento di utili, va attuata assumendo la quota di utili

questione, è data dal seguente rapporto: (Numero di azioni del socio con diritto agli utili – Azioni senza il diritto di voto) / (Totale azioni con diritto agli utili - Totale azioni senza diritto di voto).

Lo stesso AUTORE ha altresì proposto il seguente esempio

Tipo di azioni	Socio A	Socio B	Socio C
Azioni ordinarie	35	20	10
Azioni senza diritto di voto	5	20	40
Totale azioni con diritto agli utili per ciascun socio	40	40	20
Percentuale rilevante per la trasparenza	(35/65 x 100=) 53,84%	(20/65 x 100=) 30,76, %	(10/65 x 100=) 15,38%

In tal caso, il regime della trasparenza risulta precluso in quanto la partecipazione agli utili del socio A risulta superiore alla percentuale del 50 per cento individuata dalla norma come soglia massima per l'ammissibilità.

⁽⁵⁴³⁾ Così Circolare Assonime 9 dicembre 2005, n. 65 secondo la quale, ove vi siano soci che posseggono solo azioni prive del diritto di voto, il regime di trasparenza può instaurarsi fra gli altri soci aventi azioni con diritto di voto, se vengono rispettate le condizioni dell'art. 115 t.u.i.r.. Ne consegue che tutto il reddito della società partecipata trasparente si imputa *pro quota* a tali soci aventi azioni con diritto di voto anche per gli utili attribuiti o attribuibili come dividendo ai soci privi di tale diritto: questi ultimi, naturalmente, saranno assoggettati a tassazione per i dividendi incassati con le ordinarie regole previste per i dividendi provenienti da società di capitali. Prosegue poi l'Associazione ritenendo che ove si aderisca a questa impostazione, essa si renderebbe applicabile anche laddove i soci portatori esclusivamente di azioni prive di diritto di voto siano persone fisiche o soggetti esteri sottoposti a ritenute (analogamente, del resto, all'ipotesi di persone fisiche o soggetti esteri che detengano strumenti finanziari partecipativi). Cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2137.

pertinenti alle anzidette azioni come pari alla quota di partecipazione al capitale delle azioni medesime.

La *ratio* di questa modifica è, però differente da quella precedentemente illustrata. Mentre per le azioni prive di diritto di voto, il legislatore vuole impedire che il regime di trasparenza sia esteso a soggetti che non prendono parte all’attività sociale, con riferimento alle azioni correlate, si cerca di “stabilizzare”⁽⁵⁴⁴⁾ i requisiti oggettivi per l’accesso al regime di trasparenza. Ancorando, infatti, il requisito della percentuale di partecipazione all’utile delle azioni correlate alla partecipazione al capitale delle medesime, si evita che la variabilità dell’utile dello specifico settore con riferimento al quale sono state emesse le azioni correlate, rispetto all’utile di bilancio della società che si vuol rendere trasparente, comporti un’applicazione “intermittente” del regime di trasparenza. Determinando in misura fissa il valore delle azioni correlate, conseguentemente deve essere determinato in modo analogo anche la misura della partecipazione agli utili delle azioni ordinarie emesse dalla stessa società, nel senso che anche per queste occorre far riferimento ai fini in esame alla quota di utili corrispondente alla partecipazione al capitale (e non a quella effettivamente conseguita e a carattere anch’essa variabile per effetto della presenza di azioni correlate ai risultati di settore).

La menzionata dissociazione fra qualità di socio e titolarità del diritto di voto e di partecipazione agli utili, nel senso che gli stessi possono spettare a soggetti diversi può dipendere anche da eventi negoziali (così in caso di pegno o usufrutto) o giudiziari (sequestro). Queste ipotesi non trovano disciplina nel dato normativo, ma sono opportunamente illustrate dalla circolare n. 49 del 2004.

Qualora i titoli vengano dati in usufrutto ad un terzo, l’opzione per la trasparenza fiscale non può essere esercitata e, se fosse stata già esercitata, cesserebbe di aver effetto, in quanto nel caso in cui all’usufruttuario, in virtù del contratto stipulato, sia attribuito solamente il diritto agli utili, né il nudo proprietario (socio) né lo stesso usufruttuario avrebbero il contemporaneo possesso dei requisiti richiesti dalla norma: all’uno il diritto di voto, all’altro il diritto agli utili. Neppure nel caso in cui le parti stabiliscano il trasferimento di entrambi i diritti in capo all’usufruttuario è applicabile il regime di trasparenza in quanto l’usufruttuario non gode della qualifica di socio dal momento che non partecipa al capitale. Diversamente, la possibilità di optare per la trasparenza fiscale non viene automaticamente preclusa se il socio decide di concedere in usufrutto parte dei suoi titoli ad un altro socio, privandosi dei connessi diritti patrimoniali e amministrativi. A tal fine, sarà necessario verificare che le percentuali di partecipazione agli utili e di diritti di voto effettivamente spettanti a ciascuno di essi soddisfino le percentuali previste dal legislatore.

Con riferimento al pegno, si possono verificare due diverse situazioni considerato che, ai sensi degli artt. 2352 cod. civ. rubricato “*Pegno, usufrutto e sequestro delle azioni*” e 2791 cod. civ. rubricato “*Pegno di cosa fruttifera*”, il socio può accordarsi con il creditore pignoratizio sia in merito alla spettanza del diritto di voto, sia in merito all’attribuzione del diritto agli utili. I citati articoli prevedono, rispettivamente, che il diritto di voto spetti al creditore pignoratizio se non si conviene diversamente e che, in caso di pegno di cose fruttifere, il creditore

⁽⁵⁴⁴⁾ Così ancora Circolare Assonime 9 dicembre 2005, n. 65

CAPITOLO QUARTO

abbia la facoltà di fare suoi i frutti, salvo patto contrario. Ne consegue che se il socio si priva di entrambi i diritti o di uno solo di essi, la società non può accedere alla trasparenza (o se l'opzione è già stata esercitata, la stessa perde efficacia), venendo meno i requisiti per il socio.

Diversamente, nel caso in cui il socio e il creditore pignoratizio convengono che il diritto di voto e il diritto agli utili continuino a sussistere in capo al socio medesimo, non si verificano preclusioni all'esercizio dell'opzione (o al mantenimento del regime fiscale della trasparenza).

Le vicende ora esaminate possono consentire che il socio non possieda contestualmente i requisiti richiesti dalla norma. In queste ipotesi, ai fini dell'applicazione del regime di trasparenza, si dovrà analizzare il contenuto dei vari negozi⁽⁵⁴⁵⁾.

Nell'ipotesi di sequestro di azioni, analogamente a quanto accade per l'usufrutto, si ritiene che non sia possibile per il socio accedere al regime di trasparenza in quanto lo stesso perde il diritto di voto sulle azioni sequestrate. Tale diritto, infatti, ai sensi dell'articolo 2352 cod. civ., spetta al custode dei titoli.

Si conferma così ulteriormente come l'applicazione della trasparenza sia possibile solo se i soci siano tali a pieno diritto: ciò si verifica allorquando essi possano partecipare alle decisioni societarie attraverso il diritto di voto e gli stessi abbiano il diritto di ricevere i risultati reddituali della società attraverso il diritto agli utile. La contemporanea soddisfazione di tali due requisiti legittima l'applicazione del principio di trasparenza che, come chiarito, presuppone l'esistenza di un collegamento funzionale tra il socio e la società e la possibilità dello stesso di apprendere i profitti della società stessa.

L'esistenza di questo collegamento è inoltre presunta dal legislatore sulla base di un'ulteriore circostanza: le percentuali di partecipazione che ciascun socio può possedere da cui discende il ridotto numero dei soci che devono comporre la compagine sociale. Il regime di trasparenza viene così riservato a società in cui non è possibile individuare un soggetto che eserciti sulle stesse un controllo diretto e definitivo (così per effetto della percentuale massima di partecipazione), ma una pluralità di soggetti che possono incidere sulla scelte sociali (così per effetto della percentuale minima di partecipazione). Si sono escluse così società la cui compagine sociale è fortemente accentrata e società la cui compagine sociale è fortemente polverizzata.

Se il possesso contemporaneo del diritto di voto e del diritto all'utile garantisce ai soci di gestire la società, le percentuali di partecipazione prescelte per consentire l'esercizio dell'opzione garantiscono l'effettività della gestione della società a tutti i soci. Tali elementi costituiscono una necessaria premessa per consentire lo "spostamento" della tassazione da parte di un soggetto ad un altro. Ciò, infatti, è possibile solo nel caso in cui oggettivamente si constati la "trasmigrazione" della capacità contributiva dal primo al secondo. Nelle società di persone è possibile in quanto ai soci, per legge, è garantito di incidere sulle scelte gestionali della società e, in particolare, è garantito loro per legge il diritto di apprendere gli utili della società. Nelle società di capitali, il legislatore ha cercato di ripetere tale situazioni. Il possesso contemporaneo del diritto di voto e del diritto all'utile e la particolare composizione della compagine sociale garantiscono

⁽⁵⁴⁵⁾ P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag.185.

la gestione della società, ma non sono sufficienti per garantire ai soci il diritto di apprendere gli utili. I requisiti esaminati non sono di per sé sufficienti per concludere per la legittimità costituzionale del meccanismo di tassazione per trasparenza. Di tale circostanza ha tenuto conto anche il legislatore che ha, infatti, richiesto un ulteriore requisito: l’esercizio dell’opzione dall’unanimità dei soci.

18.5. – Esercizio dell’opzione e unanimità della compagine sociale.

L’applicazione del regime di trasparenza è condizionata dall’esercizio di un’apposita opzione da parte di tutte le società coinvolte a condizione che i menzionati requisiti di partecipazione sussistano a partire dal primo giorno del periodo di imposta della partecipata rispetto cui le società esercitano l’opzione e permangano ininterrottamente sino al termine del periodo di opzione (art. 115, comma 1, secondo periodo, t.u.i.r.).

Il quarto comma dell’art. 115 t.u.i.r., nel testo attualmente vigente, stabilisce, infatti, che *“l’opzione è irrevocabile per tre esercizi sociali della società partecipata e deve essere esercitata da tutte le società e comunicata all’Amministrazione Finanziaria, entro il primo dei tre esercizi sociali predetti, secondo le modalità indicate in un provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate”*.

L’originario schema del d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, disponeva, invece che *“l’opzione è irrevocabile per tre esercizi sociali della società partecipata e deve essere comunicata all’Amministrazione Finanziaria, entro il primo dei tre esercizi sociali predetti, secondo le modalità indicate in un provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate”*. Nel testo definitivo del provvedimento con cui è stata introdotta l’IRES è stata, quindi, aggiunta l’importante precisazione secondo cui l’opzione *“deve essere esercitata da tutte le società”*.

Tale fondamentale condizione richiede così il coinvolgimento di tutte le società partecipanti e della società partecipata. Non è, quindi, fondato assumere che la società oggetto di tassazione per trasparenza disponga del potere unilaterale di esercitare l’opzione, vincolante per tutti i propri soci, né che vi sia un socio in grado di determinare l’adesione all’opzione di tutti gli altri (salvo che non ritragga tale potere da fonti extratributarie) ⁽⁵⁴⁶⁾. Diviene così requisito implicito per l’accesso al regime di trasparenza l’unanime volontà dei soci. L’opportuna aggiunta di tale precisazione ha consentito di risparmiare il regime di trasparenza fiscale da severe censure di ordine costituzionale.

L’iniziale formulazione della norma, in combinato disposto con il tenore della legge delega, avrebbe, infatti, condotto a ritenere che l’opzione sarebbe potuta essere legittimamente esercitata dalla sola società partecipata. Il tenore ambiguo dell’art. 115 t.u.i.r. sarebbe, infatti, dovuto essere completato dalla lett. h) dell’art. 4, comma 1, legge n. 80 del 2003 secondo cui *“la società che esercita l’opzione garantisce con il proprio patrimonio l’adempimento degli obblighi tributari da parte dei soci”*. La sola società partecipata, quindi, avrebbe potuto unilateralmente incidere nella sfera giuridica dei singoli soci costituendoli debitori di imposta, anche laddove gli utili non fossero distribuiti.

⁽⁵⁴⁶⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2146.

CAPITOLO QUARTO

La trasparenza fiscale avrebbe costituito, nel sistema fiscale italiano, l'unica ipotesi in cui l'obbligazione tributaria di un soggetto (i soci della società partecipata) sarebbe conseguita alla manifestazione di volontà di un soggetto diverso (la società partecipata) ⁽⁵⁴⁷⁾.

Una simile conclusione non sarebbe stata accettabile dal punto di vista costituzionale. Come osservato in precedenza, uno "spostamento" della tassazione da parte di un soggetto ad un altro può avvenire solo nel caso in cui oggettivamente si constati la "trasmigrazione" della capacità contributiva dal primo al secondo. A questo riguardo è necessaria l'esistenza di un sostrato giuridico di riferimento: il soggetto cui viene trasferito il reddito deve vantare una titolarità giuridica di questi redditi che gliene garantisca il possesso. L'imposizione di un reddito ne presuppone la disponibilità. Nel caso della trasparenza delle società di capitali, tali requisiti vengono soddisfatti in quanto l'assetto societario che consente l'applicazione della trasparenza presuppone una "osmosi" ⁽⁵⁴⁸⁾ tra possesso della società e possesso dei soci. Questa circostanza non è di per sé sufficiente a garantire analoga disponibilità del reddito della società da parte di tutti i soci. Si deve, infatti, tenere conto che gli enti associativi operano attraverso il principio maggioritario: potrebbe accadere che le aspettative ed i diritti dei soci minoritari, ed in particolare il diritto agli utili, siano frustrati dal comportamento dei soci di maggioranza. La ristrettezza della compagine societaria non rappresenta una sufficiente garanzia.

Nelle società di capitali, il meccanismo di cui all'art. 2433 cod. civ. lascia intendere che il diritto alla percezione degli utili da parte del singolo socio è subordinato ad un'apposita delibera assembleare adottata a maggioranza, sicché, diversamente da quanto accade nelle società di persone, la ricchezza creata dalla società, e, quindi, la sua capacità reddituale, non ha alcuna naturale attitudine a fluire immediatamente nelle mani dei soci entrando nella loro disponibilità giuridica ⁽⁵⁴⁹⁾. Possono risultare così frustrate le esigenze dei soci di minoranza cui potrebbe essere imputato un reddito che può essere distribuito loro in misura inferiore o addirittura non distribuito. L'applicazione della trasparenza nella società di capitali crea, infatti, una naturale divergenza tra reddito imputato e reddito distribuito ⁽⁵⁵⁰⁾, tale da rendere i soci di minoranza privi della disponibilità giuridica del reddito.

L'inserimento della regola della unanimità nell'esercizio dell'opzione consente di ovviare a tale situazione tramite un "rinforzo volontaristico" ⁽⁵⁵¹⁾: essa consente di presumere l'esistenza di un accordo tra i soci o, comunque, l'adozione da parte dei soci di minoranza di adeguate cautele. Data la necessità del consenso di tutti gli interessati, il disaccordo di taluna delle parti precluderà l'accesso alla tassazione per trasparenza, né la medesima sarà realizzabile limitatamente alla quota di reddito di pertinenza delle partecipanti che siano d'accordo a procedervi. È ragionevole, quindi, supporre che l'adesione dei soci sarà definita in base a

⁽⁵⁴⁷⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1511.

⁽⁵⁴⁸⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 693.

⁽⁵⁴⁹⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 313.

⁽⁵⁵⁰⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 543.

⁽⁵⁵¹⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 543.

preventive pattuizioni negoziali, in sede di costituzione della società, o di aumento del capitale, a margine dell’operazione, od, infine, in sede di circolazione della partecipazione (⁵⁵²). Dette pattuizioni avranno, in particolare, ad oggetto le regole concernenti la distribuzioni degli utili; potranno, in tale sede, essere previsti meccanismi che garantiscano ai soci la provvista necessaria per provvedere al pagamento degli oneri tributari (⁵⁵³).

L’espressione dell’unanime consenso dei soci sostituisce funzionalmente la delibera distribuzione degli utili. Non potendosi introdurre a soli fini tributari una modificazione civilistica del quadro di riferimento (tramite l’estensione della regola dell’art. 2262 cod. civ. alle società di capitali che avessero optato per la trasparenza), il legislatore doveva individuare uno strumento attraverso cui recuperare la partecipazione dei soci. Ciò consente di salvaguardare, in chiave costituzionale, il meccanismo di tassazione in esame: la regola dell’unanimità consente la trasmigrazione della capacità contributiva.

Non tradisce tali conclusioni l’osservazione che non manifesti alcuna adesione volontaristica al regime in esame il socio cessionario in caso di cessione di partecipazione o di altra operazione che comporti o la modifica delle percentuali di partecipazione agli utili e dei diritti di voto tra i soci e/o la modifica della compagine sociale. L’art. 6, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, prevede, infatti, che tali operazioni non comportino l’automatica perdita di efficacia dell’opzione. Anche al verificarsi di tali cambiamenti, infatti, è garantita la possibilità di continuare ad avvalersi della trasparenza fiscale se, comunque, permangono in capo ai soci i requisiti previsti dall’articolo 115 t.u.i.r. In particolare, con riferimento alla variazione della compagine sociale, si evidenzia che qualora i soci entranti soddisfino le condizioni previste dalla legge, questi restino vincolati all’opzione già esercitata dai vecchi soci. Lo stesso art. 6, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, prevede, al secondo periodo, un meccanismo a garanzia del nuovo socio che deve tollerare l’applicazione del regime di trasparenza. È, infatti, previsto, per il socio cedente, l’obbligo di comunicare al socio cessionario l’avvenuta opzione; invece, in caso di aumento del capitale sociale con ingresso di nuovi soci, sarà solo la partecipata a dover effettuare nei confronti di costoro la comunicazione del regime fiscale vigente.

Pare così che, da un lato, il legislatore abbia ritenuto opportuno tutelare i soci di minoranza prevedendo l’espressa manifestazione di assenso da parte di tutte le società coinvolte dal nuovo istituto prima di consentire l’imputazione ai soci di redditi non effettivamente percepiti, dall’altro, per garantire una maggiore facilità e semplicità di accesso al regime della trasparenza, ha stabilito che tale opzione continui ad essere efficace anche nei confronti degli eventuali successivi soci entranti (in possesso dei requisiti). In altre parole, non si è ritenuto necessario che anche questi ultimi esercitino, a loro volta, l’opzione per il regime di trasparenza. A differenza del socio uscente, infatti, chi decide di subentrare in una società di capitali che, a dispetto della personalità giuridica di cui è dotata, ha

⁽⁵⁵²⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2146.

⁽⁵⁵³⁾ Sarà, inoltre, opportuno che regolino l’impegno di ciascun socio a mantenere la partecipazione. Si ricorda, infatti, che la cessione di una quota di partecipazioni da parte di un socio potrebbe provocare la decadenza dal regime ove non siano più integrati i requisiti di cui all’art. 115 t.u.i.r. Cfr. L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1511.

CAPITOLO QUARTO

optato per la trasparenza fiscale, decide di farlo consapevole del regime di tassazione che si renderà applicabile alla sua partecipazione.

In caso di operazioni che comportino la modifica delle percentuali di partecipazione agli utili e dei diritti di voto tra i soci e/o la modifica della compagine sociale, l'accettazione del nuovo socio del regime di trasparenza viene recuperata nell'adesione dello stesso all'operazione, a condizione che gli sia comunicato il precedente esercizio dell'opzione. Questa comunicazione⁽⁵⁵⁴⁾, risulta, quindi, condizionante la fattispecie e la stessa legittimità costituzionale della perdurante applicazione del regime di trasparenza. Può, perciò, sembrare inadatta la circostanza che, dall'eventuale omissione della comunicazione al socio entrante, non sia prevista alcuna conseguenza. Si legge nella circolare n. 49 del 2004 che *“l'eventuale omissione della comunicazione al socio entrante, prescindendo da ogni valutazione civilistica, non provoca però effetti sul piano fiscale, nel senso che la scelta operata per il regime di trasparenza, essendo irrevocabile, continuerà comunque ad avere efficacia”*. Si realizza così un automatismo dell'opzione in caso di subentro ovvero di assunzione della qualità di socio che costituisce, evidentemente, un correttivo alla rigidità della disciplina relativa alle percentuali di partecipazione, evitando che il nuovo socio, anche se la sua partecipazione o i diritti di voto rientrino nel limite, possa prendere una decisione contraria modificando così il regime fiscale sia dei soci che della società.

Il legislatore sembra, quindi, perseguire finalità extrafiscali, tuttavia, tralasciando l'aspetto civilistico⁽⁵⁵⁵⁾, ma concentrandosi solo su quello tributario, non pare opportuno prevedere la prosecuzione del regime di trasparenza in assenza della prova dell'avvenuta comunicazione. Se può ritenersi accettabile dal punto di vista costituzionale che l'adesione al regime di trasparenza sia implicita ove il socio subentrante ne sia a conoscenza, non può giungersi a tale conclusione ove il socio non ne sia a conoscenza⁽⁵⁵⁶⁾.

L'effettiva conoscenza dell'avvenuto esercizio per l'opzione ne consente la prosecuzione in caso di mutamento della compagine sociale e garantisce la legittimità costituzionale della fattispecie. Il sistema previsto dall'art. 6, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, non realizza compiutamente tale risultato, sarebbe stato più opportuno prevedere un meccanismo formale che garantisca che il socio subentrante riceva l'informazione e che, dal mancato rispetto di tale meccanismo, derivi la decadenza dall'opzione.

⁽⁵⁵⁴⁾ Per la quale non è prevista una forma particolare, ma che potrebbe essere costituita o dalla già citata raccomandata con ricevuta di ritorno, o da una clausola negoziale inserita nel contratto di cessione, ovvero nelle premesse o nelle informazioni fornite dalla società nella delibera di aumento di capitale. Cfr. S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4830.

⁽⁵⁵⁵⁾ Si può ipotizzare una responsabilità del cedente nei confronti del cessionario secondo le regole ordinarie: atteso che le parti sono tenute a comportarsi secondo buona fede, il cedente risulta onerato dall'obbligo di fornire all'acquirente tutte le informazioni necessarie, tra cui non pare di poter escludere anche quelle concernenti il regime fiscale della società. Al nuovo socio potrebbe, infatti, risultare un danno dalla fisiologica divergenza tra reddito imputato e reddito distribuito che il regime di trasparenza comporta.

⁽⁵⁵⁶⁾ In senso conforme S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4824.

In un’altra ipotesi, invece, il legislatore richiede che l’opzione venga confermata. Si tratta dell’ipotesi di cui all’art. 10, comma 4, d.m. 23 aprile 2004, ovvero il caso di fusione o scissione della società partecipata. Come regola generale, in caso di fusione o di scissione della società partecipata, l’opzione per la trasparenza fiscale perde efficacia a partire dalla data da cui l’operazione straordinaria esplica i suoi effetti fiscali (art. 10, comma 4, d.m. 23 aprile 2004). Ciò premesso, lo stesso art. 10, comma 4, d.m. 23 aprile 2004 stabilisce che la descritta perdita di efficacia dell’opzione per la trasparenza non si verifichi qualora l’opzione stessa “*venga confermata da tutti i soggetti interessati, ricorrendo i presupposti indicati nei commi 1 e 2 dell’articolo 115 del testo unico, entro il periodo d’imposta da cui decorrono i predetti effetti fiscali e con le stesse modalità indicate nell’art. 4*”. Si assicura così ai soggetti operanti in regime di trasparenza la possibilità di mantenere l’efficacia dell’opzione già esercitata, pur in presenza di operazioni che possono comportare modifiche della compagine sociale e degli assetti patrimoniali, a condizione che gli stessi soggetti coinvolti siano in possesso dei requisiti previsti dalla legge. La conferma deve essere espressa da “*tutti*” (così testualmente l’art. 10, comma 4, d.m. 23 aprile 2004) i soggetti interessati e trasmessa all’Agenzia delle Entrate dalla sola società partecipata, in analogia a quanto disposto dall’art. 4 d.m. 23 aprile 2004. In tali casi, l’adempimento della comunicazione all’Agenzia ricade sulla società trasparente, ma tutti i soci devono manifestare il loro assenso all’adozione del regime opzionale tramite raccomandata con ricevuta di ritorno alla stessa società partecipata. Il termine conferma è così da intendersi quale scelta di proseguire con l’applicazione del regime di tassazione alternativo e diversamente, dall’ordinaria comunicazione, nel modello di comunicazione saranno indicati sia i soci preesistenti (che avevano già esercitato l’opzione rispetto alla società partecipata) che gli eventuali soci subentranti per effetto delle suddette operazioni straordinarie ⁽⁵⁵⁷⁾. La conferma esplica i suoi effetti limitatamente ai periodi d’imposta residui di validità del triennio originario.

Analoghi effetti non sono previsti nel caso di fusione o scissione delle società partecipanti. Questi eventi non sono presi in considerazione dal legislatore quali cause di decadenza dal regime in esame sicché si deve ritenere che, salvo che le società risultanti da tali operazioni non soddisfino i requisiti di cui all’art. 115 t.u.i.r., sono compatibili con la prosecuzione del regime di trasparenza.

La scelta del legislatore di richiedere la conferma dell’opzione per la trasparenza nell’ipotesi di operazioni che coinvolgono la società partecipata si ritiene costituzionalmente corretta in quanto una simile operazione determina una modifica rilevante nell’assetto della società il cui reddito deve essere imputato ad altri soggetti. Si consente, così, a questi ultimi di rinnovare la loro scelta in presenza di un mutato contesto societario. La stessa scelta non è stata effettuata nell’ipotesi di operazioni straordinarie che coinvolgono la società partecipante, pur realizzandosi anche in tale ipotesi un mutamento dal punto di vista soggettivo. Pare che, ancora una volta, il legislatore abbia presunto che la convenienza economica dell’operazione di fusione o di scissione sia valutata dai soci tenendo

⁽⁵⁵⁷⁾ P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 198. In generale sul tema delle operazioni straordinarie nella riforma IRES cfr. R. LUPI, *Le operazioni straordinarie e l’elusione*, in *La riforma dell’imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 191.

CAPITOLO QUARTO

conto dell'esercizio dell'opzione e la manifestazione di consenso a tale operazione implichi manifestazione di consenso anche all'applicazione della trasparenza. Non è, però, prevista alcuna cautela o obbligo di comunicazione similmente a quanto previsto in caso di cessione di partecipazioni. Si possono allora ribadire alcune della perplessità manifestate in precedenza; sarebbe stato più opportuno che anche in tali ipotesi il legislatore avesse previsto un meccanismo attraverso cui consentire alla società risultante dalla fusione o dalla scissione di confermare l'esercizio dell'opzione. Sembra che il legislatore abbia voluto dare prevalenza a considerazioni di ordine pratico e di evitare che l'esercizio dell'opzione per la trasparenza possa comprimere l'operatività delle società coinvolte.

L'importanza dell'adesione volontaristica del socio al regime di trasparenza è, infine, presa in considerazione dallo stesso legislatore all'art. 5, secondo periodo, d.m. 23 aprile 2004 che esclude il caso del rinnovo tacito della stessa. Si prevede, infatti, che, alla scadenza naturale del triennio, l'opzione sia rinnovata secondo le stesse modalità precedentemente utilizzate. L'art. 5 d.m. 23 aprile 2004 dispone in proposito che il rinnovo avvenga "con le stesse modalità di cui all'art. 4" dello stesso decreto che richiede il coinvolgimento delle stesse società. Anche in tale ipotesi, quindi, tutte le società coinvolte, sia la società partecipata, sia le società partecipanti, devono esprimere nuovamente l'opzione.

Nel caso di rinnovo dell'opzione, viene, così, esclusa rilevanza giuridica ad un comportamento negativo del contribuente, ma viene chiesto un comportamento positivo. Diversamente dall'ipotesi precedente, viene ora fortemente sottolineata l'adesione del socio all'applicazione della trasparenza.

Chiarito che tutte le società coinvolte, ed in particolare tutte le società partecipanti, devono esprimere l'opzione per la trasparenza per garantire la legittimità costituzionale della fattispecie, occorre ora verificare come tali società esprimano tale decisione. Si deve, innanzitutto verificare se, nelle società partecipanti la scelta debba essere operata con una delibera consiliare ovvero assembleare.

Le competenze dell'assemblea sono tradizionalmente di due ordini (⁵⁵⁸), secondo che riguardino la gestione della società in sede ordinaria (art. 2364 cod. civ.) (⁵⁵⁹), oppure la modifica del contratto di società in sede straordinaria (art.

⁽⁵⁵⁸⁾ G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 366.

⁽⁵⁵⁹⁾ L'art. 2364 cod. civ. concerne l'assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza e stabilisce che questa:

- approva il bilancio;
 - nomina e revoca gli amministratori/sindaci, nonché il presidente del collegio sindacale e, ove previsto, il soggetto al quale è demandato il controllo contabile;
 - determina il compenso degli amministratori e dei sindaci se non previsto dallo statuto;
 - delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;
 - delibera su altri oggetti che le sono attribuiti dalla legge, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dello statuto per il compimento degli atti degli amministratori;
 - approva l'eventuale regolamento dei propri valori;
- nel caso si sia adottato il sistema dualistico di cui all'art. 2364 *bis* cod. civ., l'assemblea ordinaria:
- nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza;
 - determina il compenso dei consiglieri se non stabilito nello statuto ;
 - delibera sulla loro responsabilità;
 - delibera sulla distribuzione degli utili;
 - nomina i revisori contabili.

2365 cod. civ) ⁽⁵⁶⁰⁾. Le decisioni in ordine alla gestione sono quelle necessarie all’attuazione del rapporto di società, che altrimenti non ha modo di svolgersi sicché per la loro adozione non sono previste, di norma, maggioranze particolari ⁽⁵⁶¹⁾. Invece, sono espresse nell’assemblea straordinaria le decisioni sulla modificazione dello statuto, cioè del contratto. Si tratta, infatti, di modificazioni che riguardano la posizione del socio in società come definita nel contratto sociale che devono essere assunte con l’accordo di tutti i soci. Perciò, soltanto per queste deliberazioni sono richieste maggioranze qualificate e la presenza di un minimo di voti ⁽⁵⁶²⁾.

Si deve escludere che la delibera di assunzione degli oneri fiscali della società partecipata sia di competenza dell’assemblea straordinaria in quanto non si tratta certamente di decisione modificativa dello statuto, ugualmente si deve escludere che la scelta in esame ricada nelle competenze dell’assemblea ordinaria. Questa, infatti, pone in essere i comportamenti necessari per il funzionamento della società, ma non svolge essa stessa l’attività sociale. L’esercizio dell’opzione per la trasparenza si ritiene, pertanto, ricada nelle ordinarie competenze degli amministratori della società. Ovi i soci della società partecipante non condividano tale scelta dovranno attuare gli ordinari strumenti per far valere la responsabilità degli amministratori ⁽⁵⁶³⁾.

Quanto alla società partecipata, l’opzione per la trasparenza risulta, in sostanza, necessitata dall’opzione già esercitata dai soci, di modo che in tale ambito risulta non essere necessaria una delibera assembleare, sia perché in assemblea i soci intervengono come organi della società e non come soggetti che

Le altre competenze sono trasferite al consiglio di sorveglianza che si frappone tra l’assemblea e gli amministratori; ciò spiega la ragione per cui l’assemblea nomina il consiglio di sorveglianza ma non il consiglio di gestione.

Si ricorda che, quanto alla ripartizione delle competenze tra gli organi societari, la riforma del diritto societario attuata con il d.lgs. n. 6 del 2005 ha previsto la possibilità di scelta (da effettuarsi nello statuto) fra tre sistemi diversi di amministrazione:

- il modello tradizionale (art. 2380 cod. civ.) ove la gestione dell’impresa spetta ai soli amministratori i quali compiono le operazioni necessarie alla realizzazione dell’oggetto societario; l’organo amministrativo può avere struttura unipersonale (amministratore unico) o pluripersonale (consiglio d’amministrazione);
- il sistema dualistico che si articola su consiglio di gestione affiancato dal consiglio di sorveglianza, la gestione spetta esclusivamente al consiglio di gestione il quale compie le operazioni necessarie al raggiungimento dell’oggetto sociale, ha cioè le stesse funzioni del consiglio d’amministrazione, può delegare le sue competenze ad uno o più dei suoi componenti.
- il sistema monastico impostato su un organo unitario formato da un consiglio d’amministrazione (gestione) e da un comitato costituito all’interno (per il controllo sulla gestione).

⁽⁵⁶⁰⁾ L’art. 2365 cod. civ. tratta dell’assemblea straordinaria attribuendole competenze relative a:

- modificazioni dello statuto;
- nomina, sostituzione e poteri degli amministratori;
- le altre materie a lei delegati dalla legge.

⁽⁵⁶¹⁾ Tali decisioni, infatti, in seconda convocazione possono essere adottate con la maggioranza dei presenti, indipendentemente dalla parte di soci intervenuti; soltanto nella prima convocazione si chiede che almeno sia presente la maggioranza del capitale. Lo statuto può chiedere maggioranze più elevate.

⁽⁵⁶²⁾ G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, cit., pag. 367.

⁽⁵⁶³⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4826.

CAPITOLO QUARTO

possano approvare rapporti intersoggettivi fra il socio e la società, sia perché, nella sostanza, la delibera è genericamente favorevole alla società che diviene temporalmente estranea agli oneri fiscali, salva la responsabilità solidale con i soci per le imposte relative ai redditi da essa dichiarati (⁵⁶⁴).

L'opzione nasce, quindi, come atto delle società coinvolte che si sostanzia in una delibera dei rispettivi consigli di amministrazione. Questo non è stato considerato dal legislatore sufficiente ai fini del perfezionamento della fattispecie. È così intervenuto l'art. 4, d.m. 23 aprile 2004, per precisare che, una volta esercitata l'opzione, *“tutti i soci che devono comunicarla alla società partecipata mediante raccomandata con ricevuta di ritorno. L'opzione si considera perfezionata quando viene trasmessa dalla società partecipata all'Agenzia delle Entrate entro il primo dei tre periodi di imposta di sua efficacia con le modalità indicate con provvedimento del Direttore dell'Agenzia stessa”*.

Quanto al momento in cui esercitare l'opzione, mentre le condizioni per il suo esercizio debbono risalire all'inizio dell'esercizio della controllata, il suo concreto esercizio e, quindi, l'invio della comunicazione, può eseguirsi entro la fine del primo dei tre esercizi della partecipata. Ciò consente ai soci di valutare i rispettivi andamenti reddituali e le relative convenienze lungo un esercizio, provvedendo all'opzione solo in chiusura di esso.

L'esercizio dell'opzione si configura come una fattispecie a formazione progressiva per il perfezionamento della quale è richiesto il rispetto di alcuni adempimenti di ordine formale (⁵⁶⁵).

La comunicazione da parte di tutti i soci alla società partecipata mediante raccomandata con ricevuta di ritorno si configura quale atto unilaterale recettizio e costituisce il primo atto a rilevanza esterna attraverso il quale le singole società assumono la responsabilità per le obbligazioni tributarie della società trasparente. Non essendo specificato in alcun testo normativo il contenuto della comunicazione, risulta sufficiente che dalla medesima si evinca inequivocabilmente la volontà della società di optare per la tassazione per trasparenza di cui all'articolo 115 t.u.i.r.. Non viene previsto a carico della società partecipata o a favore delle società partecipanti alcun adempimento a sostegno della ricostruzione per cui l'esercizio dell'opzione da parte della partecipata è un atto pressoché necessitato e conseguente alla manifestazione di volontà delle singole società partecipanti (⁵⁶⁶).

(⁵⁶⁴) S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4826.

(⁵⁶⁵) Sui profili tecnici D. LIBURDI, *Aspetti procedurali dell'opzione per trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1951; P. PISONI, F. BAVA, D. BUSSO, *La trasparenza fiscale per le S.r.l. a ristretta base azionaria partecipate da persone fisiche*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 6614.

(⁵⁶⁶) Ulteriore conferma di tale ricostruzione deriva dalla risoluzione 21 giugno 2007, n. 42/E relativa ad un caso di errata indicazione da parte di una società partecipata, all'atto della compilazione del modello di comunicazione relativo al regime di tassazione per trasparenza, del nominativo di un socio. Nella risoluzione menzionata è stato preso in considerazione il caso particolare in cui la società partecipata, dopo aver correttamente ricevuto dai propri soci la raccomandata con ricevuta di ritorno con la quale gli stessi acconsentivano all'esercizio dell'opzione per il regime della trasparenza fiscale, trasmetteva l'opzione all'Agenzia delle Entrate indicando dei soci diversi da quelli effettivi. In pratica, per un errore materiale nell'opzione, erano stati indicati dei precedenti soci. Con riferimento alla fattispecie di cui sopra, l'Amministrazione Finanziaria ha espresso l'avviso che *“l'errata indicazione da parte della società istante, all'atto della compilazione del modello di comunicazione, del nominativo del socio uscente al posto del socio effettivo, costituisca un errore puramente “materiale” e che come tale non possa*

Lo scambio delle reciproche volontà affinché l’opzione sia esercitata non produce effetti verso l’Erario fintantoché la società il cui reddito si voglia tassare per trasparenza non comunichi l’opzione all’Erario entro la fine del primo dei tre periodi d’imposta, nell’arco dei quali l’opzione è destinata ad operare. Devono, perciò, considerarsi del tutto irrilevanti eventuali comportamenti concludenti tenuti dalle società interessate.

Il decreto, quindi, attribuisce decisiva importanza non alla congiunta comunicazione di tutti i soggetti interessati dell’intento di avvalersi dell’opzione, ma alla comunicazione da parte della società partecipata. Mancando tale comunicazione, gli impegni assunti fra le parti sul punto non avranno rilevanza per l’Erario, salva, nei rapporti interni, la responsabilità della società verso i soci per la mancata attivazione del passo necessario all’avvio della procedura.

I modi attraverso cui la società partecipata provvede alla comunicazione sono stabiliti dal Provvedimento 4 agosto 2004 del Direttore dell’Agenzia delle Entrate di approvazione del necessario modello ⁽⁵⁶⁷⁾. Questo è costituito da un

determinare la perdita di efficacia dell’opzione”. Tutto questo a condizione che “i soci iscritti al libro di cui all’art. 2478, primo comma, numero 1, c.c., abbiano preventivamente adempiuto l’obbligo di formalizzare la loro opzione per il regime in parola mediante l’invio alla società di apposite raccomandate con ricevuta di ritorno”.

In altre parole, se alla data di trasmissione dell’opzione da parte della società partecipata i soci iscritti nel libro dei soci sono A, B e D (dove D era subentrato a C) e tutti e tre i soci (A, B e D) hanno preventivamente inviato alla società partecipata la raccomandata con ricevuta di ritorno con la quale acconsentono all’esercizio dell’opzione per il regime della trasparenza fiscale, allora l’eventuale indicazione nell’opzione trasmessa dei soci A, B e C, anziché dei soci A, B, e D, rappresenta un errore puramente “materiale” che può essere corretto. Per un’analisi di tali questioni Cfr. G. VASAPOLLI, A. VASAPOLLI, *Come correggere l’opzione per la trasparenza fiscale (commento a Ris. 21 giugno 2007, n. 142/E) in Corr. trib.*, 2007, pag. 2544.

L’Agenzia delle Entrate sottolinea così l’importanza dell’esercizio dell’opzione da parte delle società partecipanti. Nel momento in cui i soci accettano l’opzione per l’imputazione dei risultati reddituali della società partecipata si cristallizza la situazione e derivano a carico della società partecipata gli ulteriori obblighi. Anche nella prassi operativa viene così sottolineata l’adesione volontaristica delle società partecipate al fine di accedere al regime in parola.

Nella risoluzione in oggetto si aggiunge anche che “poiché le attuali procedure telematiche non consentono l’invio di un’opzione “correttiva” della precedente”, la correzione deve avvenire, da parte della società partecipata, mediante comunicazione dell’errore commesso:

- “all’Ufficio dell’Agenzia delle Entrate competente in base al proprio domicilio fiscale”;
- “all’Ufficio dell’Agenzia delle Entrate territorialmente competente ... del socio indicato erroneamente nell’opzione”;
- “all’Ufficio dell’Agenzia delle Entrate territorialmente competente ... del socio ... nei confronti del quale l’opzione è da ritenersi esercitata”.

Cfr. anche G. ODETTO, *La correzione degli errori materiali contenuti nel modello di comunicazione dell’opzione per la trasparenza fiscale*, in *Pratica fiscale e professionale*, 2007, n. 27, pag. 13.

⁽⁵⁶⁷⁾ P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 206 illustrano il contenuto di tale provvedimento: il modello di comunicazione deve essere compilato ed inviato all’Agenzia delle Entrate territorialmente competente nelle seguenti ipotesi:

- esercizio dell’opzione per la trasparenza fiscale, di cui all’art. 4, comma 1, d.m. 23 aprile 2004;
- rinnovo dell’opzione per la trasparenza fiscale, a norma dell’art. 5, d.m. 23 aprile 2004;
- perdita di efficacia dell’opzione per la trasparenza fiscale, secondo quanto disposto dall’art. 4, comma 2, d.m. 23 aprile 2004;
- conferma del regime di tassazione per trasparenza, ai sensi dell’art. 10, comma 4, d.m. 23 aprile 2004.

CAPITOLO QUARTO

unico prospetto, nel quale devono essere indicati i dati della società partecipata, i dati relativi al rappresentante firmatario della comunicazione, i dati relativi ai soggetti partecipanti, la sottoscrizione del rappresentante firmatario della comunicazione e l'eventuale impegno alla presentazione telematica da parte dell'intermediario incaricato della trasmissione telematica ⁽⁵⁶⁸⁾. Una volta effettuati tali adempimenti l'opzione può considerarsi perfezionata.

L'art. 115 t.u.i.r. stabilisce che, una volta esercitata, questa è irrevocabile per tre esercizi sociali della partecipata. Motivi di cautela fiscale hanno indotto il legislatore a stabilire, anche per il regime della trasparenza, l'irrevocabilità della scelta operata per un congruo periodo di tempo, cioè tale da evitare un utilizzo distorto dell'istituto. L'irrevocabilità risulta, però, essere solamente formale dal momento che tale previsione non esclude la revoca impropria dell'opzione per perdita dei requisiti di partecipazione: i soci, infatti, potrebbero porre in essere, più facilmente operazioni di cessione o acquisto di partecipazioni della società trasparente ⁽⁵⁶⁹⁾ attraverso cui modificare la compagine sociale o alcune delle altre

Per quanto riguarda i termini, le istruzioni chiariscono che la comunicazione deve essere presentata:

- nel caso di esercizio dell'opzione, entro il primo dei tre periodi d'imposta di efficacia dell'opzione stessa;
- nel caso di rinnovo dell'opzione, entro il primo periodo d'imposta successivo al triennio di efficacia dell'opzione;
- nel caso di perdita di efficacia dell'opzione, entro trenta giorni dal verificarsi dell'evento che ha comportato la perdita dell'efficacia;
- nel caso di conferma a seguito delle operazioni straordinarie di cui all'art. 10, comma 4, d.m. 23 aprile 2004, entro il periodo d'imposta da cui decorrono gli effetti fiscali della fusione o della scissione.

La comunicazione deve essere presentata esclusivamente in via telematica. La trasmissione dei dati contenuti nella comunicazione può essere effettuata:

- direttamente da parte dei soggetti abilitati dall'Agenzia delle Entrate;
- tramite una società del gruppo;
- tramite i soggetti incaricati di cui all'art. 3, comma 3, d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322, e successive modificazioni (professionisti, associazioni di categoria, CAF, altri soggetti);
- avvalendosi di un Ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate, che provvede all'invio telematico e rilascia apposita ricevuta.

La comunicazione si considera presentata nel giorno in cui è ricevuta telefonicamente dall'Agenzia delle Entrate e la prova della presentazione è data dalla ricevuta trasmessa dalla stessa Agenzia in via telematica. In caso di presentazione telematica tramite gli intermediari abilitati alla trasmissione (soggetti incaricati sopra elencati e società del gruppo), questi ultimi sono tenuti a rilasciare all'interessato copia della comunicazione, contenente nell'apposito riquadro, debitamente sottoscritto dall'intermediario, sia l'impegno a trasmettere in via telematica all'Agenzia delle Entrate i dati in essa contenuti, sia la data di assunzione dell'impegno a presentare la comunicazione stessa.

⁽⁵⁶⁸⁾ Atteso che l'esercizio dell'opzione lascia, comunque, impregiudicati i poteri in materia di accertamento dell'Agenzia, la comunicazione per l'esercizio dell'opzione per la trasparenza deve essere comunicata all'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate competente in base al domicilio fiscale della partecipata e dei soci nei confronti dei quali l'opzione è da ritenersi esercitata. Deve, in altri termini, essere presentata nei confronti degli uffici i quali potenzialmente possono esperire un'attività di accertamento.

⁽⁵⁶⁹⁾ Osserva, in particolar modo, L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1512 che è sufficiente che una dei soci ceda, magari il 31 dicembre, una quota della sua partecipazione, scendendo al di sotto del 10 per cento o mantenga una quota superiore al 10 per cento, ma ceda una quota inferiore al 10 per cento ad un terzo, affinché il regime di trasparenza non si applichi per l'intero esercizio. Lo stesso AUTORE suggerisce che "il socio che ha ceduto a

operazioni che determinano la decadenza dal regime (⁵⁷⁰). Se vengono meno le condizioni per l’esercizio dell’opzione torna applicabile il regime ordinario dall’inizio dell’esercizio sociale in corso della società partecipata. Quando le condizioni di accesso al regime di tassazione per trasparenza vengono meno, il comma 6 dell’art. 115 t.u.i.r. fa, infatti, risalire tale effetto all’inizio del periodo d’imposta della partecipata. L’effetto di decadenza dal regime opzionale può, dunque, retroagire soltanto fino a tale data.

L’Agenzia, nella circolare n. 49 del 2004 ha ritenuto di dover precisare che *“benché, in linea di massima, operazioni che comportino una modifica dei requisiti non possono qualificarsi automaticamente come elusive, resta ferma, tuttavia, la possibilità di sindacare la elusività o meno di specifici comportamenti sulla base di un giudizio che non può prescindere dall’esame del singolo caso concreto e della valutazione dell’operazione posta in essere nel suo complesso”*.

L’Agenzia, quindi, si è riservata di indagare alla luce dell’art. 37-bis, d.P.R. n. 600 del 1973 le operazioni poste in essere dalle società coinvolte nel regime di trasparenza (⁵⁷¹) al fine di accertare se esse non siano poste in essere al solo fine di

partecipazione potrebbe essere ritenuto patrimonialmente responsabile dei vantaggi fiscali derivanti dall’applicazione della trasparenza e perduti dagli altri soci”

(⁵⁷⁰) Salvo poi ripristinare alla fine di tale esercizio le condizioni di accesso, il successivo esercizio potrà costituire primo esercizio di un nuovo triennio di opzione. E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 543.

(⁵⁷¹) Si ricorda che, in sintesi, le cause di decadenza dal regime fiscale della trasparenza possono essere:

- A. con riferimento alle società partecipanti:
 - 1) variazione della percentuale di partecipazione agli utili posseduta, al di sotto del 10 per cento o al di sopra del 50 per cento (art. 6, comma 1, lettera a), d.m. 23 aprile 2004);
 - 2) variazione della percentuale di diritti di voto posseduta, al di sotto del 10 per cento o al di sopra 50 per cento (art. 6, comma 1, lettera a), d.m. 23 aprile 2004);
 - 3) mancato possesso ininterrotto dei requisiti previsti dalla legge per l’intero periodo di validità dell’opzione (art. 6, comma 1, lettera a), d.m. 23 aprile 2004);
 - 4) trasferimento all’estero della residenza, con obbligo di assoggettamento a ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti (art. 6, comma 1, lettera a), d.m. 23 aprile 2004);
 - 5) trasformazione in un soggetto non rientrante tra quelli indicati nella lettera a) dell’art. 73 t.u.i.r. (art. 6, comma 1, lettera a), d.m. 23 aprile 2004);
- B. con riferimento alla società partecipata:
 - 6) assoggettamento a procedure concorsuali di cui all’art. 101, comma 5, d.m. 23 aprile 2004 (art. 6, comma 1, lettera b), d.m. 23 aprile 2004);
 - 7) trasformazione in un soggetto non rientrante tra quelli indicati nella lettera a) dell’art. 73 t.u.i.r. (art. 6, comma 1, lettera a), d.m. 23 aprile 2004);
 - 8) trasferimento all’estero della residenza (art. 6, comma 1, lettera b), d.m. 23 aprile 2004);
 - 9) fusione o scissione della società partecipata, salvo che l’opzione non venga confermata da tutti i soggetti interessati, ricorrendone i presupposti indicati nei commi 1 e 2 dell’articolo 115 (art. 6, comma 1, lettera b), d.m. 23 aprile 2004).

Si tratta di operazioni che, per lo più, ricadono nel campo di applicazioni dell’art. 37-bis, d.P.R. n. 600 del 1973. Come noto, esso rende 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, a condizione che, nell’ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni:

- a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;
- b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;

CAPITOLO QUARTO

interrompere l'applicazione del regime di trasparenza. Per applicarsi l'art. 37-bis, d.P.R. n. 600 del 1973, dovrà essere dimostrato che sono state poste in essere operazioni che determinano la decadenza dal regime di imputazione al solo fine di aggirare il divieto di irrevocabilità dell'opzione e decadere dal regime di trasparenza al fine di ottenere un vantaggio fiscale. Dovrà, in altri termini, dimostrarsi che dalla non applicazione della tassazione per trasparenza deriva un minor carico fiscale. L'Agenzia, da un lato, pare così ammettere la legittimità di operazioni di cessione di partecipazione o di operazioni straordinarie in cui siano coinvolte le società partecipanti, dall'altro, si riserva di sindacarne l'economicità. Opportunamente l'Agenzia precisa che si debba procedere ad una valutazione basata sul singolo caso concreto che valuti in maniera complessiva le circostanze; un diverso atteggiamento paralizzerebbe l'operatività delle società che hanno optato per la trasparenza rischiando di decretare il fallimento dell'istituto in esame. Se può ritenersi condivisibile l'obiettivo di impedire l'ingresso e l'uscita da un perimetro di trasparenza sulla base del risultato del periodo di imposta, non si può parimenti impedire la stessa operatività delle società coinvolte.

Quanto all'ipotesi di revoca propria della opzione per il verificarsi di una delle cause di decadenza, essa opera *ex lege* dall'inizio dell'esercizio sociale in corso della società partecipata. Non è previsto che né la società partecipata, le società partecipanti debbano assolvere ad alcun obbligo informativo nei confronti dell'Agenzia delle Entrate ad eccezione dell'ipotesi in cui vi sia una modificazione della compagine sociale e/o una modificazione delle percentuali di partecipazione nell'ambito della compagine sociale esistente che comportino la perdita di efficacia dell'opzione (art. 4, comma 2, d.m. 23 aprile 2004) ⁽⁵⁷²⁾.

Solo nell'ipotesi di mutamenti negli assetti proprietari della società è stato previsto l'obbligo di informativa all'Agenzia; nelle altre ipotesi di perdita di efficacia dell'opzione che non dipendono da mutamenti nella compagine sociale, sia che riguardino la società partecipata o le società partecipanti, non è stato previsto l'adempimento di alcun obbligo. La ragione di tale scelta deriva probabilmente dall'automaticità in cui la perdita di efficacia dell'opzione si

-
- c) cessioni di crediti;
 - d) cessioni di eccedenze d'imposta;
 - e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni;
 - f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a *c-quinquies*), t.u.i.r.;
 - g) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 t.u.i.r.;
 - h) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-*quater*, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea;
 - i) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno degli Stati o nei territori a regime fiscale privilegiato, individuati ai sensi dell'articolo 167, comma 4, t.u.i.r., aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale.

⁽⁵⁷²⁾ Tale obbligo va assolto entro i trenta giorni successivi al mutamento verificatosi, secondo le stesse modalità previste per l'esercizio dell'opzione come indicato dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2004.

verifica, mentre, nell’ipotesi in esame, è, comunque, necessaria l’effettuazione di una verifica da parte della società partecipata stessa. Soltanto questa possiede tutte le informazioni necessarie ai fini della determinazione delle partecipazioni agli utili o al voto secondo le regole illustrate in precedenza. La scelta legislativa, in questo caso, sembra, quindi, giustificata da ragioni di opportunità.

Alla luce delle considerazioni sino ad ora svolte pare, quindi, che nel sistema delineato dal legislatore l’unanimità dei soci ai fini dell’esercizio dell’opzione per la trasparenza costituisce un elemento fondamentale. Tale requisito consente di salvaguardare la costituzionalità dell’art. 115 t.u.i.r..

Come osservato in precedenza, il possesso contemporaneo del diritto di voto e del diritto all’utile e la particolare composizione della compagine sociale non sono sufficienti per garantire ai soci il diritto di apprendere gli utili; tale risultato viene, invece, garantito dalla richiesta dell’unanimità in sede di esercizio dell’opzione. In assenza di tale requisito, due soci soltanto (ove l’uno possedesse il 50 per cento della società partecipata e l’altro il 10 per cento della stessa) avrebbero potuto esercitare l’opzione della trasparenza così frustrando i diritti degli soci.

Si giunge così a conclusioni analoghe a quelle in cui si è giunti al termine dell’analisi comparatistica: condizione ineliminabile per il superamento della naturale soggettività delle società di capitali è l’unanime volontà dei soci di accedere a tale regime indipendentemente dalle partecipazioni da essi rappresentate. L’unanimità dei soci nell’accesso a tale regime diviene così “requisito strutturale” dell’art. 115 t.u.i.r., necessario il requisito delle percentuali di partecipazioni può, invece, essere considerato “requisito descrittivo” di per sé non sufficiente per considerare costituzionalmente legittima la norma in esame.

19. – IMPUTAZIONE DEL REDDITO E DELLE PERDITE.

19.1. – *La determinazione del reddito in capo alla società partecipata: le regole di determinazione del reddito ed il problema dei regimi agevolativi.*

Per effetto dell’art. 115, commi 1 e 3, t.u.i.r., e dell’art. 7, d.m. 23 aprile 2004, il reddito o la perdita della società partecipata sono imputati ai soci, in proporzione alle rispettive quote di partecipazione, in essere alla data di chiusura del periodo di imposta della medesima società ⁽⁵⁷³⁾ ⁽⁵⁷⁴⁾. Similmente alle società

⁽⁵⁷³⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4825; B. IZZO, L. MIELE, *La rideterminazione del reddito della società partecipata nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1783; L. MIELE, *Tassazione dei redditi nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 655.

⁽⁵⁷⁴⁾ L’applicazione del regime di trasparenza implica, per la società partecipata, la perdita della soggettività tributaria in senso sostanziale. I soci diventano così gli unici obbligati all’adempimento dell’onere tributario. Ne consegue la necessità di imputare ai soci non solo gli utili realizzati, ma anche eventuali ritenute e crediti di imposta (A. DODERO, *Nuovi chiarimenti sulla trasparenza fiscale*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 829). Opportunamente l’art. 115 t.u.i.r., al comma 3, secondo periodo, dispone che le ritenute d’acconto subite dalla partecipata e i crediti d’imposta che possono essere utilizzati soltanto in diminuzione delle imposte sul reddito, devono essere obbligatoriamente imputati ai soci secondo la percentuale di partecipazione agli utili e sono da questi scomputabili dalle proprie imposte. Analogamente sono ripartiti tra i soci, *pro quota*, gli acconti versati dalla società trasparente. La società, quindi, non può trattenere per sé stessa le ritenute, i relativi crediti e gli acconti i quali devono essere necessariamente ripartiti tra i soci.

CAPITOLO QUARTO

di persone, è stato chiarito ⁽⁵⁷⁵⁾ che il reddito è imputato per trasparenza ai soci che rivestono tale *status* alla data di chiusura del periodo d'imposta della partecipata, analogamente a quanto avviene per le società di persone.

La precisazione offerta dall'art. 115, comma 3, t.u.i.r. e dall'art. 7, d.m. 23 aprile 2004, assume particolare rilievo in quanto, a differenza di quanto accade per le società di persone, nelle società di capitali, fin quando l'assemblea non delibera la distribuzione, non sorge per il socio alcun diritto ⁽⁵⁷⁶⁾. Civilisticamente non vi è un momento ben definito in cui sorge il diritto del socio al dividendo, tanto che si potrebbe ipotizzare un rinvio all'infinito della distribuzione del dividendo, sotto il profilo strettamente fiscale, invece, era necessario fissare, come fa il legislatore, l'istante nel quale individuare i soci da tassare e le loro percentuali di partecipazione agli utili. La disciplina dettata per la trasparenza delle società di capitali codifica così il principio della ripartizione del reddito tra i soci che ricoprono tale *status* al momento della chiusura dell'esercizio, che con riferimento alle società di persone è stato ricavato solo in via interpretativa. Dottrina ⁽⁵⁷⁷⁾ e giurisprudenza ⁽⁵⁷⁸⁾ hanno più volte precisato come il reddito della

L'articolo 165, comma 9, t.u.i.r. prevede altresì che la detrazione per le imposte pagate all'estero dalla società trasparente spetti ai singoli soci nella medesima proporzione stabilita dall'articolo 115 t.u.i.r.. La società trasparente, nel periodo d'imposta in cui sorge il diritto al credito di imposta, conserva, comunque, il diritto di utilizzare i crediti che possiede in compensazione di imposte diverse da quelle per le quali opera la trasparenza e per i contributi da essa dovuti. Può così determinare la parte di credito di imposta che trasferisce ai soci. In analogia a quanto previsto dalla risoluzione 18 aprile 2002, n. 120, per le società di persone, potrà essere imputato ai soci tutto o parte del credito che residua dopo gli utilizzi effettuati dalla società. Così chiarisce l'art. 7, comma 3, d.m. 23 aprile 2004, svincolando di fatto la relativa attribuzione dal calcolo delle imposte dovute dalla società trasparente. Gli oneri ed i crediti in questione, per evidenti ragioni di semplificazione, sono, infatti, ripartiti interamente tra i soci, a prescindere dal limite di utilizzo di cui la partecipata avrebbe dovuto tener conto se avesse provveduto alla liquidazione dell'imposta. Resta in ogni caso fermo per i soci il limite di fruibilità di tali oneri e crediti d'imposta, rappresentato dall'imposta calcolata da ciascuno di essi sul proprio reddito complessivo, comprensivo pertanto anche del reddito imputato per trasparenza.

I crediti di imposta diversi da quelli che possono essere utilizzati soltanto in diminuzione delle imposte sul reddito, presi in considerazione dall'articolo 115, comma 3, secondo periodo, t.u.i.r. e dall'art. 165, comma 9 t.u.i.r., e i crediti diversi da quelli fruibili dalla società nei limiti dell'imposta sul reddito della società liquidata, non possono essere trasferiti ai soci.

Cfr. P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 193.

⁽⁵⁷⁵⁾ Cfr. Circolare n. 49 del 2004,

⁽⁵⁷⁶⁾ N. FORTUNATO, *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 1868.

⁽⁵⁷⁷⁾ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pag. 406; N. FORTUNATO, *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, cit., pag. 1868; E. BELLI CONTARINI, *Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: aspetti fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, pag. 839; E. POTITO, *Il sistema delle imposte dirette*, cit., pag. 24; A. E. GRANELLI, *Sull'imputazione dei redditi prodotti in forma associata a seguito di modificazioni del rapporto sociale intervenute in corso d'esercizio*, in *Boll. trib.*, 1978, pag. 1552. *Contra* P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag., 224. In giurisprudenza v. Commissione tributaria centrale 24 aprile 1991; più di recente Cass., 16 dicembre 2003, n. 19238 con nota di A. PACE, *I mutamenti della compagine sociale non modificano la tassazione per trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1089; Cass. 27 aprile 1999, n. 4200.

società vada imputato esclusivamente al contribuente che sia socio al momento dell’approvazione del rendiconto e non già al socio uscente e a quello subentrante in funzione della rispettiva durata del periodo di partecipazione nella società; ciò in quanto la produzione del reddito non è né continua né uniforme nel tempo e, secondo i principi civilistici, il diritto agli utili matura solo con l’approvazione del rendiconto.

Anche il problema dell’estensione alle società di capitali del rinvio all’anno successivo dell’efficacia dei trasferimenti tra soci previsto dall’art. 5 t.u.i.r., è risolto dall’Amministrazione in senso favorevole ritenendo che, in forza di una ricostruzione analogica della fattispecie, anche gli atti che modificano le percentuali agli utili nelle società di capitali, lasciando però immutata la compagine sociale e senza fuoriuscita dal *range* fissato dalla norma, spiegano efficacia a partire dal periodo di imposta successivo a quello nel quale sono posti in essere ⁽⁵⁷⁹⁾.

Il reddito imputato per trasparenza e tassato in capo alla partecipante è, comunque, determinato dalla società partecipata trasparente, pertanto quest’ultima, se pur priva di soggettività passiva di imposta in termini sostanziali, sarà tenuta alla presentazione della dichiarazione dei redditi, analogamente a quanto accade per le società di persone. È, quindi la società partecipata a provvedere alla rilevazione dei singoli componenti reddituali ed alla determinazione del reddito imponibile; infatti, per effetto della trasparenza, il socio dichiara un reddito imponibile, non già gli elementi che concorrono a formarlo. La società partecipata continua, quindi, ad essere onerata dagli ordinari obblighi contabili necessari ai fini della determinazione del risultato d’esercizio.

La circostanza che sia la società partecipata a dover provvedere alla determinazione della base imponibile secondo le regole proprie induce a verificare come tale disciplina si implementi nel caso delle agevolazioni consistenti nella detassazione dell’utile prodotto in ragione di particolari impieghi (ad esempio, in caso di autofinanziamento) oppure nella riduzione della base imponibile e/o dell’aliquota applicabile alla società e/o al socio in ragione della loro natura, localizzazione eccetera. Si pone, quindi, il problema di verificare l’applicazione delle norme agevolative, in particolare di quelle correlate a condizioni soggettive o condotte incentivate del contribuente ⁽⁵⁸⁰⁾. L’alternativa cui si è, infatti, di fronte nel momento di attuazione del regime opzionale è quella di verificare se le agevolazioni applicabili siano quelle proprie della società partecipata e/o del socio ⁽⁵⁸¹⁾.

⁽⁵⁷⁸⁾ Così Cass., sent. 16 dicembre 2003, n. 19238; Cass., sent. 15 ottobre 1994, n. 8423. Cfr. G. FERRANTI, *Gli utili distribuiti da società nel regime della trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 434.

⁽⁵⁷⁹⁾ N. FORTUNATO, *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, cit., pag. 1870; mentre per A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 693 dovrebbe essere colpita la società – socio secondo la percentuale di partecipazione sussistente alla data di chiusura dell’esercizio.

⁽⁵⁸⁰⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 693; L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1513.

⁽⁵⁸¹⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 135.

CAPITOLO QUARTO

Secondo il sistema tributario italiano, la categoria delle agevolazioni fiscali comprende ogni fenomeno di non applicazione o riduzione del prelievo che si caratterizza come deroga ai principi di generalità e di progressività dell'imposta, ovvero sia al principio di capacità contributiva. Rientrano in tale nozione tanto le esenzioni (totali o parziali), quanto i regimi sostitutivi aventi carattere agevolativo, nonché i crediti o i buoni d'imposta. Devono, invece, considerarsi estranee a tale categoria tutte quelle forme di riduzione del prelievo che rappresentano una delimitazione del presupposto o della base imponibile e che, dunque, non si pongono come deroga ai principi di generalità e di progressività del prelievo, rappresentando anzi un'attuazione del principio di capacità contributiva ⁽⁵⁸²⁾. Tali ipotesi sono normalmente identificate con il termine "esclusioni" in quanto queste, diversamente dalle esenzioni che determinano una sottrazione di materia imponibile in deroga alla disciplina del singolo tributo, rappresentano una delimitazione del presupposto o della base imponibile ⁽⁵⁸³⁾.

Nel caso della trasparenza si dovrebbe distinguere la fase di determinazione del reddito da quella di determinazione dell'imposta. Nella prima fase, troverebbero applicazione tutte le regole connesse alla società partecipata, nella seconda, invece, quelle delle società partecipati.

Ne conseguirebbe allora che le società partecipanti verrebbero indirettamente a beneficiare delle agevolazioni soggettive proprie della società partecipata così da far ipotizzare un abuso della forma giuridica laddove l'adozione della stessa fosse giustificata (prevalentemente) dal regime agevolato ⁽⁵⁸⁴⁾. Tale conclusione si può escludere ⁽⁵⁸⁵⁾ argomentando a partire dalla rilevanza del potere di dominio dei soci e di immedesimazione in essi della società stessa per effetto delle particolari soglie di partecipazione. Questa circostanza

⁽⁵⁸²⁾ Il fatto che l'agevolazione fiscale rappresenti una deroga al principio di capacità contributiva è posto in luce dalla maggior parte della dottrina: F. MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali: II. problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi*, in *Dig. Disc. Priv. sez. comm.*, I, Torino, 1987, pag. 73; M. POLANO, *Norme di agevolazione tributaria ed interpretazione*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, pag. 722; P. RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato e poteri del giudice nazionale*, in *Rass. trib.* 2003, pag. 330, nonché in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, pag. 225; R. ZENNARO, *Agevolazioni fiscali: I. Tipi agevolativi e problemi procedurali*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, pag. 63. Da ultimo vedasi anche F. BATTISTONI FERRARA, *Agevolazioni ed esenzioni fiscali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, I, Milano, 2006, pag. 175; F. MARCHETTI, *Incentivi fiscali per la ricerca e lo sviluppo*, in *Finanza Ricerca Sviluppo* a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2006, pag. 447; P. SELICATO, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione e lo sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. trib. int.le*, 2004, pag. 399; C. FONTANA, *Tutela giuridica in materia di progetti di aiuti di Stato ed esenzioni in tema di tasse*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, pag. 158.

⁽⁵⁸³⁾ In tali fattispecie devono, ad esempio, farsi rientrare le ipotesi di deduzione dalla base imponibile o di detrazioni d'imposta che costituiscono attuazione del prelievo costituzionalmente orientata, quali, tipicamente nelle imposte sui redditi, le deduzioni per oneri o spese che incidono sulla capacità contributiva del soggetto passivo (ad esempio, per spese mediche), o le deduzioni e detrazioni d'imposta per assicurare la progressività (cosiddetta *no tax area*) o per carichi di famiglia, o ancora le misure strutturali previste nell'ambito del reddito d'impresa per favorire la patrimonializzazione delle imprese o il rinnovo degli impianti, ecc..

⁽⁵⁸⁴⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 136.

⁽⁵⁸⁵⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 136.

consente di giustificare la trasmissibilità del diritto all’agevolazione ai soci: diversamente, si comprimerebbe il diritto dei soci di scegliere il modello di esercizio di un’attività di impresa fiscalmente meno oneroso laddove, comunque, i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti siano pienamente soddisfatti e il modello sia giustificabile anche da scelte economico – imprenditoriali non trattandosi di un’ipotesi di “forma senza sostanza”⁽⁵⁸⁶⁾.

La possibilità di consentire il trasferimento di agevolazioni da società partecipata alla società partecipante può essere valutata alla luce della disposizioni di cui all’art. 115, comma 1, lett. a), t.u.i.r. secondo cui la circostanza che i soci fruiscano di riduzioni dell’aliquota IRES costituisce condizione ostativa all’applicazione del regime di trasparenza. Tale condizione, inizialmente non prevista, è stata introdotta dal c.d. “Correttivo IRES” al fine di raggiungere l’obiettivo di garantire la coerenza del regime di trasparenza con il regime di consolidamento. Come chiarito dalla circolare 20 dicembre 2004, n. 54 in tema di consolidato, la disposizione citata non consente di optare per il consolidato alle società che adottano regimi fiscali di favore caratterizzati dall’applicazione di un’aliquota IRES inferiore a quella ordinaria. La norma riguarda le riduzioni di aliquota a qualsiasi titolo. Chiarisce l’Agenzia che, perché si verifichi la condizione di inammissibilità in esame, è sufficiente anche la sola disomogeneità potenziale delle aliquote applicabili, indipendentemente dal conseguimento di un imponibile positivo rispetto al quale beneficiare dell’applicazione dell’aliquota ridotta. La previsione di esclusione in esame è, come detto, circoscritta alle sole ipotesi di aliquota ridotta ai fini IRES: essa non esplica, pertanto, i propri effetti nei riguardi di ipotesi di esenzione, sia totale che parziale, del reddito da imposizione, in dipendenza, ad esempio, di agevolazioni territoriali o settoriali.

Peraltro, il riconoscimento di regimi agevolati nelle classiche forme delle esenzioni, riduzioni di imposta è ormai residuale⁽⁵⁸⁷⁾: in linea con i dettami della legge 29 dicembre 1990, n. 408, il legislatore fiscale nell’introdurre nuovi benefici fiscali ha utilizzato soprattutto le forme del credito d’imposta e dei buoni d’imposta. Si tratta di meccanismi che, sotto il profilo procedurale, presentano il vantaggio di una maggiore semplificazione nella fase del loro riconoscimento.

Sulla possibilità per i soci di società di persone di utilizzare il credito d’imposta spettante alla società non vi sono dubbi: la stessa Amministrazione Finanziaria⁽⁵⁸⁸⁾ ha chiarito che il credito d’imposta deve essere calcolato ed indicato dalla società di persone nella propria dichiarazione e che può essere utilizzato dalla stessa in compensazione di propri tributi o essere assegnato ai soci in proporzione alle rispettive quote di partecipazione agli utili.

Non si rinvengono, pertanto, motivi per non ritenere estensibile tale soluzione ai crediti d’imposta di cui sia titolare una società di capitali che ha optato per il regime della trasparenza⁽⁵⁸⁹⁾.

⁽⁵⁸⁶⁾ L’espressione è di V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 136.

⁽⁵⁸⁷⁾ Osserva A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell’IRES: quale continuità con l’istituto disciplinato nell’art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 489.

⁽⁵⁸⁸⁾ Ris. 22 agosto 2002, n. 286/E; Ris. 18 aprile 2002, n. 120/E.

⁽⁵⁸⁹⁾ A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell’IRES: quale continuità con l’istituto disciplinato nell’art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 489.

CAPITOLO QUARTO

Alla luce, quindi, delle modifiche legislative e dei chiarimenti forniti dall'Amministrazione Finanziaria, pare che solo differenze nelle aliquote applicabili siano incompatibili con il regime di trasparenza; *a contrario*, ne risulta che regimi agevolativi differenti non sono incompatibili ⁽⁵⁹⁰⁾. Il legislatore ha così voluto evitare un abuso del regime di trasparenza per evitare che taluni soggetti possano beneficiare di agevolazioni altrimenti non dovute tramite arbitraggi sulle aliquote ⁽⁵⁹¹⁾. Operazioni diverse dagli arbitraggi sulle aliquote non paiono, invece, vietate così che agevolazioni mediante esclusione o esenzione di cui gode la partecipata possono trasferirsi alla partecipante. Quest'ultima può, quindi, recepire il reddito determinato dalla società partecipante calcolato tenendo conto di agevolazioni solo a questa spettanti.

19.2. – La tassazione del reddito in capo alla società partecipante.

La società partecipata provvede, quindi, alla determinazione del reddito imponibile; una volta esaurita questa fase, lo stesso reddito viene imputato *pro quota* alla società partecipante.

Occorre ora verificare secondo quali modalità avviene la tassazione dello stesso in capo ai soci siano essi residenti e non.

19.2.1. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci residenti.

Per i soci residenti si pone un problema di qualificazione del reddito. Esso deriva dal confronto con il modello delle società di persone. Ai sensi dell'art. 5 t.u.i.r., i redditi imputati ai soci residenti per trasparenza sono valutati in modo unitario come "redditi di partecipazione". Tradizionalmente ⁽⁵⁹²⁾ si ritiene che i redditi di partecipazione non costituiscano un'autonoma categoria reddituale. Come noto, l'art. 6, comma 1, t.u.i.r. fornisce l'elencazione tassativa delle categorie di reddito e tra di esse non viene menzionata la categoria dei redditi di partecipazione. Le categorie reddituali assolvono alla funzione di fissare i criteri di individuazione e di determinazione dei redditi, mentre la categoria dei redditi di partecipazione non assolve a tale funzione. Nelle società di persone, la determinazione del reddito avviene in capo alla società stessa secondo le regole ad essa propria e il reddito così determinato viene imputato ai soci. Pare allora che il reddito imputato per trasparenza conservi la stessa natura del reddito prodotto dalla società e la categoria dei redditi di partecipazione costituisca esclusivamente l'espressione sintetica di un criterio mediante il quale un elemento reddituale entra a far parte del reddito complessivo di un contribuente. Il reddito di partecipazione

⁽⁵⁹⁰⁾ L'ipotesi inversa, ovvero la situazione in cui la società partecipata gode di aliquote ridotte, non ha rilievo perché, in tale caso, dall'applicazione della trasparenza non deriva alcun risparmio di imposta, né può porsi problema di applicazione delle società partecipanti dell'aliquota ridotta prevista per la società partecipata.

⁽⁵⁹¹⁾ Si vuole cioè evitare la costituzione di società che possono beneficiare del regime di trasparenza per trasferire il reddito così realizzato a società cui si applica un'aliquota inferiore a quella ordinaria per scontare una tassazione sul reddito prodotto dalla società trasparente minore di quella ordinaria.

⁽⁵⁹²⁾ E. POTITO, *Il sistema delle imposte dirette*, cit., pag. 43; P. BORJA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 273.

è mera ripartizione del reddito prodotto dal soggetto partecipato. La categoria dei redditi di partecipazione assume, così, valenza meramente procedimentale ⁽⁵⁹³⁾.

Occorre ora verificare se tale ricostruzione sia applicabile anche nel caso della trasparenza delle società di capitali. Il legislatore sul punto non ha ritenuto di dover fornire alcuna precisazione e sembrerebbero non esservi ragioni per escludere l’operatività del descritto meccanismo anche nel caso in esame. Nella trasparenza delle società di capitali, similmente a quanto avviene nelle società di persone, la determinazione del reddito avviene ad un doppio livello: prima in capo alla società, poi in capo ai soci. In caso di soci residenti, la qualificazione del reddito imputato per trasparenza deve essere valutata alla luce della c.d. forza di attrazione del reddito di impresa. Nel sistema delineato dall’art. 115 t.u.i.r., soci della società trasparente sono esclusivamente altre società di capitali per le quali, ove residenti, opera la regola generale per cui tutti i redditi da loro conseguiti, da qualsiasi fonte provengano, concorrono a formare il reddito di impresa complessivo. Così recita l’art. 81 t.u.i.r. per stabilire il menzionato principio della forza di attrazione del reddito di impresa l’operatività del quale non è stata toccata dalla d.lgs. n. 344 del 2003. Si ritiene, pertanto, esso debba operare anche nel caso di specie sicché la quota di reddito di spettanza delle società partecipanti confluisce, pertanto, nel reddito complessivo di queste ultime quale componente del reddito di impresa ⁽⁵⁹⁴⁾. Il reddito di impresa determinato dalla società partecipata e imputato alla società trasparente confluisce per trasparenza nel reddito della società partecipante quale autonoma componente del reddito di impresa della società partecipante. Questa, come chiarito in precedenza, non recepisce le singole voci reddituali che compongono il reddito della partecipata, bensì solo il risultato finale. La partecipante iscriverà nel proprio reddito un componente positivo o negativo da partecipazione in società trasparente nel proprio reddito di impresa.

Preme allora ricordare che il sistema tributario italiano si fonda, relativamente al reddito di impresa, sul principio di derivazione per cui tale reddito è determinato apportando all’utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all’esercizio chiuso nel periodo d’imposta, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all’applicazione delle norme fiscali ⁽⁵⁹⁵⁾.

L’applicazione della trasparenza fiscale influenza solamente il reddito complessivo su cui avviene il calcolo delle imposte della società partecipante ⁽⁵⁹⁶⁾; ha, infatti, rilevanza esclusivamente sul versante tributario e non già su quello civilistico e contabile ⁽⁵⁹⁷⁾ sicché, in linea generale, le società partecipanti non

⁽⁵⁹³⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 274.

⁽⁵⁹⁴⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 693; S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4824; M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2147.

⁽⁵⁹⁵⁾ G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d’impresa – i principi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L’imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, II, Torino, 1994, pag. 478; G. TABET, V. MINERVINI, *Utile civilistico e reddito di impresa*, in *Il reddito di impresa*, a cura di G. TABET, Padova, 1997, pag. 62.

⁽⁵⁹⁶⁾ Salva l’ipotesi del riallineamento dei valori previsto dalla norma transitoria di cui all’art. 115, comma 11, t.u.i.r..

⁽⁵⁹⁷⁾ P. PISONI, F. BAVA, D. BUSSO, *Fiscalità differita e trasparenza fiscale: scritture contabili e informativa di bilancio*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 2838; ID., *La trasparenza fiscale tra*

devono rilevare alcuna scrittura contabile, rilevante dal punto di vista civilistico, in relazione al reddito trasferito per trasparenza. Si deve, infatti, ritenere che l'imputazione del reddito di una società partecipante non determina una variazione civilistica dell'utile di Conto Economico atteso che l'imputazione del reddito avviene “*indipendentemente dall'effettiva percezione*”. L'applicazione del principio di trasparenza non varia l'utile distribuibile dalla società partecipata; si tratta di una questione rilevante solo sul piano fiscale. Esso, quindi, dovrà essere rilevato dalla società partecipante solo in sede di determinazione del reddito complessivo tra le variazioni in aumento o in diminuzione dell'utile di conto economico ⁽⁵⁹⁸⁾.

19.2.2. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti: l'art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r..

Anche la tassazione dei soci non residenti deve essere analizzata muovendo dalle regole generali che disciplinano la tassazione dei non residenti in Italia. Come noto, alla formazione della base imponibile dei non residenti concorrono soltanto i redditi prodotti in Italia. Assume, quindi, fondamentale rilievo la fissazione dei criteri in base ai quali considerare un reddito prodotto in Italia a cui provvede l'art. 23 t.u.i.r. individuando una serie di criteri eterogenei di collegamento di un dato reddito con il territorio italiano. Tra questi criteri, si segnala l'art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r. che considera prodotti nel territorio italiano i redditi delle società di persone, associazioni professionali e imprese familiari di cui all'art. 5 t.u.i.r.. Per le società di persone è così utilizzato un criterio unico che consente di prescindere dalla qualificazione del reddito prodotto dall'ente associativo; la partecipazione in Italia ad un ente di tipo associativo tassato per trasparenza è considerato sufficiente per considerare il reddito prodotto in Italia ⁽⁵⁹⁹⁾. Alla luce anche dei chiarimenti ministeriali resi sul punto ⁽⁶⁰⁰⁾, la partecipazione in enti trasparenti, infatti, “*si atteggia quale proiezione [dei soci] nel luogo in cui opera la società*”. Prevale la regola per cui l'entità collettiva e la sua localizzazione prevale sulla localizzazione del singolo socio ⁽⁶⁰¹⁾. Il legislatore qualifica come rilevante l'aggregazione soggettiva e, perciò, identifica il

società di capitali: norme, disposizioni applicative, modulistica ed iscrizione in bilancio, in *Fisco*, 2004, pag. 6453.

⁽⁵⁹⁸⁾ Tale impostazione risulta quella accolta nei modelli di dichiarazione in cui, tra le variazioni in aumento e in diminuzione, è stato inserito un rigo per ospitare quelle derivanti da partecipazioni in società trasparenti. Tale conclusione si ritiene valida anche alla luce delle modifiche apportate dalla Legge Finanziaria per il 2008 (Legge 24 dicembre 2007, n. 244) che è intervenuta sull'art. 83 t.u.i.r. nel senso di rafforzare il principio di derivazione. La norma, infatti, continua a fare salve le variazioni fiscali previste dalla Sezione I del Titolo II del Testo Unico delle Imposte sui Redditi chiuso proprio dagli artt. 115 e 116 t.u.i.r.

⁽⁵⁹⁹⁾ R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Profili generali e territorialità dell'imposta*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 94; R. RUSSO, E. PEDRAZZINI, *The only way out is the way through: taxation of partnerships in Italy*, in *European taxation*, 2005, pag. 138.

⁽⁶⁰⁰⁾ Cfr. Ris. 24 giugno 1986, n. 643. In dottrina M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, cit., pag. 565; S. MAYR, *Redditi di partecipazione in una società di persone estera*, in *Corr. trib.*, 1990, pag. 1301.

⁽⁶⁰¹⁾ G. A. MICHELI, *Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria*, cit., pag. 50.

presupposto di imposta non già nella percezione del reddito da parte del singolo socio, ma nel verificarsi del reddito in capo alla società⁽⁶⁰²⁾. Il reddito di una società di persone imputato *pro quota* al socio non residente è la parte di un reddito che è prodotto da un’impresa esercitata in Italia nella forma di una società di persone nel territorio dello Stato. Pertanto, il reddito delle società di persone residenti imputato al socio non residente è un reddito d’impresa originato non da una parte di impresa estera, bensì da un’impresa esistente e operante nel territorio dello Stato. Quindi, la tassabilità della quota di reddito che va ai soci non residenti è sottoposta in Italia ad imposizione non tanto perchè il socio è imprenditore, ma perchè vale la regola per cui l’entità collettiva e la sua localizzazione prevale sulla localizzazione del singolo socio⁽⁶⁰³⁾. Tale circostanza costituisce autonomo criterio di localizzazione tale da permettere di prescindere dall’applicazione dei criteri altrimenti previsti per le altre categorie reddituali.

Veniva così risolto, precedentemente alla riforma IRES, il problema della tassazione dei soci non residenti in enti trasparenti; lo stesso approccio è stato utilizzato anche nel modello di trasparenza di cui artt. 115 e 116 t.u.i.r.. L’art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r. è, infatti stato modificato al fine di considerare prodotti nel territorio dello Stato “*i redditi di cui agli articoli 5, 115 e 116 imputabili a soci, associati o partecipanti non residenti*”. Anche la partecipazione in società di capitali trasparenti è stata così considerata configurare una “*proiezione*” dei soci tale da rappresentare un criterio di collegamento sufficiente con lo Stato italiano.

Pertanto, per i soci non residenti, l’imputazione, *pro quota*, dei redditi della partecipata, indipendentemente dell’effettiva percezione dei dividendi, comporta, considerata l’espressa previsione normativa dell’art. 23, comma 1, lettera g), t.u.i.r., la produzione di un reddito imponibile in Italia.

Se il legislatore non avesse provveduto a integrare l’art. 23 t.u.i.r. si sarebbe dovuto concludere per l’intassabilità in Italia di tali redditi data l’impostazione strettamente casistica dello stesso Testo Unico⁽⁶⁰⁴⁾. Si sarebbe dovuto altrimenti provvedere alla qualificazione del reddito ed alla verifica dei criteri di collegamento richiesti per quella tipologia reddituale. Dal momento che, come suggerito in dottrina⁽⁶⁰⁵⁾, il reddito imputato ai soci si sarebbe dovuto qualificare come reddito di impresa, si sarebbe dovuto applicare l’art. 23, comma 1, lett. e), t.u.i.r. secondo cui si considerano prodotti nel territorio dello Stato “*i redditi d’impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni*”. Dal momento che non pare potersi sostenere che la partecipata italiana costituisca stabile organizzazione della società non residente, il reddito sarebbe risultato non tassabile in Italia⁽⁶⁰⁶⁾.

⁽⁶⁰²⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 218.

⁽⁶⁰³⁾ S. MAYR, *Società di persone: reddito imputato ai soci residenti in paesi con trattato*, in *Corr. trib.*, 1991, pag. 1096.

⁽⁶⁰⁴⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1514.

⁽⁶⁰⁵⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 698.

⁽⁶⁰⁶⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 699; L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1514.

19.2.3. – La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti ai fini convenzionali.

Il legislatore italiano, da un lato, ha così superato una lacuna dell'ordinamento nazionale, dall'altro, tuttavia, ha aperto il problema della qualificazione del reddito imputato per trasparenza a fini convenzionali⁽⁶⁰⁷⁾.

Il problema deve essere analizzato tenuto conto del Modello OCSE di convenzione contro la doppia imposizione e del relativo Commentario. Le disposizioni convenzionali⁽⁶⁰⁸⁾ applicabili al caso in esame sono:

- a) l'art. 10, Modello OCSE concernente i *dividends*;
- b) l'art. 7, Modello OCSE concernente i *business profits*;
- c) l'art. 21, Modello OCSE concernente gli *other income*.

L'art. 10, Modello OCSE prevede, di regola, il concorso della potestà impositiva dello Stato dove risiede la società che paga il dividendo con quello di residenza del percipiente ponendo, tuttavia, dei limiti quantitativi al primo Stato. Il terzo paragrafo dello stesso articolo fornisce una definizione di dividendi a fini convenzionali precisando che "*the term "dividends" as used in this Article means income from shares, "jouissance" shares or "jouissance" rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident"*. A fini convenzionali, il termine dividendi, quindi, in via di prima approssimazione, ricomprende i redditi derivanti da titoli azionari. Dall'analisi del Commentario al modello OCSE⁽⁶⁰⁹⁾, pare, inoltre, potersi desumere che la Convenzione Modello OCSE faccia riferimento a "*dividendi pagati*" da società, definizione che, pur venendo di norma interpretata in senso ampio fino a ricomprendervi ogni caso in cui sia stata adempiuta l'obbligazione di mettere a disposizione del socio i fondi⁽⁶¹⁰⁾, non è tale da includere anche il reddito imputato per trasparenza⁽⁶¹¹⁾. L'esclusione dei redditi

⁽⁶⁰⁷⁾ In generale, sui rapporti tra società di persone e convenzioni contro la doppia imposizione cfr. V. UCKMAR, *Partnership and joint enterprises in international tax law – Report per l'Italia – Congresso IFA di Losanna*, in *Cahiers de droit fiscal international*, LVIIIb, Kluwer, The Netherlands, 1973, pag. 201; C. CARLO, *Regimi di esenzione sui dividendi e sulle plusvalenze, credito d'imposta per le imposte assolte all'estero e partnerships non residenti: attuale regime e proposte di modifica*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2005, pag. 445; F. P. J. SNEL, C. LUCAS MAS, *The classification of partnerships for tax purposes: a comparative analysis*, in *European taxation*, 2003, pag. 367; R. RUSSO, *Partnerships and other hybrid entities and the EC corporate direct tax directives*, in *European taxation*, 2006, pag. 478; nonché OCSE, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD Publications, France, 1999 sul quale v. J. SCHAFFNER, *The OECD Report on the application of tax treaties to partnerships*, in *Bulletin*, 2000, pag. 218; M. GUSMEROLI, *Participants in foreign transparent entity denied treaty benefits (the good, the bad and the ugly)*, in *European taxation*, 2006, pag. 588; M. ROSSI, *L'applicazione dei trattati fiscali alle "partnerships" e agli enti ibridi*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2005, pag. 271.

⁽⁶⁰⁸⁾ Nella presenta trattazione si farà riferimento al Modello OCSE di convenzione contro la doppia imposizione sui redditi e capitali nella versione aggiornata al 15 luglio 2005.

⁽⁶⁰⁹⁾ Nella presenta trattazione si farà riferimento al Commentario al Modello OCSE nella versione aggiornata al 15 luglio 2005.

⁽⁶¹⁰⁾ E. DELLA VALLE, *La soggettività delle partnerships nel modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2003, pag. 767.

⁽⁶¹¹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1514, nota 15.

imputati per trasparenza dalla nozione di dividendi trova conferma nel Commentario al Modello OCSE. Al paragrafo 27 del commento all’art. 10 si legge, infatti, che “*distributions of profits by partnerships are not dividends within the meaning of the definition, unless the partnerships are subject, in the State where their place of effective management is situated, to a fiscal treatment substantially similar to that applied to companies limited by shares*”. Secondo il Commentario, le disposizioni in tema di dividendi sono applicabili solo allorquando una *partnership* (i.e. una società di persone nella terminologia del Commentario) sia soggetta nello Stato dove si trova la sede della sua direzione effettiva ad un regime tributario analogo a quello delle società di capitali. In altri termini, il Commentario OCSE ⁽⁶¹²⁾ analizza il caso delle società di persone in senso stretto che, di norma, possono essere tassate secondo uno dei seguenti modelli impositivi:

- a) la trasparenza;
- b) il riconoscimento di piena soggettività.

Dal momento che nell’ipotesi *sub b)*, si realizza una perfetta equiparazione tra i modelli impositivi delle società di persone e quelli delle società di capitali allora, conclude il Commentario, sono applicabili agli utili distribuiti dalle società di persone le regole previste per gli utili distribuiti dalle società di capitali ⁽⁶¹³⁾. Risulta, quindi, *a contrario*, che, laddove un ente sia considerato fiscalmente trasparente, l’art. 10 Modello OCSE non può trovare applicazione. Con riferimento alla situazione italiana, l’esercizio dell’opzione di cui all’art. 115 t.u.i.r. diventa causa ostativa all’applicazione delle regole convenzionali previste per i dividendi.

Esclusa così l’applicazione delle norme in tema di *dividends*, può verificarsi l’applicabilità di quelle in tema di *business profits* di cui all’art. 7 Modello OCSE. Questo, come noto, attribuisce il potere impositivo esclusivamente allo Stato di residenza dell’impresa che ha prodotto i profitti, a meno che tale impresa non svolga la sua attività nell’altro Stato coinvolto per il tramite di una stabile organizzazione.

Atteso che il termine “*profits*” usato in ambito convenzionale “*has a broad meaning including all income derived in carrying on an enterprise*” ⁽⁶¹⁴⁾, esso risulta in grado di includere anche i redditi prodotti da un ente trasparente. Conferma tale conclusione il paragrafo 2 del Commento all’art. 10 del Commentario al modello OCSE secondo cui “*the profits of a business carried on*

⁽⁶¹²⁾ Analoghe conclusioni sono raggiunte dall’Agenzia delle Entrate nella circolare 23 dicembre 1996, n. 306/E. In dottrina J. F. AVERY JONES, L. DE BROE, M. J. ELLIS, K. VAN RAAD, J. P. LE GALL, H. TORRIONE, T. MIYATAKE, S. I. ROBERTS, S. H. GOLDBERG, J. KILLIUS, G. MAISTO, F. GIULIANI, R. J. VANN, D. A. WARD, B. WIMAN, *Characterization of other states’ partnerships for income tax*, in *Bulletin*, 2002, pag. 288.

⁽⁶¹³⁾ *Amplius* E. DELLA VALLE, *La soggettività delle partnerships nel modello ocse di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana*, cit., pag. 764.

⁽⁶¹⁴⁾ Così il paragrafo 32 del Commento all’art. 7 del Commentario al Modello OCSE. In generale sull’interpretazione dei termini usati nelle convenzioni contro la doppia imposizione G. MELIS, *L’interpretazione nel diritto tributario*, cit., pag. 589; J. F. AVERY JONES, L. DE BROE, M. J. ELLIS, K. VAN RAAD, J. P. LE GALL, S. H. GOLDBERG, J. KILLIUS, G. MAISTO, T. MIYATAKE, H. TORRIONE, R. J. VANN, D. A. WARD, B. WIMAN, *The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by states*, in *Bulletin*, 2002, pag. 220.

by a partnership are the partners' profits derived from their own exertions; for them they are business profits. So the partner is ordinarily taxed personally on his share of the partnership capital and partnership profits" ⁽⁶¹⁵⁾.

I redditi imputati per trasparenza potrebbero così ricadere nell'art. 10 Modello OCSE; depone in tal senso la qualificazione di *business profits* fornita dal Modello OCSE e la circostanza per cui a livello interno il reddito imputato per trasparenza conserva la medesima qualificazione che esso ha per l'ente trasparente: reddito di impresa nel caso in esame. Diviene allora necessario verificare se la partecipazione in una società (trasparente) costituisce stabile organizzazione.

L'art. 5, paragrafo 7, del Modello OCSE dispone che "*the fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other*". Lo stesso Commentario conferma che la partecipazione in una società non costituisce stabile organizzazione in quanto la società controllata, sul piano giuridico, si configura come un'entità indipendente. Dall'assunto per il quale l'affiliata non costituisce di per sé una stabile organizzazione della controllante (o viceversa), si può però evincere che, in determinate condizioni, detta stabile organizzazione possa invece configurarsi. Ciò che assume rilievo è il rischio d'impresa: se questo rimane in capo alla società madre, l'affiliazione configura una stabile organizzazione personale; se invece il rischio d'impresa ricade sulla consociata, quest'ultima, mantenendo la propria autonomia, non solo economica e gestionale ma anche giuridica, non rientra nel concetto di stabile organizzazione ai sensi dell'art. 5, paragrafo 7, del Modello OCSE ⁽⁶¹⁶⁾. Tali sono le conclusioni cui è giunta la recente revisione del Commentario al Modello OCSE approvate il 15 luglio 2005 ⁽⁶¹⁷⁾ che prevedono una valutazione più puntuale dei requisiti di stabile organizzazione in capo alla società controllata. Una società controllata configura stabile organizzazione della controllante allorché le attività esercitate dalla controllata integrano l'autonoma capacità di concludere contratti da parte della società controllata in nome della casa madre, a meno che tali contratti non siano solo strumentali alle attività che escludono il requisito della stabile organizzazione elencate nell'art. 5, paragrafo 4, o non siano svolti da un agente indipendente rispetto alla stabile organizzazione.

Alla luce di tali modifiche, l'idoneità o meno della sussidiaria a concretizzare *tout court* una stabile organizzazione discende non dal mero controllo azionario, bensì dal *modus operandi* del soggetto controllato ⁽⁶¹⁸⁾.

⁽⁶¹⁵⁾ E. DELLA VALLE, *La soggettività delle partnerships nel modello ocse di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana*, cit., pag. 767.

⁽⁶¹⁶⁾ Si esprime in questo senso il paragrafo 38 di Commento all'art 5 del Commentario OCSE.

⁽⁶¹⁷⁾ A. LOVISOLO, *La stabile organizzazione nel nuovo modello OCSE*, in *Corr. trib.*, 2006, pag. 109; ID., *La stabile organizzazione*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2005, pag. 439.

⁽⁶¹⁸⁾ G. MAISTO, *Regime delle royalties corrisposte a imprese non residenti ed in particolare sulla inconfigurabilità della licenziataria – sussidiaria quale stabile organizzazione*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, pag. 17.

A conclusioni non difformi è pervenuta anche la giurisprudenza italiana di merito chiamata a pronunciarsi sulla relazione esistente fra stabile organizzazione e partecipazioni societarie ⁽⁶¹⁹⁾. Di norma è stata disconosciuta l’esistenza di una stabile organizzazione per il solo fatto del possesso, da parte di un soggetto straniero, di una partecipazione, anche maggioritaria, al capitale di una società italiana ⁽⁶²⁰⁾. La Cassazione ha confermato tale approccio ammettendo che, in linea di principio, la partecipazione di un’impresa straniera al capitale di una società italiana non costituisce fatto sufficiente ad ipotizzare una stabile organizzazione ed ha affermato che, “*dovendo la sostanza, come in tutti i rapporti giuridici, prevalere sulla forma*”, detto principio non si applica alla concreta eventualità in cui un’impresa estera, al fine di sottrarsi agli obblighi fiscali, ricorra all’espedito di partecipare ad una società italiana, “*controllandone la gestione e servendosene di fatto come un’organizzazione propria*” ⁽⁶²¹⁾. Si tratta di una verifica da effettuarsi sulla base di elementi di fatto avendo riguardo soprattutto alla fase di negoziazione e conclusione dei contratti ⁽⁶²²⁾. Nel caso di società di

⁽⁶¹⁹⁾ *Amplius* U. LA COMMARA, *La nozione di stabile organizzazione secondo l’OCSE e nella legislazione fiscale interna*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 447.

⁽⁶²⁰⁾ In particolare, nella decisione Comm. Trib. Centr., 23 febbraio 1972, n. 1848, con nota di A. LOVISOLO, *Ancora a margine del concetto di stabile organizzazione, anche in riferimento alla riforma tributaria delle imposte dirette*, in *Dir. prat. trib.*, 1973, pag. 292 è stato stabilito che si considerano operanti in Italia con stabile organizzazione solo le “*compagini soggettive estere che svolgano direttamente o indirettamente attraverso una branca d’impresa una attività economica*” in Italia, aggiungendo che “*quando invece la società estera scelga di partecipare alla formazione di società italiane, la creazione della nuova figura basta ad escludere lo svolgimento diretto di un’attività in Italia da parte della società socia, sì che il regime tributario applicabile alla specie è quello generale d’un soggetto estero titolare di quote sociali*”. Sono stati risolti in senso conforme casi di mera compartecipazione di un soggetto estero, in qualità di socio accomandante, in una società in accomandita italiana. In tal senso, Comm. Trib. Centr., sent. 15 giugno 1973, n. 7374; Comm. Trib. Centr., sent. 18 luglio 1973, n. 8922; Comm. Trib. Centr., sent. 26 novembre 1976, n. 13922; Comm. Trib. Centr., sent. 20 maggio 1980, n. 5868.

⁽⁶²¹⁾ Comm. Trib. Centr., sent. 29 maggio 1979, n. 7046. Nel caso di specie, una società di capitali elvetica deteneva il cento per cento del capitale di una società in accomandita semplice italiana come unico socio accomandante, mentre l’accomandatario era solo socio d’opera. Secondo i giudici tributari era sorta la “*grave presunzione*” che la società italiana, nonostante la sua formale autonomia, fosse sul piano sostanziale una stabile organizzazione della controllante straniera. A tale decisione hanno fatto seguito numerose controversie sorte sull’ipotesi del controllo totalitario, risolte dalla giurisprudenza in maniera alquanto contraddittoria. Difatti, in alcune pronunce è stato riconosciuto che anche la società il cui capitale sia integralmente detenuto dalla controllante conserva la propria natura di entità giuridicamente indipendente e sia, quindi, inadatta a costituire una stabile organizzazione (Comm. Trib. Centr., sent. 18 luglio 1973, n. 8922; Comm. Trib. Centr., sent. 23 febbraio 1972, n. 1848; Comm. Trib. Centr., sent. 20 maggio 1980, n. 5868; Comm. Trib. Centr., sent. 15 giugno 1973, n. 7374; Corte App. Milano, sent. 22 giugno 1982; altri casi sono stati invece risolti in senso opposto, connettendo al possesso dell’intero capitale di una società italiana da parte di una società estera la presunzione di configurabilità della stabile organizzazione (Cass., sent. 24 maggio 1988, n. 3610; Comm. Trib. Centr., sent. 16 novembre 1983, n. 3658; Comm. Trib. Centr., sent. 11 giugno 1981, n. 6478; Comm. Trib. Centr., sent. 1° dicembre 1981, n. 10606).

Più recente è la questione della stabile organizzazione di gruppo affrontata dalla giurisprudenza nazionale nelle note sentenze della Corte di Cassazione sul caso *Philip Morris* n. 3367 e n. 3368 del 7 marzo 2002, e n. 7682 e n. 7869 del 25 maggio 2002.

⁽⁶²²⁾ Questo principio sembra in contrasto con l’orientamento del Commentario OCSE laddove chiarisce che la partecipazione alle trattative contrattuali nell’interesse della società straniera non può costituire l’unico elemento per affermare la presenza di una stabile

CAPITOLO QUARTO

capitali che hanno esercitato l'opzione per la trasparenza, non pare potersi sostenere, se non in casi patologici, che la partecipata italiana costituisca stabile organizzazione della società non residente ⁽⁶²³⁾. L'assetto societario che caratterizza le tipologie societarie di cui all'art. 115 t.u.i.r. si caratterizza per l'assenza di una situazione di controllo sicché la società stessa non può essere considerata, utilizzando la terminologia della giurisprudenza, "un'organizzazione propria" di alcun socio. La circostanza che la società diventi così "un'organizzazione di tutti i soci" garantisce a questa un margine di autonomia sufficiente per non considerare la società stabile organizzazione di tutti i soci. L'unanimità è, infatti, necessaria solo per l'esercizio dell'opzione, non per lo svolgimento dell'ordinaria attività sociale che potrà così svolgersi secondo il principio maggioritario. Il particolare assetto sociale che l'art. 115 t.u.i.r. sottende, affida la gestione a maggioranze mutevoli. Non si può, quindi, di per sé presumere che la società sia stabile organizzazione dei soci; si deve, invece, rinviare ad una verifica concreta della situazione societaria volta a valutare l'effettiva influenza di ciascun socio.

Nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che, per effetto della partecipazione il socio non residente possieda una stabile organizzazione in Italia, sarà applicabile la relativa norma convenzionale. Nel caso, considerato normale, in cui la partecipazione non costituisca stabile organizzazione, si dovrebbe concludere per escludere la sussistenza della potestà impositiva italiana: il reddito (di impresa) imputato per trasparenza sarebbe tassabile solo nello Stato di residenza del percettore ⁽⁶²⁴⁾.

Risulterebbe allora inapplicabile l'art. 7 Modello OCSE, sicché i redditi imputati per trasparenza potrebbe cadere nella residuale categoria dell'art. 21, Modello OCSE concernente gli *other income* per effetto del quale sarebbero tassabili esclusivamente nel paese di residenza del percettore e, quindi, non Italia ⁽⁶²⁵⁾.

Sarebbe così conseguito l'effetto di evitare la doppia imposizione. Tuttavia tale ricostruzione non è applicata dalla prassi costante dell'Amministrazione Finanziaria ⁽⁶²⁶⁾ che obietta che per questo tipo di reddito d'impresa non varrebbe la limitazione, contenuta nella disciplina sugli utili d'impresa che nascerebbe dal presupposto che l'impresa appartenente ad un soggetto residente nell'altro Stato si trovi appunto in tale Stato. L'utile di tale impresa potrebbe essere attratto a tassazione in Italia solo limitatamente a quella parte imputabile ad un'attività

organizzazione. *Amplius* E. CACCIAPUOTI, *La società residente stabile organizzazione di una società non residente*, in *Rass. trib.*, 2007, pag. 1190.

⁽⁶²³⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1514, nota 15.

⁽⁶²⁴⁾ Ne tratta anche S. BELLETTINI, *International tax problems of partnership – Report per l'Italia – Congresso IFA di Cannes*, in *Cahiers de droit fiscal international*, LXXXa, Kluwer, The Netherlands, 1995, pag. 309.

⁽⁶²⁵⁾ Così S. BELLETTINI, *International tax problems of partnership – Report per l'Italia – Congresso IFA di Cannes*, cit., pag. 309.

⁽⁶²⁶⁾ Cfr. Ris. 24 giugno 1986, n. 643; Ris. 19 dicembre 2005, n. 171/E sulla quale R. RUSSO, A. DE NIGRIS, *Ruling on the taxation of income derived by Italian flow-through entities*, in *European taxation*, 2006, pag. 399 nonché S. GRILLI, *Brevi note in tema di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni alle società di capitali trasparenti ai fini Ires (Commento a ris. Agenzia entrate 19 dicembre 2005, n. 171/E)*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, pag. 134.

esercitata in Italia per mezzo di stabile organizzazione ⁽⁶²⁷⁾. Nel caso in esame, invece, il reddito imputato al socio residente nell’altro Paese è il reddito di un’impresa interamente esercitata (dalla società residente) in Italia. La limitazione della tassazione per gli utili d’impresa solo in presenza di una stabile organizzazione, secondo questa ricostruzione, ha un senso solo se l’impresa che viene esercitata nello Stato di residenza ha un’unità operativa (stabile organizzazione) dislocata nello Stato della fonte; ma non quando tutta l’impresa viene esercitata in quest’ultimo Stato. Pertanto, il reddito imputato al socio estero ⁽⁶²⁸⁾ rientra nella categoria di reddito di cui all’art. 7 Modello OCSE, che non contiene alcuna limitazione alla tassazione prevista dalla legge interna italiana. Se l’impresa viene esercitata nello Stato italiano (come avviene nel caso di una società residente in Italia che esercita l’attività nel territorio dello Stato) la Convenzione non contiene e non può contenere alcuna limitazione alla tassazione di tale reddito in Italia. L’Amministrazione Finanziaria italiana giunge così a considerare applicabile l’art. 7, Modello OCSE confermando l’impostazione per cui la partecipazione in una società di persone trasparente costituisce proiezione dei soci nel luogo in cui opera la società di persone ⁽⁶²⁹⁾. Secondo tale impostazione, la Convenzione non può influire sulla tassazione del reddito d’impresa nello Stato in cui tale impresa è residente ⁽⁶³⁰⁾ ⁽⁶³¹⁾. La doppia imposizione sarebbe poi eliminata dall’applicazione dell’art. 23 Modello OCSE che obbliga gli Stati all’adozione di metodi per eliminare la doppia imposizione.

⁽⁶²⁷⁾ S. MAYR, *Società di persone: reddito imputato ai soci residenti in paesi con trattato*, cit., pag. 1096; ID., *Redditi di partecipazione in una società di persone estera*, cit., 1990, pag. 1301; M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, cit., pag. 565 e nota 53.

⁽⁶²⁸⁾ Nella risoluzione 27 gennaio 2006, n. 17/E, l’Agenzia ritiene che tale soluzione risulta suffragata anche dal paragrafo 3 del Commentario all’art. 1 del Modello OCSE il quale chiarisce che, adottando la soluzione della trasparenza fiscale, non si tiene conto dell’esistenza della società di persone ai fini dell’imposizione e ciascun socio è individualmente assoggettato ad imposta sulla rispettiva quota di reddito di tale società. Tale principio trova una conferma nella disciplina dettata dallo stesso Commentario per superare il problema derivante dalla circostanza che, quando una società di persone è considerata fiscalmente trasparente in uno Stato, essa non può essere considerata residente in tale Stato ai fini convenzionali e, pertanto, non può invocare la Convenzione. In tal caso il paragrafo 5 del Commentario all’art. 1 del Modello OCSE prevede che i soci della società trasparente dovrebbero essere legittimati ad invocare la Convenzione stipulata dagli Stati di cui sono residenti, in relazione alla quota di reddito a loro imputata, a condizione che il reddito della società di persone sia a loro attribuito ai fini dell’imposizione nel loro Stato di residenza.

⁽⁶²⁹⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1193 e più in generale pag. 1190 per l’analisi della complessiva problematica.

⁽⁶³⁰⁾ S. MAYR, *Società di persone: reddito imputato ai soci residenti in paesi con trattato*, cit., pag. 1097; ID., *Redditi di partecipazione in una società di persone estera*, cit., 1990, pag. 1302.

⁽⁶³¹⁾ Si sostiene (A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 699; M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, cit., pag. 565) che si può giungere ad analoga conclusione muovendo non dal presupposto dell’applicabilità della convenzione, ma dal presupposto della sua non applicabilità. Si dovrebbe muovere dalla considerazione che la Convenzione non regola il caso in esame, sicché questo resta affidato alla disciplina nazionale che non trova limitazioni.

19.2.4. – L'imputazione del reddito della società partecipata: il problema della successiva distribuzione degli utili.

L'effetto principale dell'imposizione per trasparenza è quello dell'imputazione *pro quota* del reddito ai soci al termine dell'esercizio nel quale la società ha prodotto l'utile. Di conseguenza, la società resa trasparente dall'esercizio dell'opzione non sarà soggetto passivo d'imposta, almeno fino a concorrenza di quanto imputato a prescindere dalla distribuzione. Ciò al fine di evitare un'evidente doppia imposizione che si verrebbe a creare nel caso in cui, in assenza di alcun credito di imposta, il "reddito prodotto" fosse tassato prima di quello "imputato" ⁽⁶³²⁾. Coerentemente con il meccanismo della trasparenza, l'imputazione prescinde dall'effettiva distribuzione – percezione. La fattispecie si perfeziona, infatti, al momento della formalizzazione del risultato della partecipata, poiché da tale fatto discende l'effetto dell'imputazione *pro quota* ai singoli soci, l'eventuale successiva distribuzione non è idonea a determinare l'obbligazione tributaria ⁽⁶³³⁾. Analogamente a quanto avviene nelle società di persone, corollario necessario della diretta tassazione dei redditi della partecipata per imputazione al socio è la non imponibilità degli utili distribuiti ⁽⁶³⁴⁾ dalla partecipata quando tali utili siano relativi ai periodi per i quali è stata effettuata l'opzione ⁽⁶³⁵⁾. Si tratta di una conclusione ovvia "*al punto che il legislatore si dimentica di dirlo*" ⁽⁶³⁶⁾; sopperisce a tale omissione il comma 1 dell'art. 8, d.m. 23 aprile 2004, precisando "*gli utili e le riserve di utili formatesi nei periodi in cui è efficace l'opzione, ove distribuiti, non concorrono a formare il reddito dei soci*"

Non è questa l'unica disposizione che il legislatore dedica al regime degli utili prodotti da una società trasparente dal momento che, nella prassi operativa, possono verificarsi differenti situazioni. In dettaglio, gli utili che vengono distribuiti (ed imputati) alle partecipanti durante il regime di trasparenza possono essersi formati in capo alla partecipata prima del regime di trasparenza, ovvero durante il regime di trasparenza. Occorre allora distinguere:

- 1) gli utili che, durante il regime di trasparenza, si sono formati in capo alla partecipata e sono stati fiscalmente imputati alle partecipanti e poi distribuiti alle partecipanti:
 - a) in costanza di regime di trasparenza oppure;
 - b) dopo che tale regime sia terminato;
- 2) gli utili che, prima del regime di trasparenza, si sono formati in capo alla partecipata e sono poi stati fiscalmente imputati alle partecipanti durante il regime di trasparenza, essendo poi distribuiti alle partecipanti:
 - a) in costanza di regime di trasparenza oppure;

⁽⁶³²⁾ Così V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 136.

⁽⁶³³⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 529.

⁽⁶³⁴⁾ Gli utili distribuiti non concorrono a formare il reddito dei soci, che, quindi, dovranno apportare la correlativa variazione in diminuzione. La detassazione dei dividendi distribuiti nel regime di trasparenza è così ottenuta, al pari che nel consolidato nazionale, con una variazione fiscale in diminuzione.

⁽⁶³⁵⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4828; D. LIBURDI, *Presunzione di distribuzione delle riserve e nuovi istituti IRES*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 2651.

⁽⁶³⁶⁾ Così A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 695.

b) dopo che tale regime sia terminato.

I casi *sub* 1) sono, come poco sopra anticipato, risolti dall’art. 8, comma 1, d.m. 23 aprile 2004, non solo attribuendo valore precettivo al principio della detassazione degli utili distribuiti alle partecipanti, ma anche aggiungendo che *“tale disposizione si applica anche nel caso in cui le predette distribuzioni avvengano successivamente ai periodi di efficacia dell’opzione o i soci siano diversi da quelli cui sono stati imputati i redditi, a condizione che rientrino tra i soggetti di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 1”*. L’estensione del regime di detassazione al caso di mutamenti nella composizione dei soci è subordinata alla circostanza che questi ultimi siano compresi tra i soggetti che, ai sensi dei primi due commi dell’articolo 115 t.u.i.r., possono essere soci di una società trasparente così da impedire, ad esempio, che un nuovo socio – persona fisica, avvalendosi del regime di trasparenza, possa sottrarsi all’obbligo di far concorrere gli utili percepiti dopo la vigenza dell’opzione all’imposizione progressiva, sia pure nei limiti del 40 per cento del relativo ammontare.

Correttamente il legislatore attribuisce rilievo alla circostanza oggettiva della distribuzione di utili formatesi durante il regime di trasparenza (e, quindi, già tassati), rispetto alle circostanza soggettiva della composizione della compagine sociale. Risulta, perciò, del tutto irrilevante il momento in cui avviene la distribuzione (essa si può verificare sia in costanza di esercizio dell’opzione, sia successivamente ad essa) ed è parimenti del tutto irrilevante chi rivesta la qualifica di socio al momento della distribuzione. Si registra così un’ulteriore (necessaria) discrasia: il reddito viene imputato per trasparenza a chi ricopre la qualità di socio alla chiusura dell’esercizio sociale, la detassazione degli utili distribuiti opera a favore di chi ricopre la qualità di socio in sede di distribuzione degli utili. La non tassabilità degli utili distribuiti e già imputati è una conseguenza necessaria sul piano giuridico in quanto, diversamente, si produrrebbe una doppia tassazione dello stesso reddito; tuttavia questa circostanza non può non avere rilievo in sede di determinazione del valore della partecipazione. Il rispetto del principio di effettività della capacità contributiva impone di tener conto, nella determinazione del costo fiscale della partecipazione e dell’eventuale successiva plusvalenza in capo al cedente, della circostanza che il socio cedente abbia dovuto pagare imposte per trasparenza senza effettiva distribuzione o, invece, beneficiando delle risorse costituite dal dividendo o, in compensazione, delle perdite deducibili imputate⁽⁶³⁷⁾.

Il legislatore ha pertanto introdotto il comma 12 dell’articolo 115 t.u.ir. per stabilire che *“per le partecipazioni in società indicate nel comma 1 il relativo costo è aumentato o diminuito, rispettivamente dei redditi e delle perdite imputati ai soci ed è altresì diminuito, fino a concorrenza dei redditi imputati, degli utili*

⁽⁶³⁷⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 140 secondo cui nel primo caso (pagamento senza distribuzione) il costo fiscale della partecipazione sarebbe incrementato di un importo corrispondente alle imposte, al fine di dar conto del mancato incremento reddituale del socio stesso; negli altri casi, invece, il costo della partecipazione si ridurrebbe di un importo corrispondente a quanto distribuito o alla perdita trasmessa. Nei confronti, invece, del cessionario che abbia acquistato prima della distribuzione del dividendo, per simmetria, il valore della partecipazione dovrebbe diminuire di un importo corrispondente agli utili distribuiti al cessionario a condizione che i requisiti per il godimento del regime opzionale permangano in capo a quest’ultimo. Cfr. anche E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 531.

distribuiti ai soci". Si evita così che si verifichino doppie tassazioni della medesima ricchezza; pertanto, analogamente a quanto previsto per le società di persone, il costo fiscale della partecipazione aumenta e diminuisce, rispettivamente, dei redditi e delle perdite imputati al socio e diminuisce, fino a concorrenza dei redditi imputati, anche in caso di distribuzione di utili. Dal punto di vista degli effetti prodotti sul valore fiscale della partecipazione, si evidenzia come la distribuzione di utili prodotti in periodi di tassazione per trasparenza (nei limiti del reddito imputato) risulti sostanzialmente equivalente ad una distribuzione di riserve di capitale. Il d.m. 23 aprile 2004 non affronta direttamente la questione del costo fiscale della partecipazione, assicura, tuttavia, che il criterio stabilito dal comma 12 dell'articolo 115 t.u.i.r. trovi applicazione anche in ipotesi di distribuzioni di utili trasparenti che avvengano in periodi in cui non è più efficace l'opzione. Tale precisazione comporta che, in caso di successiva cessione della partecipazione, il costo fiscalmente riconosciuto della stessa si riduce per effetto della distribuzione di una riserva di utili anche in capo ad un soggetto al quale non è stato imputato il reddito per trasparenza ⁽⁶³⁸⁾.

In questo contesto, come osservato in dottrina ⁽⁶³⁹⁾, la distribuzione degli utili diviene assimilata, dal punto di vista fiscale, alla restituzione di un conferimento. Il reddito imputato al socio per trasparenza è "*patrimonializzato*" ⁽⁶⁴⁰⁾: lo stesso concorre cioè a formare il costo della partecipazione e la sua distribuzione è fiscalmente assimilata alla restituzione di una riserva di capitale.

L'irrelevanza impositiva dei dividendi, quantomeno fino a concorrenza degli utili imputati per trasparenza, emerge chiaramente dall'art. 115 t.u.i.r. e dall'art. 8, d.m. 23 aprile 2004, tuttavia non appare puntualmente definito il trattamento della distribuzione di utili conseguiti durante il regime di trasparenza, per la parte eccedente i redditi imputati ai soci. Si tratta dell'ipotesi in cui la società trasparente abbia conseguito redditi esenti o esclusi o, comunque, si trovi, per altre cause, con un reddito imponibile (imputato ai soci) inferiore all'utile distribuibile ⁽⁶⁴¹⁾. In questi casi, a prima vista, non potrebbe essere applicato l'ultimo comma dell'art. 115 t.u.i.r., posto che non vi sono precedenti redditi imputati fino a concorrenza dei quali scomputare gli utili distribuiti. Si potrebbe sostenere che il regime di trasparenza vuole consentire una compensazione di redditi e perdite nell'ambito del gruppo senza però derogare all'idea di fondo di incentrare la tassazione sull'impresa societaria, eliminando quegli strumenti che consentivano di assegnare, invece, preminenza alla fiscalità dei soci, fino a rendere l'IRPEG una sorta di acconto delle imposte dovute dai soci. Gli utili eccedenti il reddito imputato, in sede di distribuzione, verrebbero allora tassati come dividendi secondo le regole ordinarie ⁽⁶⁴²⁾.

⁽⁶³⁸⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1173.

⁽⁶³⁹⁾ D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti"*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1707.

⁽⁶⁴⁰⁾ L'espressione è di D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti"*, cit., pag. 1708.

⁽⁶⁴¹⁾ D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti"*, cit., pag. 1709.

⁽⁶⁴²⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 137; D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti"*, cit., pag. 1707.

Milita contro tale ricostruzione il tenore letterale dello stesso art. 8, d.m. 23 aprile 2004, secondo cui *“gli utili e le riserve di utili formatesi nei periodi in cui è efficace l’opzione, ove distribuiti, non concorrono a formare il reddito dei soci”*. La norma, nel sancire l’irrelevanza reddituale dei dividendi percepiti dai soci non opera alcuna distinzione e, pertanto, anche gli utili formati presso la società trasparente con redditi parzialmente esclusi da imposizione potranno essere distribuiti ai soci senza alcuna ulteriore tassazione. La natura omnicomprensiva del riferimento operato dall’art. 8 d.m. 23 aprile 2004, oltre che valorizzata dalla dottrina ⁽⁶⁴³⁾, è sottolineata dall’Agenzia delle Entrate nella circolare n. 49 del 2004 secondo cui *“analogamente a quanto avviene nelle società di persone, gli utili maturati in regime di trasparenza fiscale non concorrono a formare il reddito dei soci, anche qualora siano distribuiti dopo la vigenza dell’opzione, in regime di tassazione ordinaria, e in misura eccedente il reddito imputato per trasparenza. Lo chiarisce espressamente il comma 1 dell’articolo 8 del decreto ministeriale, aggiungendo che la disposizione resta valida anche con riferimento alla distribuzione di tali utili e riserve, dopo il periodo di trasparenza, a favore di nuovi soci”*.

La scelta di estendere il regime di detassazione anche agli utili eccedenti il reddito imputato può dipendere dalla difficoltà di distinguere, nell’ambito degli utili che non hanno concorso a formare il reddito della società trasparente, le ragioni per cui ciò si è verificato. L’eccedenza può dipendere, infatti, da agevolazioni tributarie che potrebbe essere opportuno trasmettere ai soci. Come osservato in precedenza ⁽⁶⁴⁴⁾, i soci beneficiano indirettamente delle agevolazioni godute dalla società. sicché sarebbe stato difficile operare distinzioni e discernere le situazioni in cui un prelievo aggiuntivo in capo ai soci è sistematicamente desiderabile, rispetto a quelle in cui è, invece, preferibile astenersi da ogni tassazione dei dividendi formati con somme detassate anche presso la società ⁽⁶⁴⁵⁾.

Per l’ipotesi di distribuzione di utili formatesi con la deduzione di costi in via extracontabile, il legislatore dispone con il comma 3 dello stesso art. 8, d.m. 23 aprile 2004, l’applicazione nei confronti della partecipata delle regole contenute nell’articolo 109, comma 4, lettera b), t.u.i.r.. Queste, come noto, prevedono che, in caso di distribuzione, le riserve di patrimonio netto e gli utili d’esercizio concorrano a formare il reddito se e nella misura in cui l’ammontare delle restanti riserve di patrimonio netto, diverse dalla riserva legale, e dei restanti utili portati a nuovo risulti inferiore all’eccedenza degli ammortamenti, delle rettifiche di valore e degli accantonamenti dedotti rispetto a quelli imputati a conto economico, al netto del fondo imposte differite correlato agli importi dedotti. Presso la società trasparente, deve, allora, sempre permanere (o, se non ancora esistente nell’esercizio in cui avvenne la deduzione, deve essere costituito nella prima circostanza utile) un ammontare di riserve di patrimonio netto (diverse

⁽⁶⁴³⁾ D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi “eccedenti” di società di capitali “trasparenti”*, cit., pag. 1709.

⁽⁶⁴⁴⁾ Cfr. paragrafo 19.1. – *La determinazione del reddito in capo alla società partecipata: le regole di determinazione del reddito ed il problema dei regimi agevolativi.*

⁽⁶⁴⁵⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 137; D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi “eccedenti” di società di capitali “trasparenti”*, cit., pag. 1710.

CAPITOLO QUARTO

dalla riserva legale) e di utili a nuovo non inferiore al totale degli ammortamenti, rettifiche di valore ed accantonamenti dedotti in eccedenza rispetto alle corrispondenti poste imputate a Conto Economico, al netto delle imposte differite passive corrispondenti ⁽⁶⁴⁶⁾. Qualora, a causa della distribuzione di poste del capitale netto disponibile, quali esse siano, ivi dunque incluse quelle che accolgono la massa di utili accumulatisi durante il regime di tassazione per trasparenza, detta condizione venga meno, per la differenza distribuita in eccesso verrà meno il regime di sospensione d'imposta accordato dall'art. 109 t.u.i.r. ⁽⁶⁴⁷⁾.

Con la disposizione in esame, si è così confermato che, laddove la società trasparente abbia dedotto extracontabilmente ammortamenti, rettifiche di valore o accantonamenti avvalendosi dell'art. 109, comma 4, lett. b), t.u.i.r., la distribuzione di utili e di riserve di utili o di capitale comporta il concorso alla formazione del reddito imputato per trasparenza ai soci di quanto dedotto extracontabilmente. Concorrendo la conseguente variazione in aumento del reddito della società partecipata a formare il reddito imputato per trasparenza, ne deriva che la distribuzione degli utili formatesi per effetto della deduzione di costi non transitati a conto economico non è assoggettata ad imposizione ⁽⁶⁴⁸⁾.

Il legislatore attribuisce la massima operatività al principio di imputazione per trasparenza rendendo così la società partecipata destinataria di una serie di obblighi relativi alla determinazione della base imponibile. Dall'aderenza tra reddito determinato dalla società e reddito imputato per trasparenza, si fa discendere la regola della detassazione degli utili distribuiti che l'art. 8, d.m. 23 aprile 2004, estende a tutte le tipologie di utili ⁽⁶⁴⁹⁾. Conseguentemente non è possibile estendere il regime di detassazione alla distribuzione di utili formati prima del regime di trasparenza.

Si tratta delle ipotesi descritte in precedenza *sub* 2) di utili che, prima del regime di trasparenza, si sono formati in capo alla partecipata e sono poi stati fiscalmente imputati alle partecipanti durante il regime di trasparenza, essendo poi distribuiti alle partecipanti in costanza di regime di trasparenza, oppure dopo che tale regime sia terminato.

⁽⁶⁴⁶⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2159.

⁽⁶⁴⁷⁾ Per realizzare queste finalità, il comma 6 dell'art. 8 d.m. 23 aprile 2004 prevede che la società partecipata fornisca nella dichiarazione dei redditi separata indicazione degli ammontari delle riserve esistenti presso di sé, delle distribuzioni intervenute e del loro impiego per altre finalità (ad esempio per la copertura di perdite), nonché l'ammontare dei redditi tassati presso i soci per trasparenza durante i periodi in cui ha avuto efficacia l'opzione.

⁽⁶⁴⁸⁾ Osserva G. FERRANTI, *Gli utili distribuiti da società nel regime della trasparenza*, cit., pag. 434 che questa l'impostazione accolta dal d.m. 23 aprile 2004 genera perplessità, in quanto i detti componenti negativi sono dedotti extracontabilmente dalla società trasparente, la quale, però, non è più assoggettata direttamente ad imposizione ai fini dell'IRES e, pertanto, non dovrebbe contabilizzare più le imposte differite attive e passive e quelle anticipate ed eliminare i fondi e le attività già iscritti al riguardo nel proprio bilancio, salvo darne adeguata informazione in nota integrativa. Al riguardo, si ritiene che la menzionata precisazione possa trovare giustificazione soltanto con riferimento ai casi in cui il probabile mancato rinnovo dell'opzione alla scadenza possa eventualmente motivare lo stanziamento delle imposte differite corrispondenti alle variazioni che oltrepassano la durata del regime in corso. Cfr. anche G. BERARDO, V. DULCAMARE, *I riflessi contabili dell'opzione per la trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 3525; C. MEZZETTI, *La trasparenza "pesa" i tributi*, in *Il Sole-24 Ore* del 10 dicembre 2004; L. GAIANI, *La trasparenza entra nei bilanci*, in *Il Sole-24 Ore* del 4 gennaio 2005.

⁽⁶⁴⁹⁾ D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti"*, cit., pag. 1708.

Dal momento che l’esonero da tassazione degli utili distribuiti è possibile solo relativamente ai redditi prodotti durante il periodo di vigenza dell’opzione, risulta che l’applicazione del regime di trasparenza non può influire sul regime delle riserve formate con utili di esercizi precedenti a quelli di applicazione del regime in questione. Il comma 5 dell’articolo 115 t.u.i.r. (e l’art. 8, comma 2, d.m. 23 aprile 2004) stabilisce, pertanto, che l’esercizio dell’opzione non influenza in alcun modo il trattamento fiscale delle riserve formate con utili di esercizi precedenti a quelli di applicazione del regime di trasparenza. Pertanto, le distribuzioni di riserve che si sono formate anteriormente mantengono il regime ordinario, cioè quello che avrebbero subito in assenza dell’opzione. Le somme distribuite attingendo da tali riserve sono tassate o meno in capo al socio ⁽⁶⁵⁰⁾ a seconda che le stesse siano formate da utili ⁽⁶⁵¹⁾ o, al contrario, abbiano natura di riserve di capitale ⁽⁶⁵²⁾, cioè siano riserve costituite con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti fatti dagli stessi soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta. Per le riserve di utili opera così l’art. 89 t.u.i.r. e la relativa esclusione da imposizione nella misura del 95 per cento, mentre la distribuzione, durante la vita della società, delle riserve di capitale di cui all’art. 47, comma 5, costituisce in linea di principio vicenda

⁽⁶⁵⁰⁾ Questa regola vale sia per coloro che sono soci al momento di esercizio dell’opzione, ma anche per coloro che subentrano ai soci originari durante il periodo di vigenza dell’opzione, sia per le distribuzioni di riserve successivamente alla scadenza dell’opzione.

⁽⁶⁵¹⁾ Si tratta dell’ordinario regime di tassazione dei dividendi in capo a soggetti IRES previsto dall’art. 89 t.u.i.r. secondo cui “*Gli utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, anche nei casi di cui all’articolo 47, comma 7, dalle società ed enti di cui all’articolo 73, comma 1, lettere a), b) e c) non concorrono a formare il reddito dell’esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o dell’ente ricevente per il 95 per cento del loro ammontare*”.

⁽⁶⁵²⁾ Si tratta del regime previsto dall’art. 86, comma 5-bis, t.u.i.r. secondo cui “*Nelle ipotesi dell’articolo 47, commi 5 e 7, costituiscono plusvalenze le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni*”. Per quanto qui di interesse si ricorda che l’art. 47, comma 5, t.u.i.r. dispone che “*Non costituiscono utili le somme e i beni ricevuti dai soci delle società soggette all’imposta sul reddito delle società a titolo di ripartizione di riserve o altri fondi costituiti con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta; tuttavia le somme o il valore normale dei beni ricevuti riducono il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute*”.

Le disposizioni menzionate prevedono l’applicazione del regime delle plusvalenze anche alle somme e ai beni ricevuti dai soci delle società soggette all’IRES a titolo di ripartizione di determinate riserve o fondi, qualora le somme medesime o il valore normale dei beni ricevuti eccedano il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Le riserve o altri fondi distribuiti da soggetti IRES cui si applica la norma in esame sono quelli costituiti con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote, interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale, saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta. La distribuzione di tali riserve o fondi, come previsto dal medesimo comma 5 dell’art. 47, t.u.i.r., determina, *prima facie*, la riduzione del costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute. Nell’ipotesi in cui l’importo delle riserve distribuite ecceda il valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote, il citato art. 86, comma 5, t.u.i.r. stabilisce per i soggetti IRES, che, sulla eccedenza, si applichi il regime previsto per le plusvalenze. *Amplius* M. C. FREGNI, *I dividendi*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 151, nota 68.

CAPITOLO QUARTO

priva di valore fiscale. Tuttavia, se l'entità di tale attribuzione eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, questa eccedenza rileva alla stregua di una plusvalenza da realizzo, giusto quanto stabilito dall'art. 86, comma 5-*bis*, t.u.i.r. ⁽⁶⁵³⁾.

Opera, quindi, nell'ambito del regime di trasparenza un principio secondo cui la distribuzione di riserve è assoggettata alla disciplina applicabile nel momento in cui sono stati realizzati gli utili che le hanno formate: se formate con utili già tassati per trasparenza, la loro distribuzione è esente da tassazione, diversamente saranno applicabili gli ordinari regimi di tassazione ⁽⁶⁵⁴⁾.

Questo richiede allora di generare una stratificazione delle riserve di utili del patrimonio netto al fine di imputare le distribuzioni ⁽⁶⁵⁵⁾ e distinguere gli utili la cui percezione da parte del socio deve essere colpita da quelli che sono esclusi in quanto già imputati per trasparenza. L'applicazione delle regole ordinarie di tassazione impone inoltre di coordinare le regole valide in tema di trasparenza con le regole ordinarie e, in particolare, con la presunzione di cui all'ultimo periodo dell'art. 47, comma 1, t.u.i.r. secondo cui *“indipendentemente dalla delibera assembleare, si presumono prioritariamente distribuiti l'utile dell'esercizio e le riserve diverse da quelle del comma 5 per la quota di esse non accantonata in sospensione di imposta”* ovvero sia la presunzione di prioritaria distribuzione di riserve di utili tassati.

Nel sistema delineato dall'art. 115 t.u.i.r., il legislatore ha dovuto realizzare un duplice intervento:

- 1) stabilire una presunzione di distribuzione relativamente agli utili formati durante la vigenza del regime di trasparenza e;
- 2) coordinare tale presunzione con quella di cui all'art. 47, comma 1, t.u.i.r..

Risolve il primo problema il secondo periodo del comma 5 dell'art. 115 t.u.i.r. secondo cui *“durante i periodi di validità dell'opzione, salva una diversa esplicita volontà assembleare, si considerano prioritariamente distribuiti gli utili imputati ai soci ai sensi del comma 1”* e, nell'evenienza opposta di copertura di perdite, opera il medesimo criterio di priorità per cui *“si considerano prioritariamente utilizzati gli utili imputati ai soci ai sensi del comma 1”*.

Il legislatore introduce un'importante presunzione che può essere superata solo da una contraria volontà espressa dall'assemblea secondo cui si ritengono distribuiti prima gli utili o riserve di utili che sono stati tassati per trasparenza.

Risulta dal tenore letterale dell'art. 115, comma 5, terzo periodo, ed è chiarito dalla relazione illustrativa al d.lgs. n. 344 del 2003 (e dalla circolare n. 49 del 2004) che le due presunzioni stabilite nel medesimo comma hanno un differente regime giuridico ⁽⁶⁵⁶⁾:

- a) relativa quella in base alla quale si considerano distribuiti prioritariamente gli utili imputati ai soci per trasparenza;

⁽⁶⁵³⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1177 e 1170 ove precisa che anche la distribuzione di tali utili incide sul costo fiscale della partecipazione ai sensi dell'art. 115, comma 12, t.u.i.r..

⁽⁶⁵⁴⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 530.

⁽⁶⁵⁵⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 695

⁽⁶⁵⁶⁾ Entrambe si assumono valide sia nei periodi d'imposta di vigenza dell'opzione, sia nei periodi successivi in cui l'opzione non risulta più valida per mancato rinnovo ovvero per perdita di efficacia dell'opzione stessa.

b) assoluta quella in base alla quale, in caso di perdite, si considerano prioritariamente utilizzati gli utili imputati ai soci per trasparenza.

Il legislatore sancisce così la regola del prioritario utilizzo degli utili prodotti durante il periodo di trasparenza riducendo quella discrasia tra reddito imputato e reddito distribuito che connota il regime di trasparenza. Dall’impianto dell’istituto della trasparenza, deriva l’intenzione del legislatore di favorire l’apprensione da parte dei soci di quanto già imputato per trasparenza, così anche da contenere il rischio che i soci di maggioranza, oltre a esercitare l’opzione, sistematicamente deliberino la distribuzione di utili formatesi anteriormente all’applicazione del regime di trasparenza (rischio che, comunque, permane in quanto è salva una diversa espressa volontà assembleare – si individua così uno degli ulteriori aspetti che l’accordo tra i soci in sede di esercizio dell’opzione è opportuno regoli).

Questa impostazione risulta favorevole al contribuente nell’ipotesi della presunzione di prioritaria distribuzione degli utili imputati ai soci per trasparenza: i soci avrebbero preferito utilizzare utili formatesi prima dell’esercizio dell’opzione che, in sede di distribuzione, scontano il regime di parziale tassazione di cui all’art. 89 t.u.i.r. ⁽⁶⁵⁷⁾.

Le due presunzioni appaiono in sé condivisibili e coerenti con la logica dell’istituto, tuttavia, questo non è sufficiente a spiegare la natura relativa della prima e la natura assoluta della seconda. Si tratta di una distinzione che ha suscitato perplessità in dottrina ⁽⁶⁵⁸⁾ e che pare potersi spiegare solo con motivi di cautela fiscale.

La presunzione di prioritaria distribuzione di utili formatesi durante il regime di trasparenza è stata poi coordinata con la presunzione di cui all’art. 47, comma 1, t.u.i.r. secondo cui, indipendentemente da una delibera assembleare, si presumono prioritariamente distribuiti l’utile di esercizio e le riserve che non hanno natura di riserve di capitale, per la quota di esse non accantonata in sospensione d’imposta. Vi provvede il comma 5 dell’articolo 8, d.m. 23 aprile 2004. Questo stabilisce che se è decisa con delibera assembleare la distribuzione di riserve di capitale, la disposizione di cui all’articolo 47, comma 1, t.u.i.r. si applica solo con riguardo alle riserve di utili formatesi in periodi d’imposta in cui non è stata efficace la trasparenza ⁽⁶⁵⁹⁾.

⁽⁶⁵⁷⁾ Tale risultato non è considerato abnorme in quanto ogni copertura di perdite comporta l’eliminazione della doppia imposizione se l’utile non viene distribuito. Così E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 531.

⁽⁶⁵⁸⁾ Osserva E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 531 che tale distinzione non è del tutto condivisibile in quanto il solo dato letterale (la differente formulazione normativa delle due ipotesi ove solo nella prima delle quali risulta che l’assemblea possa esplicitare l’intenzione di utilizzare le riserve formate con utili *ante* trasparenza) non lascia trasparire la struttura di una presunzione assoluta. La semplice mancata previsione, al terzo periodo del comma 5 dell’art. 115 t.u.i.r., di una delibera assembleare contraria non è ancora sufficiente a demarcare sicuramente il carattere. L’AUTORE osserva che la situazione che si viene a realizzare mediante l’utilizzo prevalente degli utili trasparenti nella copertura delle perdite non è dissimile da altre legittimate dal sistema pertanto si dovrebbe ritenere che entrambe le presunzioni siano vincibili per mezzo di una delibera assembleare.

⁽⁶⁵⁹⁾ La disposizione recata dal comma 5 dell’articolo 8, d.m. 23 aprile 2004, che sancisce l’applicabilità della presunzione *ex* articolo 47, comma 1, t.u.i.r., soltanto alle riserve costituite con utili realizzati in periodi d’imposta diversi da quelli di vigenza dell’opzione, si applica anche nell’ipotesi in cui la distribuzione avvenga successivamente ai periodi di efficacia dell’opzione e

CAPITOLO QUARTO

In definitiva, le regole di distribuzione degli utili delineate dall'art. 115 t.u.i.r. e dal d.m. 23 aprile 2008 considerano gli utili accumulatisi nei periodi di tassazione per trasparenza quale una massa a regime autonomo che non interferisce con la disciplina fiscale stabilita dall'art. 89 t.u.i.r., in caso di distribuzione di riserve costituite con utili di esercizi anteriori, ovvero di distribuzione delle riserve di capitale⁽⁶⁶⁰⁾. Detta massa, salvo diversa volontà assembleare, si presume sempre distribuita per prima, anche se gli utili e le riserve che la compongono siano distribuiti in periodi diversi da quelli in cui operò l'opzione per trasparenza. Se la volontà assembleare è nel senso di escludere la distribuzione della massa in esame, tornano ad operare le regole generali relative all'identificazione di quale parte del capitale netto della società si consideri distribuita ai fini tributari⁽⁶⁶¹⁾. Per l'eventualità che siano distribuite, per esplicita volontà assembleare, riserve di capitale, la volontà assembleare viene recepita in sede tributaria solamente qualora le uniche riserve di utili esistenti appartengano alla massa degli utili derivanti dalla tassazione del reddito per trasparenza. Infatti, in questa ipotesi, la volontà di distribuire le riserve di capitale supera la presunzione (semplice) di prioritaria distribuzione della massa predetta. Qualora, al contrario, vi siano riserve di utili non appartenenti a tale massa, formati in periodi per i quali non operò la tassazione per trasparenza (anteriori o successivi), si tornerà ad applicare la presunzione assoluta di prioritaria distribuzione delle riserve di utili e non di capitale.

19.2.5. – L'imputazione del reddito della società partecipata: le perdite della società partecipata.

L'applicazione del regime di trasparenza comporta l'imputazione per trasparenza del risultato dell'attività svolta dalla partecipata, sia esso di segno positivo, sia esso di segno negativo⁽⁶⁶²⁾. Pertanto, nei casi in cui la partecipata ha perdite, la trasparenza fiscale si risolve in un meccanismo che consente il trasferimento delle stesse. In particolare se la partecipata ha perdite e le partecipanti hanno utili, si verifica una compensazione di perdite ed utili simile a quella del consolidato, in quanto ogni partecipante può vedersi riconosciute *pro quota* le perdite fiscali della partecipata, che, quindi, sono interamente trasferite alle partecipanti. Infine, nel caso in cui sia la partecipata che la partecipante hanno

anche se i soci a favore dei quali la distribuzione è effettuata sono diversi da quelli cui è stato imputato il reddito per trasparenza, a condizione che gli stessi rientrino tra i soggetti di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 1, d.m. 23 aprile 2004.

⁽⁶⁶⁰⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2158 secondo cui la massa di utili formati in costanza di tassazione per trasparenza esprime una propria individualità fiscale, quali che siano le parti ideali del capitale netto che in concreto l'accolgono (riserva legale, riserva straordinaria, capitale sociale, qualora vi siano stati aumenti gratuiti di capitale con prelievo da riserve alimentate da detti utili, etc.).

⁽⁶⁶¹⁾ In tale prospettiva, si assumeranno distribuite per prime sempre le riserve di utili (diverse da quelle formatesi con utili tassati per trasparenza, nonché da quelle in sospensione d'imposta), attesa la presunzione assoluta posta dall'art. 47, comma 1, t.u.i.r..

⁽⁶⁶²⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 534; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 208; L. MIELE, *Perdite in primo piano nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 503.

perdite, la trasparenza può consentire una ottimizzazione del riporto in avanti in capo alle partecipanti delle perdite ad esse trasferite dalla partecipata ⁽⁶⁶³⁾.

L’imputazione delle perdite segue regole analoghe a quelle osservate circa il regime di ripartizione degli utili. Occorre, infatti, anche relativamente alle perdite, distinguere tra:

- 1) perdite pregresse della partecipata e;
- 2) perdite della partecipata formatesi durante il periodo di trasparenza.

Nel caso di utili, si ricorda che quelli relativi a periodi precedenti all’esercizio dell’opzione scontano, in sede di distribuzione, la tassazione nei modi ordinari, quelli relativi a periodi di vigenza dell’opzione sono detassati in quanto relativi a utili imputati per trasparenza. Simmetricamente, consegue che le eventuali perdite della società partecipata relative a esercizi precedenti a quello di opzione riducono il reddito formatosi in capo alla predetta società nel periodo di trasparenza secondo le ordinarie regole del riporto previste dal t.u.i.r.. Il reddito (positivo) imputabile ai soci è dunque quello che residua. Le perdite prodotte dalla partecipata prima dell’inizio del periodo di trasparenza non potranno, quindi, mai essere attribuite ai soci conservando rilevanza fiscale solo presso la società trasparente. Questa regola appare coerente con l’effetto tipico della trasparenza che legittima la trasmissione delle perdite solo per il periodo di applicazione di tale meccanismo di imputazione, senza per questo costituire uno strumento per il recupero delle perdite accumulate dalla partecipata in periodi precedenti ⁽⁶⁶⁴⁾. Tuttavia, si deve osservare che, come precisato dall’art. 7, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, le perdite in esame conservano rilevanza fiscale in capo alla stessa società che le ha prodotte che potrà utilizzarle direttamente computandole in diminuzione del reddito prodotto negli esercizi successivi e imputato per trasparenza ai soci, secondo le ordinarie modalità stabilite dall’art. 84 t.u.i.r..

Diversamente, quale natura conseguenza dell’applicazione del regime di trasparenza, le perdite formatesi durante il periodo di vigenza dell’opzione saranno imputate ai soci. Ai sensi dell’art. 115, comma 3, t.u.i.r e dall’art. 7, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, dette perdite saranno imputate ai soci:

- a) in proporzione alle rispettive quote di partecipazione ed;
- b) entro il limite delle rispettive quote del patrimonio netto contabile della società partecipata risultanti prima della copertura della perdita.

La specificazione *sub a)* è resa necessaria dalla previsione di cui all’art. 2348, comma 2, cod. civ. secondo cui si possono creare categorie di azioni fornite di diritti diversi anche per quanto concerne l’incidenza della perdite ⁽⁶⁶⁵⁾. La norma di cui all’art. 7, d.m. 23 aprile 2004, risulta così necessaria per attribuire rilevanza fiscale all’assetto societario prescelto dalle parti. Potendo accadere sul piano del diritto commerciale che la percentuale di partecipazione agli utili della partecipata non coincida con la percentuale di partecipazione alle perdite prodotte dalla stessa società, di tale differenza dovrà tenersi conto in sede di imputazione del reddito della società. L’art. 2348 cod. civ. riserva la creazione di azioni fornite di diritti diversi allo statuto o a successive modificazioni dello stesso, sicché lo

⁽⁶⁶³⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1179.

⁽⁶⁶⁴⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 533; B. IZZO, L. MIELE, *Ripporto delle perdite eccedenti e irrilevanza degli utili distribuiti nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1623.

⁽⁶⁶⁵⁾ C. FORMICA, *Le novità della disciplina azionaria*, cit., pag. 161.

CAPITOLO QUARTO

stesso statuto dovrà valere quale elemento cui la società e i soci dovranno riferirsi per giustificare le differenti imputazioni.

La specificazione *sub b)*, secondo cui la perdita imputata per trasparenza non può eccedere la quota di patrimonio netto della partecipata attribuibile alla società socia sulla base delle quote di partecipazione, replica quanto già sancito per i soci accomandanti dall'art. 8, comma 2, t.u.i.r.. Quest'ultima disposizione prevede, in generale, che le perdite delle società di cui all'art. 5 t.u.i.r. siano imputate a ciascun socio in proporzione alla quota di partecipazione, ma che per le perdite delle società in accomandita semplice che eccedono l'ammontare del capitale sociale, tale regola si applichi nei soli confronti dei soci accomandatari. Questa precisazione consente di adeguare il regime fiscale di imputazione delle perdite al regime civile di responsabilità per le obbligazioni sociali⁽⁶⁶⁶⁾: i soggetti che, secondo le regole del diritto commerciale, rispondono limitatamente nei confronti dei creditori sociali hanno una speculare limitata imputabilità delle perdite fiscali. Nell'applicazione del regime di trasparenza alle società di capitali, il legislatore ha opportunamente previsto l'applicazione dello stesso principio estendendolo, tuttavia, all'intera compagine sociale in quanto tutti i soci rispondono esclusivamente nei limiti del patrimonio netto⁽⁶⁶⁷⁾.

Alla luce delle disposizioni esaminate consegue che saranno attribuite ai soci perdite fiscali in base alla minore fra la percentuale di partecipazione alle perdite e quella di partecipazione al riparto del capitale netto contabile in sede di liquidazione e scioglimento della società.

Potrà allora verificarsi che la perdita della società non trovi intera collocazione in caso ai soci. Lo stesso art. 7, comma 2, d.m. 23 aprile 2004 prevede, per tale evenienza, che le perdite eccedenti siano fruibili dalla società stessa in diminuzione del proprio reddito. L'articolo da ultimo menzionato, infatti, riconosce che le perdite eccedenti il limite della quota siano utilizzabili dalla società partecipata⁽⁶⁶⁸⁾. Pertanto, vi saranno perdite della partecipata utilizzabili o riportabili per i soci⁽⁶⁶⁹⁾ e perdite da indicare nella dichiarazione della società partecipata da questa utilizzabili, ad esempio, in diminuzione di futuri redditi da

⁽⁶⁶⁶⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 208; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 534.

⁽⁶⁶⁷⁾ Opportunamente, l'art. 7, comma 2, d.m. 23 aprile 2004 prevede che si debba prendere a riferimento il patrimonio netto contabile alla data di chiusura del periodo d'imposta della società partecipata determinato senza tenere conto della perdita dell'esercizio e considerando i conferimenti in denaro e in natura effettuati entro la data di approvazione del bilancio.

⁽⁶⁶⁸⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 138; S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4829.

⁽⁶⁶⁹⁾ L'imputazione delle perdite della società partecipata alle società partecipanti ha effetti sul costo fiscale della partecipazione. Si ricorda, infatti, che l'art. 115, comma 2, t.u.i.r. stabilisce che *"per le partecipazioni in società indicate nel comma 1 il relativo costo è aumentato o diminuito, rispettivamente, dei redditi e delle perdite imputati ai soci ed è altresì diminuito, fino a concorrenza dei redditi imputati, degli utili distribuiti ai soci"*. Dall'imputazione delle perdite consegue che la società partecipante deve diminuire il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni nella partecipata in misura pari alle perdite della partecipata imputate. Le perdite della partecipata formatesi in regime di trasparenza determinano automaticamente una riduzione per la partecipante del valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni nella partecipata.

imputarsi in esercizi successivi per trasparenza tramite un adeguato sistema di memorizzazione ⁽⁶⁷⁰⁾ ⁽⁶⁷¹⁾.

19.2.6. – La determinazione del reddito della società partecipante: il problema delle perdite pregresse della società partecipante.

Per effetto dell’applicazione del regime di tassazione per trasparenza, la società partecipante procede ad apportare una variazione in aumento o in diminuzione del proprio reddito di impresa pari al reddito della società partecipata a lei imputato per trasparenza. In particolare, le società partecipanti potranno utilizzare ai fini della determinazione del proprio reddito imponibile non solo le proprie perdite, ma anche le perdite della società partecipata imputate loro per trasparenza.

Il legislatore, con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 si è assicurato che, in capo alla partecipante, le perdite sue proprie e le perdite imputate per trasparenza costituiscano due masse distinte e separate.

Inizialmente era previsto che, in caso di esercizio dell’opzione per il regime fiscale della trasparenza, le società partecipanti avessero la possibilità di utilizzare le perdite pregresse sia per compensare i propri redditi che per compensare i redditi imputati per trasparenza dalla società partecipata. Il legislatore non aveva inserito nella trasparenza i vincoli previsti per la tassazione di gruppo, permettendo a ciascun socio di compensare con le proprie perdite, anche pregresse, la quota di reddito imputata dalla società partecipata trasparente. Diversamente, nel regime del consolidato fiscale, il comma 2 dell’art. 118 t.u.i.r. stabilisce che le perdite fiscali relative agli esercizi anteriori all’inizio della tassazione di gruppo possono essere utilizzate soltanto per compensare i redditi prodotti dalla stessa società cui si riferiscono. Successivamente, l’art. 36, comma 9, d.l. n. 223 del 2006 ha modificato il comma 3 dell’art. 115 t.u.i.r. aggiungendo alla fine il seguente periodo: “*le perdite fiscali dei soci relative agli esercizi anteriori all’inizio della tassazione per trasparenza non possono essere utilizzate per compensare i redditi imputati dalle società partecipate*”.

La *ratio* sottesa alla limitazione operata all’utilizzo delle perdite fiscali anteriori all’inizio della tassazione per trasparenza va ricercata, come si legge nella relazione di accompagnamento al decreto legge in esame, nell’esigenza di creare una disciplina omogenea rispetto a “quanto previsto per il regime delle

⁽⁶⁷⁰⁾ V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 138

⁽⁶⁷¹⁾ Osserva V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 138 che la disciplina delle perdite espone l’istituto di cui all’art. 115 t.u.i.r. ad un ulteriore profilo di incompatibilità con il diritto comunitario. Ai sensi dell’art. 115, comma 2, t.u.i.r. non possono aderire al regime di trasparenza le società non residenti prive di una stabile organizzazione in Italia. Questa esclusione dovrebbe avere come conseguenza la non utilizzabilità, per trasparenza, delle perdite realizzate dalle stesse società estere ove esse siano partecipate da società residenti in Italia. Se così fosse, però, alla luce del divieto di svalutazione della partecipazione, la perdita perderebbe qualsiasi rilevanza reddituale per il socio; sembra, al riguardo, evidente un possibile contrasto con i principi comunitari dal momento che in ragione della residenza (italiana) verrebbe attribuito un diritto ad un vantaggio (quello della utilizzabilità delle perdite attraverso l’istituto della trasparenza) escluso con riguardo ad un soggetto residente in altro Stato comunitario per la semplice assenza di una stabile organizzazione nello Stato, quello italiano, che dovrebbe riconoscere la perdita fiscale.

CAPITOLO QUARTO

perdite adottato nel consolidato fiscale". Nell'ordinamento fiscale attuale, infatti, "a differenza di quanto avviene nel consolidato, di cui la trasparenza costituisce una sorta di surrogato, la società partecipante, che ha esercitato l'opzione per la trasparenza ha possibilità di utilizzare le perdite pregresse sia per compensare i propri redditi che per compensare i redditi che le vengono imputati per trasparenza dalle società partecipate". La richiamata modifica, dunque, eviterebbe "il verificarsi di fenomeni di pianificazione fiscale consistenti nel ridurre le partecipazioni detenute dal socio per poter accedere alla tassazione per trasparenza anziché al consolidato fiscale, riuscendo così a compensare le perdite pregresse maturate dallo stesso con i redditi delle partecipate, aggirando il disposto dell'articolo 118, comma 2, del TUIR". In effetti, uno dei motivi di ordine logico sistematico che aveva indotto in origine il legislatore ad accordare alle società socie l'utilizzo delle perdite pregresse a compensazione dei redditi a esse imputati per trasparenza ai sensi delle disposizioni in questione nasceva dall'opportunità di estendere al regime della trasparenza le stesse regole valevoli per l'imputazione a tassazione per trasparenza dei redditi delle società di persone, tra le quali quella per cui che la società può utilizzare le sue perdite pregresse anche a compensazione di questi redditi. Per effetto, dunque, delle modifiche in questione apportate all'art. 115 t.u.i.r., questo regime di trasparenza viene a differenziarsi da quello valevole per la partecipazione in società di persone.

Quanto all'aspetto applicativo di questa nuova previsione, essa naturalmente non impedisce in modo assoluto alle società partecipanti il riporto delle perdite pregresse, ma semplicemente impedisce la compensazione di tali perdite con i redditi della società partecipata a esse imputati *pro quota* in base al regime di trasparenza. Cosicché se, ad esempio, nell'esercizio in cui avviene tale imputazione, la società socia titolare delle perdite pregresse consegua altri redditi di sua diretta produzione, non v'è dubbio che le anzidette perdite possono essere compensate con tali redditi. E analogamente, se le perdite superano l'entità di tali redditi, esse potranno continuare a essere riportate a nuovo sui redditi propri della società dei successivi esercizi fino al quinto ⁽⁶⁷²⁾.

Il legislatore ha così ulteriormente ribadito la necessaria simmetria tra trasparenza e consolidato. La modifica contrasta fenomeni di pianificazione fiscale consistenti nel ridurre le partecipazioni detenute in una società al fine di accedere alla tassazione per trasparenza ed eludere il divieto di utilizzo di perdite pregresse contenuto nella disciplina del consolidato.

Ne consegue, quindi, che, durante il periodo di vigenza dell'opzione la società partecipante potrà sommare algebricamente, senza incontrare alcuna limitazione, utili e perdite da lei realizzate con gli utili e le perdite a lei imputate per trasparenza, senza utilizzare eventuali proprie perdite pregresse. Costituisce questa un'evidente limitazione all'esercizio dell'opzione per la trasparenza. Consegue, infatti, che le perdite prodotte prima dell'esercizio dell'opzione rischiano di essere perse dalla società che le ha prodotte ⁽⁶⁷³⁾.

⁽⁶⁷²⁾ Circolare Assonime 31 maggio 2007, n. 31; M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2155.

⁽⁶⁷³⁾ Sulla corrispondente disposizione in materia di consolidato cfr. G. VISENTINI, F. MARCHETTI, G. MELIS, *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*, cit. pag. 52.

19.2.7. – Il riallineamento dei valori patrimoniali della società partecipata ad opera delle società partecipanti.

L’articolo 115 t.u.i.r., al comma 11, dispone che “*il socio ridetermina il reddito imponibile oggetto di imputazione rettificando i valori patrimoniali della società partecipata secondo le modalità previste dall’articolo 128, fino a concorrenza delle svalutazioni determinatesi per effetto di rettifiche di valore ed accantonamenti fiscalmente non riconosciuti, al netto delle rivalutazioni assoggettate a tassazione, dedotte dal socio medesimo nel periodo d’imposta antecedente a quello dal quale ha effetto l’opzione di cui al comma 4 e nei nove precedenti*”. Come precisato nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto delegato, la disposizione in esame è finalizzata ad evitare che “*gli stessi costi concorrano più volte alla riduzione del reddito imponibile dapprima indirettamente tramite le svalutazioni delle partecipazioni operate a fronte di rettifiche di valore e di accantonamenti a fondi rischi non deducibili effettuati dalla società controllata e tali da ridurre il proprio patrimonio contabile (...) e poi, all’atto dell’utilizzo dei fondi, mediante la conseguente variazione in diminuzione*”. Sarebbe, infatti, altrimenti potuto accadere che, per effetto di svalutazioni fiscalmente dedotte dal socio (quando tale svalutazione era consentita) il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione fosse minore del valore fiscale riconosciuto della corrispondente quota di patrimonio netto contabile della società. In questo caso, per effetto dell’imputazione per trasparenza, il socio avrebbe potuto fruire due volte della riduzione del reddito imponibile a fronte degli stessi costi della partecipata, e cioè sia indirettamente tramite la svalutazione operata a seguito degli accantonamenti a fondi rischi indeducibili della partecipata, sia direttamente tramite l’imputazione per trasparenza di un reddito ridotto dalla variazione in diminuzione operata all’atto dell’utilizzo del fondo⁽⁶⁷⁴⁾.

Il riallineamento dei valori previsto nella disciplina della trasparenza fiscale, in caso di precedenti svalutazioni operate dalle partecipanti, è richiesto anche per il regime del consolidato. Vi è tuttavia una diversità nella natura dei due regimi di tassazione e dei relativi presupposti tale da comportare che, per il caso della trasparenza, si rendesse necessario prevedere non solo il riallineamento del valore fiscalmente riconosciuto del patrimonio della partecipata, ma anche alla rettifica del reddito imputato per trasparenza al socio, da apportare sulla base di tale riallineamento.

Il riallineamento dei valori scaturisce dal fatto che il socio abbia svalutato le partecipazioni nella società trasparente a condizione che

- tale svalutazione, nei dieci periodi d’imposta antecedenti il regime della trasparenza, non sia stata “sterilizzata” da una corrispondente rivalutazione tassata;
- la svalutazione sia derivata da accantonamenti e rettifiche di valore, operati dalla società partecipata, non dedotti fiscalmente, che abbiano determinato o incrementato una perdita di bilancio;

⁽⁶⁷⁴⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1515.

CAPITOLO QUARTO

- gli accantonamenti e rettifiche siano scaturiti da oneri solo temporaneamente indeducibili, e non in via definitiva ⁽⁶⁷⁵⁾.

Al verificarsi di tutte le condizioni sopra indicate, la società partecipante deve rideterminare ⁽⁶⁷⁶⁾ la propria quota di reddito imputato per trasparenza, aggiungendo a quello proveniente dalla società partecipata anche il maggior imponibile che deriva dal riallineamento dei suoi valori patrimoniali.

Come evidenziato dalla circolare n. 49 del 2004, il meccanismo applicativo del riallineamento è tale da non produrre degli automatici effetti reddituali. Questi si producono, infatti, soltanto nel caso in cui si verifichi il presupposto del doppio beneficio in capo alla partecipante. Ne consegue che il riallineamento effettuato ai sensi della norma in esame può, di fatto, non incidere sul reddito oggetto di imputazione ai soci se non si verificano le condizioni di deducibilità, in capo alla partecipata, delle rettifiche di valore e degli accantonamenti dalla stessa effettuati (e che hanno generato il disallineamento) o se queste si verificano in un periodo d'imposta in cui non è più efficace l'opzione per la trasparenza.

Considerata l'ineducibilità delle svalutazioni operate a decorrere dalla data di entrata in vigore della riforma, di fatto, la valenza applicativa della disposizione in esame andrà affievolendosi nel tempo, pertanto, la disposizione contenuta nel comma 11 dell'articolo 115 assume carattere transitorio, non trovando più applicazione per coloro che vorranno optare per la tassazione per trasparenza nel periodo d'imposta 2014. Coerentemente, nell'ipotesi di rinnovo dell'opzione, il

⁽⁶⁷⁵⁾ P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 194.

⁽⁶⁷⁶⁾ Sulle modalità operative attraverso cui procedere al riallineamento M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2159; B. IZZO, *Costo fiscale della partecipazione nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 918; P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 195 che chiariscono che, una volta individuate le svalutazioni rilevanti, al netto delle rivalutazioni, il riallineamento va determinato da ciascun socio per la parte corrispondente alla propria quota, provvedendo a rettificare in aumento il reddito imputato per trasparenza attraverso la riduzione dei componenti negativi della società trasparente e l'incremento dei componenti positivi in relazione agli elementi dell'attivo patrimoniale e dei fondi di accantonamento del passivo patrimoniale e dei fondi di accantonamento del passivo patrimoniale della società partecipata che presentano un valore fiscale che diverge da quello contabile. A tale scopo, l'importo da assumere ai fini delle rettifiche da operare è costituito dal minore tra l'ammontare delle svalutazioni rilevanti e quello delle rettifiche di valore e dei fondi di accantonamento non riconosciuti fiscalmente. Conseguentemente, il riallineamento è effettuato fino a concorrenza delle svalutazioni dedotte (al netto delle rivalutazioni), qualora queste ultime siano inferiori o pari alla misura da riallineare. Qualora, invece, l'ammontare svalutato da prendere in considerazione ai fini dell'applicazione del riallineamento dovesse risultare superiore al riallineamento, quest'ultimo non può che essere determinato nella misura corrispondente. Sono da prendere in considerazione i disallineamenti presenti nel patrimonio della società trasparente relativo al periodo d'imposta precedente a quello di inizio del regime di trasparenza. La disposizione si applica se il valore fiscale degli elementi dell'attivo ed i fondi di accantonamento è, rispettivamente, superiore ed inferiore a quello contabile. Quanto al calcolo del riallineamento, il socio ripartisce l'importo da assumere a base della rettifica su ciascuno degli elementi dell'attivo e del passivo nei 10 periodi d'imposta antecedenti quello di opzione per la trasparenza. A ciò provvede rettificando in diminuzione il valore fiscale degli elementi dell'attivo ed in aumento quello dei fondi di accantonamento, fino al riassorbimento delle differenze fra valori fiscali e di librori dei predetti elementi e fondi. La ripartizione di detto importo è effettuata in base al rapporto tra la differenza del valore fiscale rispetto a quello contabile relativo a ciascun elemento o fondo e l'ammontare complessivo delle differenze relative a tutti gli elementi.

periodo decennale di osservazione sarà un periodo mobile, che muterà con il trascorrere del periodo di validità dell’opzione⁽⁶⁷⁷⁾.

19.3.8. – Gli obblighi contabili delle società coinvolte ed il problema della fiscalità differita.

Occorre ora analizzare quali sono gli effetti dell’imputazione dal punto di vista contabile. Come chiarito, negli esercizi in cui è operante l’opzione per la trasparenza la società partecipata, potrà chiudere il bilancio con un risultato d’esercizio positivo (utile d’esercizio) o negativo (perdita d’esercizio).

In entrambe le ipotesi, successivamente a tali adempimenti, la società partecipata non dovrà provvedere ad alcun adempimento, in particolare, al momento dell’imputazione alle società partecipanti della loro quota di reddito, non sarà necessario provvedere ad alcuna annotazione contabile, in quanto il trasferimento riguarda una quota di reddito complessivo, e non già una quota di imposte sul reddito⁽⁶⁷⁸⁾. Tali imposte, per effetto del trasferimento per trasparenza del reddito complessivo, non vengono calcolate in capo alla società partecipata e non incidono sul reddito della medesima società: perciò, le imposte sul reddito non possono essere contabilizzate dalla società stessa, bensì vanno ad incidere sul reddito delle società partecipanti. Atteso che i soci non vengono così a pagare imposte della società trasparente, ma imposte proprie, si deve anche escludere che la partecipata debba rilevare in bilancio un debito verso i soci per fornire la provvista necessaria al pagamento delle imposte che questi debbono assolvere, salvo che non venga prevista l’assunzione di tale obbligo⁽⁶⁷⁹⁾.

Questa situazione deve esclusivamente essere illustrata nella nota integrativa del bilancio della società partecipata, spiegando la presenza dell’opzione e le sue conseguenze sul carico fiscale della società stessa. Inoltre, nei conti d’ordine della

⁽⁶⁷⁷⁾ Si consideri, ad esempio, che i soggetti con esercizio coincidente con l’anno solare, che hanno esercitato l’opzione nel 2004, dovranno verificare la natura delle svalutazioni dedotte tra il 1994 al 2003. Se, diversamente, decidono di esercitare l’opzione nel 2005, le svalutazioni da monitorare saranno quelle operate dal 1995 al 2003, e così via.

⁽⁶⁷⁸⁾ P. PISONI, F. BAVA, D. BUSSO, *Fiscalità differita e trasparenza fiscale: scritture contabili e informativa di bilancio*, cit., pag. 2840; ID., *La trasparenza fiscale tra società di capitali: norme, disposizioni applicative, modulistica ed iscrizione in bilancio*, cit., pag. 6453; M. CORVAJA, *Brevi cenni sui profili fiscali e contabili connessi al regime della trasparenza*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 6893; AA.VV., *Gli effetti della trasparenza fiscale sul bilancio di esercizio*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 41; F. DEZZANI, L. DEZZANI, *Circolare n. 49/E del 22 Novembre 2004: la trasparenza fiscale. Attribuzione di utile o di perdite*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 19; M. GIACONIA, *Riflessi IRES sui bilanci 2004*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 1151.

⁽⁶⁷⁹⁾ In questo caso, la società dovrà, invece, provvedere alle necessarie rilevazioni contabili. Osserva M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2147 che, per questa ipotesi, occorre distinguere il caso in cui l’obbligo della società partecipata sia o meno negozialmente regolato. In caso positivo, “*l’esborso determinerà comunque a carico della società un onere indeducibile trattandosi di provvista destinata a coprire imposte sul reddito, ancorché dovute all’Erario da altri. Per tale ragione, è fiscalmente indifferente, ..., ritenere che la provvista sia fornita mediante rilevazione dell’onere a Conto Economico o mediante apposita distribuzione di utili, assunta in relazione agli accordi intervenuti. ... In assenza di tale predefinito assetto, l’imposta sul reddito della società acquisito per trasparenza saranno invece necessariamente oneri d’esercizio del socio per la sua quota, reintegrabile se e nella misura in cui vi siano successive distribuzioni di dividendi, affidate all’ordinaria dinamica assembleare, con potenziali penalizzazioni per i soci finanziariamente più deboli*”.

CAPITOLO QUARTO

medesima società partecipata, dovrà essere rilevato l'impegno assunto dalla società, in relazione alla disposizione del comma 8 dell'art. 115 t.u.i.r. secondo cui "*la società partecipata è solidalmente responsabile con ciascun socio per l'imposta, le sanzioni e gli interessi conseguenti all'obbligo di imputazione del reddito*".

Il trasferimento del reddito della partecipata trasparente può, in caso di imputazione di un utile, determinare per la partecipante un aumento dell'imponibile o essere compensata, in tutto o in parte, con una perdita, mentre in caso di imputazione di una perdita, può compensare, in tutto o in parte, i redditi positivi della partecipante o incrementare una perdita. Ai fini della contabilità rilevante sul piano civilistico, le società partecipanti non devono procedere ad alcuna scrittura contabile, ad eccezione di quelle connesse all'obbligo di provvedere in via transitoria, al riallineamento del valore delle partecipazioni ed a quelle in caso di distribuzione di utili, per effetto del reddito trasferito per trasparenza, dal momento che tale reddito influenza il solo reddito complessivo della società partecipante sulla base del quale vengono calcolate le imposte dalla stessa dovuta. A fini civilistici, dovranno, quindi, esclusivamente essere rilevate le maggiori imposte dovute e pagate. Inoltre, anche nel bilancio della società partecipante, la nota integrativa dovrà dare conto ai lettori del bilancio della presenza dell'opzione e delle sue conseguenze sul reddito imponibile della società stessa.

Se, come chiarito, l'imputazione per trasparenza del reddito non richiede alcuna rilevazione contabile, questo non esclude che le società coinvolte debbano provvedere ad alcuni aggiustamenti. La trasparenza rende le società partecipanti debentrici verso l'Erario e solleva dal pagamento delle imposte dirette la società partecipata; questa circostanza ha riflessi sulla fiscalità differita⁽⁶⁸⁰⁾. In dettaglio, le società partecipanti dovranno rilevare nei propri bilanci *pro quota* le eventuali imposte differite esistenti nel bilancio d'esercizio della società al momento dell'esercizio dell'opzione. Al momento del passaggio al regime della trasparenza, la società partecipata, non più debitrice di imposta, deve annullare le poste patrimoniali relative alla fiscalità differita, evidenziando tale comportamento nel prospetto della fiscalità differita da riportare in nota integrativa in quanto tali poste non risulteranno più utilizzabili dalla stessa società. Le società partecipanti dovranno iscrivere nel proprio bilancio le medesime poste che potranno utilizzare negli esercizi durante i quali sarà operante il regime della trasparenza.

Negli esercizi in cui è operante il regime della trasparenza, quindi, l'eventuale fiscalità differita attiva e passiva relativa alla società partecipata non viene iscritta nel bilancio della società medesima, che non può utilizzarla, ma deve essere iscritta, *pro quota*, nel bilancio delle società partecipanti.

Al momento della cessione dell'opzione per la trasparenza, la società partecipata dovrà iscrivere nel proprio bilancio le poste di fiscalità differita esistenti nei bilanci delle partecipanti le quali provvederanno ad annullarli. Tale operazione richiede uno specifico regolamento negoziale attraverso cui regolare il riconoscimento da parte od a favore della società il cui reddito è stato tassato per trasparenza, di provviste finanziarie rappresentative delle imposte differite attive e

⁽⁶⁸⁰⁾ P. PISONI, F. BAVA, D. BUSSO, *Fiscalità differita e trasparenza fiscale: scritture contabili e informativa di bilancio*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 2838.

passive correlate, presso tale società, ai fondi anticipatamente tassati presso i soci o ad esborsi verso l’Erario per imposte posticipate ⁽⁶⁸¹⁾.

Sotto il profilo temporale, l’imputazione del reddito ai partecipanti avviene nei periodi di imposta dei partecipanti in corso alla data di chiusura dell’esercizio della società partecipata. Tale particolarità deriva dal fatto che, nel regime di trasparenza, in assenza di disposizioni analoghe a quelle previste per il regime di consolidato, l’opzione può essere esercitata anche se il periodo d’imposta della partecipata non coincida con quello delle società partecipanti. Se, quindi, l’imputazione del reddito per trasparenza non comporta particolari problemi qualora tutte le società coinvolte abbiano esercizi coincidenti con l’anno solare; diversamente, l’imputazione del reddito può verificarsi in corso d’anno, con la conseguenza che le imposte sul reddito prodotto dalla partecipata, dovute *pro quota* dalle partecipanti, potrebbero essere liquidate mesi dopo, in sede di dichiarazione dei redditi di ciascuna società socia ⁽⁶⁸²⁾.

20. – LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DELLA SOCIETÀ PARTECIPATA PER GLI OBBLIGHI TRIBUTARI DEI SOCI: LA RESIDUA SOGGETTIVITÀ DELLA SOCIETÀ PARTECIPATA.

Il comma 8 dell’articolo 115 t.u.i.r., in ossequio al principio dettato dalla legge delega n. 80 del 2003 all’art. 4, comma 1, lett. h), secondo il quale “*la società che esercita l’opzione garantisce con il proprio patrimonio l’adempimento degli obblighi tributari da parte dei soci*”, stabilisce che la società partecipata risponde solidalmente con ciascuna società partecipante per l’assolvimento degli obblighi tributari conseguenti all’obbligo di imputazione del reddito di partecipazione. Tale responsabilità va riferita “*all’imposta, sanzioni ed interessi conseguenti all’obbligo di imputazione del reddito*”.

Si tratta di una disposizione “innovativa” ⁽⁶⁸³⁾ rispetto al tradizionale regime di trasparenza delle società di persone che non prevede alcuna responsabilità della

⁽⁶⁸¹⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2148 secondo cui tale regolamento non può prescindere da un adeguato scambio di informazioni fra le parti una volta cessato il periodo di tassazione per trasparenza, circostanza che fa ritenere opportuno un corrispondente regolamento negoziale al riguardo.

⁽⁶⁸²⁾ Se i partecipanti hanno i rispettivi esercizi corrispondenti all’anno solare, mentre la partecipata ha il proprio, ad esempio, con scadenze 1° luglio – 30 giugno, i requisiti di partecipazione dovranno ricorrere dal 1° luglio dell’anno 0 della partecipata ed il reddito dell’esercizio 1° luglio anno 0 – 30 giugno anno 1 della partecipata sarà imputato ai partecipanti nel periodo di imposta 1° gennaio anno 1 – 31 dicembre anno 1. Il pagamento da parte dei soci delle imposte a saldo sul reddito alla cui determinazione ha concorso la quota di reddito che viene dalla società trasparente, avverrà nei termini valevoli per l’esercizio 1° gennaio anno 1 – 31 dicembre anno 1. Nel caso in cui taluno dei partecipanti avesse l’esercizio di durata 1° luglio – 30 giugno, mentre gli altri partecipanti avessero l’esercizio allineato all’anno solare, i requisiti partecipazione *ex art. 115, comma 1, t.u.i.r.*, dovranno risalire al 1° luglio anno 0 della partecipata, mentre il reddito 1° luglio anno 0 – 30 giugno anno 1 della partecipata sarà attribuito ai soci in forma differenziata ed, in particolare, all’esercizio 1° luglio anno 0 – 30 giugno anno 1 del partecipante con l’esercizio così configurato per la rispettiva quota; all’esercizio 1° gennaio anno 1 – 31 gennaio anno 1 dei partecipanti con esercizio allineato all’anno solare, per le restanti quote di reddito. Cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2147.

⁽⁶⁸³⁾ L’espressione è di L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1517.

CAPITOLO QUARTO

società partecipata. Di norma, nelle società di persone ⁽⁶⁸⁴⁾, quanto ai regimi di responsabilità si può, infatti, registrare una differenziazione tra:

- imposte per le quali opera la trasparenza: la società non ha alcuna responsabilità del debito tributario l'adempimento del quale spetta esclusivamente ai soci in proporzione alle rispettive quote di partecipazione, senza che si crei alcuna relazione solidale tra essi;
- imposte per le quali non opera la trasparenza: il debito di imposta grava sulla società, ma, per effetto della disciplina civilistica ⁽⁶⁸⁵⁾, esiste una corresponsabilità dei soci per il relativo pagamento. La responsabilità dei soci segue le regole previste per le differenti tipologie societarie ⁽⁶⁸⁶⁾.

L'unica eccezione a tale regola è quella prevista dall'art. 36, comma 3, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, che prevede, ai fini esclusivi del diritto tributario ed in deroga alla disciplina civilistica, una specifica ipotesi di solidarietà dei soci. L'articolo menzionato stabilisce, infatti, che *“i soci o associati, che hanno ricevuto nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione danaro o altri beni sociali in assegnazione dagli amministratori o hanno avuto in assegnazione beni sociali dai liquidatori durante il tempo della liquidazione, sono responsabili del pagamento delle imposte dovute dai soggetti di cui al primo comma [(687)] nei limiti del valore dei beni stessi, salvo le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile”*. Come chiarito in dottrina ⁽⁶⁸⁸⁾, si tratta di una fattispecie in cui la coobbligazione solidale non dipende dalla partecipazione al presupposto di imposta, ma persegue differenti fini. In particolare, persegue fini sanzionatori nella parte in cui punisce i liquidatori e gli amministratori qualora non provvedano all'obbligo di pagare le imposte del periodo di liquidazione, mentre persegue fini di cautela fiscale nella parte in cui rende responsabili del pagamento delle imposte dovute dalla società anche i soci. In entrambe queste ipotesi, liquidatori, amministratori e soci non sono soggetti passivi di imposta, ma titolari di un'obbligazione risarcitoria da accertare e riscuotere negli stessi modi dell'obbligazione tributaria ⁽⁶⁸⁹⁾. Mentre di norma esiste una chiara distinzione tra la responsabilità della società e la responsabilità dei soci per il pagamento delle imposte, nella fase di liquidazione il legislatore attenua tale differenziazione in favore delle ragioni erariali.

⁽⁶⁸⁴⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 337.

⁽⁶⁸⁵⁾ P. FILIPPI, *Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 1.

⁽⁶⁸⁶⁾ Si tratta di una responsabilità illimitata per i soci accomandatari, mentre per i soci accomandanti è limitata alla sola parte del conferimento. È generalmente illimitata per i soci delle società in nome collettivo e delle società semplici.

⁽⁶⁸⁷⁾ Il comma 1 del medesimo articolo dispone che *“i liquidatori dei soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche che non adempiono all'obbligo di pagare, con le attività della liquidazione, le imposte dovute per il periodo della liquidazione medesima e per quelli anteriori rispondono in proprio del pagamento delle imposte se soddisfano crediti di ordine inferiore a quelli tributari o assegnano beni ai soci o associati senza avere prima soddisfatto i crediti tributari. Tale responsabilità è commisurata all'importo dei crediti di imposta che avrebbero trovato capienza in sede di graduazione dei crediti”*.

⁽⁶⁸⁸⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 338; A. MONTI, *La responsabilità dei liquidatori, amministratori e soci prevista dall'art. 36 D.P.R. 602/1973: gli aspetti sostanziali dell'istituto*, in *Rass. trib.*, 1986, pag. 47.

⁽⁶⁸⁹⁾ A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, Torino, 2003, pag. 320; F. TESAURO, *La responsabilità fiscale dei liquidatori*, in *Giur. comm.*, 1977, pag. 428.

Nella trasparenza delle società di capitali, il legislatore ha voluto fortemente privilegiare le ragioni dell’Erario ⁽⁶⁹⁰⁾ rovesciando l’approccio tradizionale. Mentre nella fattispecie di cui all’art. 5 t.u.i.r., i soci sono gli unici tenuti al pagamento delle imposte per le quali opera la trasparenza, nella fattispecie di cui all’art. 115 t.u.i.r., oltre ai soci, è tenuta la pagamento delle imposte, eventuali interessi e sanzioni dovuti da questi ultimi anche la società partecipata.

Il sistema di solidarietà previsto nell’ambito della trasparenza della trasparenza delle società di capitali risulta, quindi, così articolato:

- imposte per le quali opera la trasparenza: i soci sono tenuti al pagamento delle imposte e la società partecipata, nei limiti previsti dall’art. 13, d.m. 23 aprile 2004, risulta coobbligata in solido;
- imposte per le quali non opera la trasparenza: il debito di imposta grava sulla società. Trattandosi di società di capitali, i soci risultano del tutto estranei alle vicende della società e rispondono nei limiti del capitale conferito. In tale ipotesi non è prevista alcuna forma di responsabilità solidale dei soci a favore della società.

La previsione di una responsabilità solidale della società con i soci relativamente alle imposte per le quali opera la trasparenza si ritiene trovi la propria giustificazione teorica nella circostanza che la società, pur in costanza di applicazione del regime di trasparenza, conservi una propria autonoma personalità giuridica anche ai fini delle imposte dirette ⁽⁶⁹¹⁾. La società partecipata, per effetto dell’art. 115, comma 8, t.u.i.r., pare non perdere integralmente la propria soggettività passiva tributaria. È chiaro che se l’opzione per il regime della trasparenza fiscale portasse le società partecipanti a sostituire integralmente la società partecipata nella posizione di soggetto passivo ai fini dell’obbligazione tributaria relativa al reddito da questa conseguito, la previsione che la società partecipata rimanesse responsabile dell’adempimento della predetta obbligazione risulterebbe del tutto erronea ⁽⁶⁹²⁾. Diversamente, riconoscendo che essa conserva una seppur attenuata soggettività distinta da quelle dei soci, si può ritenere la società partecipata estranea alle vicende dei soci e prevederne la partecipazione nella fase di adempimento del debito d’imposta per finalità di garanzia per l’Erario.

Opportunamente, l’art. 115, t.u.i.r., con il comma 8 circoscrive tale responsabilità alle imposte derivanti dai soli redditi imputati per trasparenza senza estenderla ad altri redditi che formano quello complessivo del socio persona fisica

⁽⁶⁹⁰⁾ Così testualmente anche la circolare n. 49 del 2004. In dottrina L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1517; A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 696; V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 143; A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 198; D. SETTEMBRE, L. LOSCIALPO, *La disciplina dell’accertamento e della responsabilità della società partecipata e dei soci nell’ambito del regime di trasparenza delle società di capitali: spunti di riflessione*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 835; G. CHIAMETTI, *Tuir: responsabilità nella trasparenza*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 393.

⁽⁶⁹¹⁾ Così L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1517.

⁽⁶⁹²⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, pag. 431; ID., *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, cit., pag. 255.

CAPITOLO QUARTO

(⁶⁹³). Prosegue nella delimitazione del campo di applicazione della responsabilità l'art. 13, d.m. 23 aprile 2004, escludendo qualsiasi solidarietà nel recupero delle imposte non dichiarate e/o versate dal singolo socio pur riferibili ad un imponibile correttamente dichiarato dalla società. Il summenzionato art. 13 prevede, infatti, che *“la società partecipata è responsabile solidalmente con i soci dell'imposta, delle sanzioni e degli interessi relativi al reddito imputato per trasparenza. Tale disposizione non si applica nel caso di cui all'art. 12, comma 1 [ossia in caso di omessa o parziale dichiarazione da parte del soggetto partecipante del reddito imputato dalla società partecipata], nonché di omesso o carente versamento dell'imposta da parte dei soci”*. La responsabilità della società partecipata è così riferita alle ipotesi di omessa, incompleta o infedele dichiarazione del proprio reddito, vale a dire a fattispecie riconducibili alla posizione fiscale della stessa società partecipata; di contro, nessuna responsabilità può affermarsi in capo a quest'ultima per fatti ascrivibili al comportamento dei soci (⁶⁹⁴). In particolare, la responsabilità della partecipata sarebbe esclusa nei casi di omessa o parziale dichiarazione da parte della società partecipante del reddito imputato per trasparenza dalla società partecipata, a condizione che la società partecipata abbia posto la partecipante in condizione di conoscere tutti i dati necessari per adempiere correttamente agli obblighi tributari, ovvero nei casi di omesso o carente versamento da parte della società partecipante dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione del reddito alla stessa imputato per trasparenza (⁶⁹⁵).

La norma, pur limitando la responsabilità all'imposta, sanzioni e interessi riferibili ai redditi imputati (così da escludere gli altri eventuali redditi dei partecipanti) non precisa come in concreto debba essere commisurata. È stato sostenuto, argomentando a partire dal testo dell'art. 13, d.m. 23 aprile 2004, che la soluzione più corretta dovrebbe essere quella di determinare tale misura sulla base del solo (maggior) reddito accertato, indipendentemente dal concreto trattamento da questo ricevuto in capo al socio. Detta disposizione, trattando di imposta, sanzioni ed interessi *“relativi al reddito imputato per trasparenza”*, imporrebbe di commisurare la responsabilità al reddito determinabile in termini oggettivi in capo alla società, piuttosto che al debito di imposta liquidabile in capo al socio (⁶⁹⁶). Diversamente, si accollerebbe alla società, e, quindi, agli altri soci nonché ai

(⁶⁹³) E. TERZANI, *La tassazione per trasparenza nel nuovo Tuir: spunti critici*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 7861.

(⁶⁹⁴) D. SETTEMBRE, L. LOSCIALPO, *La disciplina dell'accertamento e della responsabilità della società partecipata e dei soci nell'ambito del regime di trasparenza delle società di capitali: spunti di riflessione*, cit., 2005, pag. 837.

(⁶⁹⁵) Così la circolare n. 49 del 2004.

(⁶⁹⁶) A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 199 secondo cui la questione è destinata a presentarsi in termini delicati soprattutto per l'ipotesi di cui all'art. 116 t.u.i.r., dove la presenza di redditi ulteriori del socio può comportare, stante la progressività dell'imposta applicabile, l'impiego di aliquote marginali più elevate di quelle altrimenti utilizzabili per il solo reddito imputato. Osserva l'AUTORE che, determinando la misura della responsabilità in ragione dell'effettivo debito del socio, senza ulteriori precisazioni, si finisce per far dipendere tale misura da fattori che possono essere estranei alla società e, soprattutto, alle ragioni della sua responsabilità.

creditori sociali, una misura di responsabilità totalmente estranea alla stessa, in quanto ascrivibile a condizioni e circostanze proprie del singolo socio ⁽⁶⁹⁷⁾.

In definitiva, la responsabilità del socio resta esclusiva in ordine alle imposte dovute per un reddito correttamente determinato dalla società di capitali trasparente, mentre alla responsabilità del socio si accompagna quella della società per quelle sole omissioni che derivano dalla mancata o infedele dichiarazione del reddito societario dovute alla sola società trasparente, ma condizionanti la misura della base imponibile e dell’imposta che il socio dovrebbe dichiarare e versare. Non è, infatti, trascurabile il ruolo rivestito dalla società nella determinazione e nella dichiarazione del reddito complessivo successivamente imputato per trasparenza *pro quota* ai soci ⁽⁶⁹⁸⁾.

Le disposizioni legislative e regolamentari, quindi, limitano la responsabilità della partecipata a fattispecie in cui la violazione del socio dipende da fatti riconducibili alla stessa partecipata, di contro nessuna responsabilità può affermarsi in capo a quest’ultima per fatti ascrivibili al comportamento dei soci.

Il legislatore ha così delineato una nuova ipotesi di obbligazione solidale della quale, però, non viene identificata la tipologia. Secondo le classificazioni tradizionali ⁽⁶⁹⁹⁾, in diritto tributario, si distingue tra solidarietà paritetica e solidarietà dipendente.

⁽⁶⁹⁷⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4824; A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 200; F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, cit., pag. 255 che sottolinea anche gli effetti economici della vicenda e la circostanza che, apprezzando in termini oggettivi la responsabilità della partecipata, si consente a queste di procedere ai necessari accantonamenti. L’esercizio dell’opzione per il regime della trasparenza fiscale non modifica le regole sulla redazione del bilancio e sulla determinazione dell’utile distribuibile poste dagli artt. 2423 e segg., cod. civ.. La società partecipata dovrà, quindi, provvedere ai necessari accantonamenti il cui valore, dal lato economico, può essere considerato l’equivalente della deduzione dal reddito dell’esercizio delle imposte di cui al punto 22 del conto economico. Le conseguenze dell’accantonamento ricadono essenzialmente su quelle società partecipanti che hanno adempiuto all’obbligo di versare le imposte dovute sul reddito di partecipazione imputato. Queste società, infatti, sono tenute a pagare le imposte sulla quota di reddito della società partecipata che è stato imputato e ricevono dalla medesima società un dividendo che è ridotto delle imposte corrispondenti all’accantonamento per il rischio di questa società di essere chiamata a pagare le imposte sul reddito imputato alle società partecipanti.

⁽⁶⁹⁸⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 144.

⁽⁶⁹⁹⁾ A. FANTOZZI, *La solidarietà nel diritto tributario*, Torino, 1968, pag. 37; ID., *Il Diritto tributario*, cit., pag. 315; ID., *La solidarietà tributaria*, in *Trattato di diritto tributario – Il rapporto giuridico tributario*, diretto da A. AMATUCCI, II, Padova, 1994, pag. 467; L. CASTALDI, *Solidarietà tributaria*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 3; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, cit., pag. 180; M. MICCINESI, *Solidarietà nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, pag. 446; M. BASILAVECCHIA, *Sostituzione tributaria*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XV, Torino, 1998, pag. 67; L. SALVINI, *Rivalsa nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, pag. 30; G. M. CIPOLLA, *Ritenuta alla fonte*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, pag. 1; M. NUSSI, *La solidarietà dipendente derivante da fonte civilistica: problemi procedurali e di giurisdizione (Nota a Comm. Prov. Treviso, sez. VII, 4 maggio 1999, n. 387)*, in *Rass. trib.*, 1999, pag. 1559; M. C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, *passim*. Sulla distinzione tra solidarietà paritetica e dipendente: E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962, pag. 144; A. PARLATO, *Il responsabile d’imposta*, Milano, 1963, *passim*; C. BAFILE, *Responsabile d’imposta*, in *Noviss. dig. it.*, App. VI, Torino, 1986, pag.

CAPITOLO QUARTO

Si parla di solidarietà paritetica nel caso in cui gli effetti di un'unica fattispecie imponibile siano contemporaneamente riferibile a distinti soggetti che si trovano, rispetto a essa, nella relazione prevista dalla norma. In questi casi, il presupposto di imposta risulta posto in essere da più soggetti, sicché l'obbligato che paga per l'intero ha diritto di regresso *pro quota* nei confronti dell'obbligato inadempiente. È una diretta conseguenza della circostanza che entrambi pongono in essere il presupposto ed entrambi risultano obbligati. Nell'ipotesi di cui all'art. 115 t.u.i.r., invece, ⁽⁷⁰⁰⁾ la società partecipata non può restare incisa, neppure *pro quota*, dal pagamento del tributo. Il regime di trasparenza, infatti, si caratterizza per una struttura bifasica ⁽⁷⁰¹⁾ per effetto del quale un'attività produttiva di reddito è sviluppata dall'ente trasparente, ma le modalità di svolgimento di tale attività sono tali da imputare la stessa ai membri dell'ente. La trasparenza esclude dalla realizzazione del presupposto lo stesso ente trasparente che, quindi, non può essere chiamato a rispondere delle obbligazioni tributarie

Si parla, invece, di solidarietà dipendente tutte le volte che il presupposto del tributo è riferibile ad uno o più soggetti mentre la norma tributaria, per tutelare l'interesse fiscale all'esazione dei tributi, coinvolge anche soggetti cui non è riferibile la capacità contributiva evidenziata dal presupposto. Vengono così coinvolti soggetti estranei che non manifestano alcuna capacità contributiva, sicché al coobbligato dipendente deve essere riconosciuto il diritto di rivalsa per l'intero in ossequio al principio costituzionale di capacità contributiva ed alla disposizione generale di cui all'art. 64, d.P.R. n. 600 del 1973 ⁽⁷⁰²⁾. Le condizioni descritte si verificano nel caso in esame ⁽⁷⁰³⁾. È stato più volte chiarito che l'istituto della trasparenza consente l'allocatione della capacità contributiva al soggetto che, per la particolare struttura dell'ente, effettivamente pone in essere il presupposto di imposta. Questi sono i soci della società partecipata alla responsabilità dei quali viene accosta la responsabilità della partecipata per il solo interesse all'efficienza delle riscossione. Con l'imputazione del reddito complessivo della società, infatti, la fonte da cui deriva l'obbligazione di imposta per il socio si differenzia da quella della società: per quest'ultima, l'obbligazione di imposta è da mettere in relazione all'esercizio dell'attività di impresa e alla produzione del reddito, mentre per il primo, si collega all'imputazione del reddito della società come conseguenza del rapporto sociale. La diversità del fatto a cui è collegata la nascita dell'obbligazione d'imposta non consente alla società di divenire responsabile se non a titolo di garanzia come avviene nell'ipotesi della solidarietà dipendente ⁽⁷⁰⁴⁾.

630; R. RINALDI, *Ancora sulla responsabilità solidale del coniuge codichiarante*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1583.

⁽⁷⁰⁰⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 546.

⁽⁷⁰¹⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 546; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 266.

⁽⁷⁰²⁾ A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, cit. pag. 318.

⁽⁷⁰³⁾ A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 200; V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 143; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 547 che osserva come non potersi nascondere la presenza di alcuni sfridi. La società partecipata non è del tutto un terzo estraneo alla fattispecie.

⁽⁷⁰⁴⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit. pag. 431 e 433 ove osserva come la previsione secondo

La solidarietà della partecipata svolge, quindi, una mera funzione di garanzia ⁽⁷⁰⁵⁾ a cui, solo in determinate situazioni, si può accostare un’ulteriore funzione: ovviare alla discrasia che connota il regime in esame, quella tra reddito imputato e reddito distribuito. L’imposta potrebbe, infatti, risultare dovuta da un soggetto (il socio) diverso da quello che conserva la materiale disponibilità del reddito (la società) al quale non è stata fornita la provvista necessaria per provvedere al pagamento del tributo ⁽⁷⁰⁶⁾. Nell’ipotesi in cui l’inadempimento del socio dipenda dall’assenza di denaro per provvedere al pagamento in quanto non è stata deliberata la distribuzione di utili, il legislatore consente all’Erario di richiedere il pagamento del tributo nei confronti di chi dispone della provvista necessaria. Ciò giustifica la scelta del legislatore, ma produce una prima incongruenza nell’ipotesi in cui il socio non provveda al pagamento, pur essendo stata deliberata la distribuzione di utili ⁽⁷⁰⁷⁾. In questa ipotesi, peraltro, la società partecipata sembrerebbe chiamata a rispondere su somme sui cui non ha alcuna potestà in quanto uscite dalla sua sfera di controllo. Per ovviare a tale situazione, in dottrina ⁽⁷⁰⁸⁾ è stato suggerito di limitare la responsabilità della partecipata alle sole somme imputate alla partecipante, ma non distribuite. Di tale limitazione non è, però, dato rinvenire alcun riferimento nel testo legislativo, che sembra valorizzare la funzione di garanzia, sicché la responsabilità della società partecipata pare non tollerare alcuna limitazione.

L’art. 115 t.u.i.r. e il d.m. 23 aprile 2004 producono un’ulteriore incongruenza. Nessuno dei due ha previsto nulla con riferimento all’eventuale rivalsa da parte del soggetto che ha effettuato il pagamento. Non viene stabilito, in altri termini, l’obbligo né quantomeno il diritto da parte della partecipata di rivalersi sui soci per le imposte e accessori eventualmente pagati per effetto del principio di solidarietà. Si deve, però, ritenere che la rivalsa possa, comunque, essere esercitata in conseguenza dei principi generali, anche in relazione all’art. 64 d.P.R. n. 600 del 1973, in base al quale chi risulta obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi ultimi riferibili, deve esercitare la rivalsa se non è stabilito diversamente. L’obbligo o il diritto alla rivalsa non potrebbe essere negato anche in ossequio al principio di capacità contributiva, in base al quale l’onere non può che essere posto a carico di chi risulta essere titolare dell’indice di capacità contributiva e non di altri ⁽⁷⁰⁹⁾.

cui la società sia chiamata a rispondere del debito, per imposte sanzioni e interessi dovuto dal socio in relazione al reddito di partecipazione al medesimo imputato, sia in contrasto con l’art. 2462 cod. civ.: si determina un’evidente disparità di trattamento tra fisco e creditori sociali. Viene, infatti, sottratta a questi ultimi una garanzia in quanto il patrimonio sociale non garantisce più solo i crediti della società, ma anche quelli dei soci.

⁽⁷⁰⁵⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1517; V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 145; D. STEVANATO, *Società “trasparenti” e responsabilità solidale tra norme espresse e principi di sistema*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, pag. 63.

⁽⁷⁰⁶⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 696.

⁽⁷⁰⁷⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 696.

⁽⁷⁰⁸⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 547.

⁽⁷⁰⁹⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, cit., pag. 255; D. SETTEMBRE, L. LOSCIALPO, *La disciplina dell’accertamento e della responsabilità*

CAPITOLO QUARTO

Se non si consentisse la rivalsa ai sensi dell'art. 64, d.P.R. 600 del 1973, la società partecipata conseguirebbe una riduzione patrimoniale per le imposte dovute sul reddito imputato con conseguente elusione del principio di capacità contributiva, secondo cui l'onere della contribuzione è posto a carico di chi risulta essere il titolare dell'indice di capacità contributiva e non di altri ⁽⁷¹⁰⁾. Il riconoscimento del diritto di rivalsa risulta, inoltre, perfettamente compatibile con la premessa della fattispecie della solidarietà: la conservazione da parte della partecipata di una, seppur attenuata, soggettività tributaria ⁽⁷¹¹⁾.

Se il riconoscimento del diritto di rivalsa garantisce la costituzionalità del meccanismo, contemporaneamente richiede di risolvere un ulteriore problema. La responsabilità della partecipata per il socio inadempiente rischia di porre, indirettamente ma concretamente, a carico degli altri soci le conseguenze patrimoniali dell'inadempimento del primo. Tale esasperazione della *ratio* di cautela fiscale non trova alcuna giustificazione logico – giuridica ⁽⁷¹²⁾ e presenta differenti profili di criticità. I soci adempienti si troverebbero così a sopportare un maggior carico fiscale. La situazione può trovare una soluzione nell'ambito extratributario. Oltre che in sede di contratto per la trasparenza (ove le parti potranno prevedere opportune cautele), si ritiene che la società stessa possa agire per il riconoscimento del diritto di regresso. Tuttavia, dal momento che questo diritto compete alla società, potrebbe risultare problematica la situazione in cui l'inadempimento sia imputabile a soci di maggioranza, questi, infatti, non avranno alcun interesse a esperire l'azione di rivalsa contro sé stessi. Si dovrebbe, allora, consentire l'esperimento di un'autonoma azione da parte dei soci di minoranza attraverso cui permettere loro di surrogarsi alla società per l'esercizio del diritto. Ove l'azione risultasse vittoriosa, la società ed il relativo patrimonio verrebbe reintegrato delle somme spese. Tale soluzione risulta solo parzialmente soddisfacente, costringe i soci adempienti ad un lungo e faticoso contenzioso. Sarebbe, quindi, opportuno che il legislatore resolvesse in via autoritativa tale situazione e prevedesse l'obbligo per i soci inadempienti di rimborsare alla società quanto da lei pagato.

della società partecipata e dei soci nell'ambito del regime di trasparenza delle società di capitali: spunti di riflessione, cit., 2005, pag. 835.

⁽⁷¹⁰⁾ E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente – Le garanzie costituzionali*, cit., pag. 123; ID., *Fisco e Costituzione*, Milano, 1984, pag. 928, G. MARONGIU, *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, pag. 10; F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, cit., pag. 255.

⁽⁷¹¹⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., 2004, pag. 314.

⁽⁷¹²⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1517, che ritiene esservi un ulteriore profilo di criticità. La stesura della norma non prevede nessuna regola per stabilire se, ed in che modo, l'inadempimento del socio (ad esempio, il mancato versamento di imposte relative a redditi dichiarati) possa essere imputato alla partecipata nel caso in cui il socio stesso posseda anche altri redditi oltre quello imputato per trasparenza. Osserva l'AUTORE che, opportunamente nell'originaria stesura della bozza, invece, era contenuta la regola per cui “*ai fini dell'applicazione del presente comma si considera l'utile del socio prioritariamente formato con il reddito oggetto di imputazione*”. Ora, dovrebbe, comunque, ritenersi, in base ai principi generali della materia, che spetti all'Amministrazione Finanziaria che voglia far valere la responsabilità solidale della partecipata provare la riferibilità della violazione ai redditi imputati per trasparenza.

La responsabilità solidale della società partecipata non copre solo l’imposta e relativi interessi, ma anche le sanzioni. Anche tale previsione presenta alcuni profili di criticità. In primo luogo, non pare essere coperta dalla delega, che, nella struttura della norma, dedicata all’imputazione, non sembra ricomprendere le conseguenze derivanti dall’illecito ⁽⁷¹³⁾. Anche intendendo la locuzione “*adempimento degli obblighi tributari*” capace di includere tutte le conseguenze derivanti dall’inadempimento, ivi comprese, dunque, quelle sanzionatorie, la norma non rispetta il principio di responsabilità che, invece, governa il sistema delle sanzioni amministrative in materia tributaria ⁽⁷¹⁴⁾. Il d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, ha, allineato il sistema delle sanzioni amministrative per violazioni di norme tributarie ai principi penalistici ⁽⁷¹⁵⁾ ed, in particolare, a quello di rango costituzionale di personalità della pena ⁽⁷¹⁶⁾ secondo il quale occorre concentrare la responsabilità sulla persona del trasgressore inteso come colui che ha materialmente realizzato la condotta. Soltanto costui diviene il soggetto colpevole della violazione e destinatario delle sanzioni ⁽⁷¹⁷⁾. Si comprende così l’introduzione dell’art. 10, d.lgs. n. 472 del 1997 concernente l’ipotesi del c.d. “*autore mediato*” ⁽⁷¹⁸⁾. Per effetto di tale disposizione, fuori dai casi di concorso di persone, chi, con violenza o minaccia o inducendo altri in errore incolpevole, ovvero avvalendosi di persona incapace, anche in via transitoria, di intendere e di volere, determina la commissione di una violazione, ne risponde in luogo del suo autore materiale. Questa norma si applica ad ipotesi in cui un soggetto diviene autore materiale di una violazione o senza colpevolezza, in quanto soggetto a violenza o minaccia, o perché indotto in errore incolpevole, o senza imputabilità, in quanto, anche transitoriamente, incapace di intendere o di volere ⁽⁷¹⁹⁾. Si tratta di ipotesi in cui l’ordinamento sceglie di non punire l’autore materiale e addossa la responsabilità a chi ha determinato la situazione o ne ha tratto vantaggio ⁽⁷²⁰⁾. La responsabilità del reato viene così fatta gravare solo su chi determina l’azione dell’autore materiale. Come chiarisce la circolare del Ministero delle finanze 10 luglio 1998, n. 180 esplicativa delle disposizioni introdotte dal decreto in esame,

⁽⁷¹³⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 547; L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1517.

⁽⁷¹⁴⁾ F. BATISTONI FERRARA, *Il nuovo sistema sanzionatorio. Principi generali*, in *Il Fisco*, 1999, pag. 1355; L. DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: i principi sostanziali del d.lgs. n. 472/1997*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, pag. 107.

⁽⁷¹⁵⁾ N. POLLARI, G. GRAZIANO, *Principi, criteri e forme della responsabilità in materia di sanzioni tributarie non penali dopo le ultime modifiche del decreto correttivo n. 203/1998* in *Il Fisco*, 1998, pag. 9774; A. ZOCCALI, *Le sanzioni tributarie amministrative. Principi generali*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, pag. 99.

⁽⁷¹⁶⁾ F. BATISTONI FERRARA, *Il nuovo sistema sanzionatorio. Principi generali*, cit., pag. 1355; L. DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: i principi sostanziali del d.lgs. n. 472/1997*, cit., pag. 108.

⁽⁷¹⁷⁾ A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, cit., pag. 634.

⁽⁷¹⁸⁾ L. DEL FEDERICO, *Violazioni e sanzioni in materia tributaria – I) Violazioni e sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2000, pag. 1.

⁽⁷¹⁹⁾ L. DEL FEDERICO, *Il concorso di persone e la responsabilità dell’autore mediato*, in *Corr. trib.*, 2002, pag. 2938.

⁽⁷²⁰⁾ A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, cit., pag. 648; G. MARONGIU, *La nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie, Relazione al convegno organizzato dall’Università di Roma Tor Vergata sul tema: “La riforma delle sanzioni tributarie”*, Roma, 15 gennaio 1998, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pag. 279.

CAPITOLO QUARTO

la fattispecie dell'autore mediato, in materia tributaria, si applica laddove vi “è chi strumentalizza altro oggetto, non imputabile o non punibile per qualsiasi causa, rendendolo esecutore materiale del reato”. Precisa la stessa circolare che perché si possa ravvisare la responsabilità solo in capo all'autore mediato è necessario che non si possa addebitare all'autore materiale alcuna colpa, ovverosia che il comportamento dell'autore mediato sia non solo tale da escludere l'esistenza di un qualsiasi dubbio, ma sia anche tale da mettere l'autore materiale in condizione di ritenere del tutto conforme alla legge il comportamento che gli è stato suggerito. L'autore materiale, per risultare esente da colpa, deve quindi versare in stato di errore incolpevole ⁽⁷²¹⁾.

Dal momento che per effetto dell'art. 13, d.m. 23 aprile 2004, risulta esclusiva la responsabilità del socio per le omissioni relative alla dichiarazione del proprio imponibile ed alla liquidazione e versamento della relativa imposta così come della società in tutti i casi in cui il contenuto e la presentazione della dichiarazione societaria abbia pregiudicato quella dei soci ⁽⁷²²⁾, l'unica ipotesi ⁽⁷²³⁾ in cui opera la responsabilità della partecipata dovrebbe essere risolta ricorrendo alla regola dell'autore mediato. L'errore della società partecipata non è, infatti, a lei imputabile, bensì dipende da errore della partecipata nella comunicazione del reddito imponibile. Ne deriverebbe, secondo i principi generali, l'applicabilità dell'art. 10, d.lgs. n. 472 del 1997, ai sensi del quale la trasgressione dovrebbe essere imputata all'autore non materiale (il socio) ma mediato (la società) dell'illecito. Se ne desume, allora, una valida argomentazione per escludere il coinvolgimento dei soci e della società in situazioni di coobbligazione solidale ⁽⁷²⁴⁾. Anche la possibilità di imputare alla società

⁽⁷²¹⁾ Ove non ricorrano tali circostanze, sarà applicabile la disciplina del concorso di persone che testualmente è fatta salva dall'art. 10 in esame. Cfr. R. LUPI, *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 1998, pag. 328.

⁽⁷²²⁾ V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 147.

⁽⁷²³⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 548 che ritiene potersi dubitare della legittimità del decreto ministeriale di attuazione in quanto, escludendo la solidarietà della partecipata per le sanzioni derivanti dall'infedeltà della partecipata nella dichiarazione e nella riscossione e lasciando coperto dall'obbligo solidale solo le infedeltà dichiarative direttamente riferibili alla partecipata, nullifica l'ambito applicativo della fonte primaria, con un sostanziale effetto di abrogazione, più che di attuazione. Secondo l'AUTORE, nell'unica rilevante ipotesi lasciata in vigore dal decreto (infedeltà della partecipata), è ipotizzabile la sanzionabilità propria della partecipata.

⁽⁷²⁴⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 545 osserva che simili conclusioni possono modificarsi ove si consideri la delega di cui all'art. 2, comma 1, lett. l), legge n. 80 del 2003, secondo la quale la sanzione avrebbe dovuto perseguire chi trae beneficio dalla violazione. Si potrebbe, quindi, argomentare che, ordinariamente, nel caso in esame, il vantaggio dell'illecito fiscale ricada sulle società partecipanti, sicché dovrebbero essere queste chiamate a rispondere per le sanzioni. Tuttavia, lo stesso AUTORE ricorda che la delega non è stata attuata e il quadro legislativo è stato modificato dall'art. 7, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito con modificazioni dalla legge 21 novembre 2003, n. 326) secondo cui “*le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica*”. Tale norma dona nuovo vigore all'ipotesi della sanzionabilità di entrambi i soggetti, salvo individuare una serie di obblighi della sola società partecipata trasparente che possa configurare un rapporto fiscale proprio della medesima e non dei soci (in quest'ultimo senso anche V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 149).

partecipata una responsabilità propria risulta coerente con il riconoscimento in capo ad esse di una seppur attenuata soggettività giuridica.

21. – IL COINVOLGIMENTO RECIPROCO DELLA SOCIETÀ PARTECIPATA E DEI SOCI NELLE FASI DI ATTUAZIONE DEL RAPPORTO TRIBUTARIO.

Il particolare assetto di responsabilità per le obbligazioni tributarie della società e dei soci si riflette sulle modalità di svolgimento delle diverse fasi in cui si attua il rapporto tributario, quindi, sia nelle fasi fisiologiche della dichiarazione e della riscossione, sia nelle fasi patologiche dell’accertamento e del processo, prevedendo, in diversi gradi, il coinvolgimento sia della società partecipata, sia dei partecipanti. Alcune considerazioni puntuali merita, infine l’analisi di eventuali responsabilità di natura penale.

21.1. – ... (segue): la fase fisiologica della dichiarazione e della riscossione.

Con riferimento alle fasi fisiologiche dell’attuazione del rapporto tributario, si osserva che la regola per cui il reddito imputato per trasparenza, tassato in capo alla partecipante, è, comunque, determinato dalla società partecipata trasparente produce effetti sul piano degli obblighi formali connessi all’adempimento del tributo. Come più volte ribadito, il principio di trasparenza consente di distinguere la “soggettività passiva in senso sostanziale”, che concerne l’individuazione del soggetto che sopporta concretamente il peso economico del tributo, dalla “soggettività passiva in senso formale” che, invece, concerne la possibilità di considerare un soggetto quale destinatario di un complesso di obblighi quali la tenuta delle scritture contabili e la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi. Anche la società partecipata deve, quindi, essere coinvolta nelle fasi di attuazione della norma tributaria ⁽⁷²⁵⁾, ovvero nella fase dell’accertamento e nella fase della riscossione.

Con riferimento alla prima, la società partecipata trasparente, pur se priva di soggettività passiva di imposta in termini sostanziali, resta tenuta alla presentazione della dichiarazione dei redditi, analogamente a quanto accade per le società di persone. Infatti, pur in assenza di una norma espressa, dal momento che il socio dichiara un reddito imponibile e non gli elementi che concorrono a formarlo, si ritiene che la società di capitali trasparente conservi l’obbligo di presentare la dichiarazione in quanto talune disposizioni la presuppongono o presentano una forte analogia con quanto previsto per le società di persone di cui all’art. 5 t.u.i.r. ⁽⁷²⁶⁾. Sotto il primo profilo, l’art. 8, comma 6, d.m. 23 aprile 2004, dispone che la società partecipata fornisce nella dichiarazione una separata indicazione delle riserve di cui allo stesso art. 8, della loro distribuzione o del loro utilizzo, nonché quella dei redditi imputati ai soci per trasparenza. Se ne ricava che, in sostanza, alla società trasparente si applicano le disposizioni di cui all’art. 6, d.P.R. n. 600 del 1973, e cioè quelle che prevedono l’obbligo di presentare una dichiarazione ai fini IRAP in proprio e ai fini dell’IRES dovuta dai soci. L’imputazione del reddito o delle perdite fiscali non può, quindi, avvenire che in

⁽⁷²⁵⁾ In relazione a tale scansione cfr. A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, pag. 241.

⁽⁷²⁶⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4825.

CAPITOLO QUARTO

sede di dichiarazione della partecipata sulla base del bilancio relativo al periodo, comunicata necessariamente alla partecipante e da presentare all'ufficio con l'indicazione dei soci e delle relative quote di partecipazione agli utili o alle perdite a fine periodo, nonché degli elementi richiesti dal menzionato art. 8, comma 6, perché l'ufficio possa procedere ai controlli e alla eventuale rettifica *ex* art. 40, comma 2, d.P.R. n. 600 del 1973.

Con riferimento alla fase di riscossione, si riduce il coinvolgimento della società partecipata, in quanto gli obblighi di acconto sono di pertinenza delle partecipanti, tranne che nel primo esercizio di efficacia dell'opzione in cui questi permangono anche in capo alla partecipata (così l'art. 115, comma 7, t.u.i.r.). Naturalmente, l'acconto versato dalla partecipata sarà scomputabile, in base alla rispettiva percentuale di partecipazione agli utili, dall'imposta dovuta a saldo dai singoli soci. A partire dal secondo periodo di efficacia dell'opzione, la società partecipata non deve versare acconti e il relativo obbligo ricade sui singoli soci che possono determinare l'importo da versare a titolo di acconto sulla base del metodo previsionale o sulla base del metodo storico, in ogni caso considerando anche l'imposta corrispondente al reddito imputato per trasparenza. Nel caso di mancato rinnovo dell'opzione, sia la società partecipata che i soci devono calcolare gli acconti sulla base di una imposta "virtuale", cioè assumendo come imposta del periodo precedente quella che si sarebbe determinata in assenza dell'opzione (art. 9, comma 2, d.m. 23 aprile 2004). Le disposizioni relative agli obblighi di versamento dell'acconto previste nel caso in cui l'opzione non sia rinnovata alla sua naturale scadenza si applicano anche nell'ipotesi in cui sopraggiunga l'inefficacia dell'opzione nel corso del triennio di validità della stessa (art. 9, comma 3, d.m. 23 aprile 2004) ⁽⁷²⁷⁾.

Anche nella disciplina legislativa e regolamentare relativa alla fase attuativa dell'obbligazione tributaria, il legislatore, quindi, dimostra di tenere conto delle peculiarità di una fattispecie nella quale lo svolgimento dell'attività economica, dal quale deriva il risultato da imputarsi e la riferibilità del medesimo al socio al fine dell'applicazione dell'imposta si scindono in diversi centri di imputazione ⁽⁷²⁸⁾.

21.2. – ... (segue): la fase patologica dell'accertamento e del processo.

Quanto appena osservato, sia in tema di obblighi dichiarativi, sia di responsabilità, si riflette nella fase patologica dell'attuazione del tributo ove consente di far conservare alla società trasparente rilevanza come centro di imputazione degli effetti dell'attività economica.

Dal riconoscimento della soggettività passiva in senso formale della società partecipata consegue quanto previsto dall'art. 115, comma 10, t.u.i.r., e dall'art.

⁽⁷²⁷⁾ Il d.m. 23 aprile 2004, infine, integra il disposto dell'art. 115, comma 7, t.u.i.r. che rinvia al solo comma 2 dell'art. 124 t.u.i.r. estendendo alla trasparenza anche la norma richiamata al comma 3 del medesimo art. 124 (che, nel consolidato, disciplina l'imputazione alle controllate dei versamenti in acconto già effettuati dalla controllante). Ne consegue che, qualora i soci abbiano effettuato versamenti maggiori rispetto a quanto dovuto, possono attribuire la parte eccedente alla società partecipata con le modalità previste, per la cessione infragruppo dei crediti d'imposta, dall'art. 43-ter, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

⁽⁷²⁸⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 136.

12, d.m. 23 aprile 2004, secondo cui ai soggetti optanti (e cioè partecipanti e partecipate) si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell’art. 40, d.P.R. n. 600 del 1973, ai sensi del quale, alla rettifica delle dichiarazioni delle società di persone ed equiparate, si procede con unico atto sia ai fini dell’IRAP dovuta dalla società che a quelli dell’IRES dovuta dai singoli soci. Si tratta di un peculiare modello d’accertamento fondato su una definizione del reddito societario non solo unitaria per società e soci, quanto soprattutto contestuale, giacché destinata a compiersi solamente in questa sede con l’atto (c.d. “accertamento unitario”) indirizzato alla società ⁽⁷²⁹⁾.

Questo modello operativo, già conosciuto per le società di persone, riflette, in sede di accertamento, la natura bifasica del procedimento di determinazione della base imponibile: dalla peculiare configurazione del presupposto di imposta discende, anche nella trasparenza delle società di capitali, una peculiare configurazione della procedura di accertamento ⁽⁷³⁰⁾. Dal punto di vista sostanziale, è, infatti, dallo svolgimento dell’attività da parte della società che discende l’attribuzione *pro quota* del relativo risultato economico. Ne consegue che il reddito imputato ai soci, su cui deve essere liquidata la relativa imposta, è quello realizzato dalla società nell’esercizio di un’attività ad essa riferibile. Solo prendendo a riferimento la società è possibile attendere alla determinazione dei profili qualitativi e quantitativi del reddito da imputare ai soci. La procedura di accertamento, pertanto, ha ad oggetto lo svolgimento dell’attività societaria. I soci, invece, si trovano in una posizione subordinata in virtù della quale una volta determinato il reddito societario questo si riversa automaticamente in capo ad essi. Se l’imputazione ai soci dell’eventuale maggior reddito della società accertato avviene in modo automatico, non discende immediatamente la possibilità di pretendere in via coattiva le maggiori imposte dal socio. Occorre, infatti, l’emissione di ulteriore avviso di accertamento individuale nei confronti del socio avente ad oggetto la sua posizione reddituale.

Nelle società di persone, si registra, quindi, una pluralità di avvisi di accertamento, quello unitario nei confronti della società (notificato alla società ed al socio) e quello nei confronti del socio i rapporti tra i quali la Cassazione, in più occasioni ⁽⁷³¹⁾, ha precisato: l’atto di accertamento unitario è l’atto presupposto dei vari avvisi di accertamento diretti ai singoli soggetti contribuenti. La consequenzialità che lega l’accertamento nei confronti della società e l’accertamento nei confronti del socio non esclude che il secondo debba essere compiutamente motivato anche con riferimento alla pretesa relativa alla determinazione del reddito societario e non solo con riguardo alle ragioni che giustificano l’imputazione *pro quota* al socio. Così ha precisato la sentenza 18 ottobre 2003, n. 4271 con cui la Corte di Cassazione ha precisato che l’avviso di accertamento notificato nei confronti del socio debba contenere un’autonoma e

⁽⁷²⁹⁾ A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 177; C. MERONE, D. STEVANATO, *La responsabilità dei soci nel regime di trasparenza di cui agli articoli 115 e 116 del T.U.I.R.*, in *Dialoghi dir.trib.*, 2005, pag. 59. Sui profili generali: R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano 2001, pag. 633.

⁽⁷³⁰⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 276.

⁽⁷³¹⁾ *Ex multis* Cass., sent. 11 ottobre 2002, n. 14498; Cass., sent. 18 ottobre 2003, n. 4271.

completa motivazione e non un semplice riferimento a rilievi effettuati nei confronti di un altro soggetto. Infatti, il mero rinvio *per relationem* ad un analogo provvedimento notificato alla società partecipata, contenuto nell'avviso di accertamento notificato al socio, non è sufficiente a soddisfare l'obbligo di motivazione ⁽⁷³²⁾. Non rileva, quindi, secondo la Corte, che gli accertamenti a carico della società e dei singoli soci derivino da un'unica azione accertatrice.

Tali conclusioni valgono anche per le società di capitali di cui all'art. 115 t.u.i.r., sicchè, analogamente a quanto avviene per i soci delle società di persone, l'Erario non potrà, quindi, pretendere la maggiore imposta dai soci delle società di capitali trasparenti se non attraverso l'emissione di un autonomo atto di accertamento individuale ⁽⁷³³⁾: l'avviso di accertamento nei confronti della società provvede, infatti, solo alla determinazione del maggior reddito imponibile, non anche alla liquidazione della relativa imposta che dovrà essere calcolata sulla base delle situazione personale del socio. Vale, pertanto, anche per la trasparenza di cui all'art. 115 t.u.i.r. (e per il successivo art. 116 t.u.i.r.) quanto affermato per le società di persone dal Consiglio di Stato con il noto parere 17 gennaio 1984, n. 68. In questa sede, è stata negata l'automatica estensione ai soci dell'accertamento in capo alla società affermando che *“l'Amministrazione può considerare definitivi gli accertamenti solo quando questi siano decisi nell'ambito di un procedimento contenzioso in cui sia intervenuto il singolo socio, ovvero quando sia decorso nei confronti dello stesso il termine per impugnare”*. Il Consiglio di Stato ha così garantito il diritto costituzionale alla difesa del socio prevedendo il coinvolgimento di quest'ultimo mediante la notifica dell'atto emesso nei confronti della società. La soluzione del Consiglio di Stato risulta acquisita dalla prassi applicativa dell'Agenzia delle Entrate che anche nella circolare n. 49 del 2004 ha precisato che *“l'atto di accertamento deve essere necessariamente notificato, oltre che alla società, anche ai soci i quali potrebbero avere interesse a contestarlo autonomamente. L'impugnazione dell'accertamento unitario da parte del singolo socio si configura, peraltro, come il necessario strumento giuridico per tutelare l'interesse sostanziale che si ritenga lesa dall'accertamento eseguito nei confronti della società trasparente”*.

La ricostruzione, nei termini appena chiariti, del rapporto tra l'accertamento nei confronti della società e nei confronti dei soci dal Consiglio di Stato, conduce, come anche riconosciuto dall'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 49 del 2004, al pieno riconoscimento, in capo ai singoli soci, non solo della ovvia

⁽⁷³²⁾ Cass., sent. 15 giugno 2007, n. 14011 e Cass., sent. 4 giugno 2007, n. 12997 (con nota di D. COPPA, *Redditi prodotti in forma associata: motivazione “per relationem” ed effetti del giudicato*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 2596) chiariscono che la sentenza pronunciata nel giudizio concernente il reddito del socio, pur se legata da un nesso di consequenzialità necessaria a quella inerente al ricorso proposto dalla società, in attuazione del principio di indipendenza dei due processi, deve contenere tutti gli elementi essenziali in ordine allo svolgimento del processo e ai motivi in fatto e in diritto della decisione, senza che il giudice possa limitarsi a un mero rinvio alla motivazione della sentenza relativa alla società. Tuttavia, nel caso in cui il giudizio riguardante la società si sia già concluso, con sentenza passata in giudicato, il giudice ha il dovere di conformarsi alla *regula iuris* già formatasi sulla *res iudicanda*, quand'anche risulti da diverso giudizio intercorso tra le stesse parti o tra parti parzialmente diverse, purché risulti certa o presumibile in misura assimilabile al certo la conoscenza del diverso giudizio avente carattere pregiudiziale rispetto a quello in atto.

⁽⁷³³⁾ A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 202.

legittimazione ad impugnare gli accertamenti individuali loro notificati, ma anche della legittimazione ad impugnare l'accertamento unitario che, pure, è loro notificato ⁽⁷³⁴⁾. L'impugnazione dell'atto di accertamento unitario diviene, così, un passaggio obbligato dal momento che, nella prospettiva seguita dal Consiglio di Stato, tale accertamento vale a definire nei confronti del socio rimasto inerte la determinazione del reddito societario ivi contenuta. Ciò significa che il socio non potrà, in sede di successiva impugnazione dell'accertamento individuale, sollevare questioni concernenti la configurazione, qualitativa e quantitativa, del reddito societario, giacché questo risulterà oramai definito nei suoi riguardi, dovrà limitarsi a proporre questioni concernenti la trasposizione del maggior reddito accertato in capo alla società nel proprio reddito complessivo. I due atti di accertamento (quello emesso nei confronti della società e quello emesso nei confronti di un singolo socio, a titolo individuale e personale) sono distinti e separati, per cui l'impugnazione del primo, ove non effettuata anche dal socio, è ininfluenza nel caso di mancata impugnazione dell'altro (da parte del socio).

Tale conclusione deve, però, essere ulteriormente approfondita. La notifica dell'accertamento unitario anche ai soci non rappresenta un obbligo per l'Amministrazione e, quindi, una condizione di legittimità dell'atto, ma, come precisato dal Consiglio di Stato nel ridetto parere, tale notifica configura solo un onere per l'Amministrazione Finanziaria, integrando la condizione minima necessaria per condurre unitariamente e contestualmente l'accertamento del reddito societario verso la società ed i soci ⁽⁷³⁵⁾. Potrebbe così accadere che ai soci non sia notificato l'avviso di accertamento unitario, sicché lo stesso non potrà diventare definitivo nei loro confronti. Qualora i soci non prendano parte al giudizio relativo alla determinazione del reddito sociale promosso dalla sola società, potranno esclusivamente impugnare l'accertamento del loro reddito personale, facendo valere i propri diritti a prescindere dalle sorti dell'accertamento indirizzato alla società, e ancorché esso sia divenuto definitivo, esercitando il diritto di difesa a ciascuno di essi garantito dall'art. 24 Cost.. L'atto di accertamento individuale emesso nei confronti del socio resta, infatti, atto distinto, per cui su di esso non spiega effetti l'impugnazione dell'accertamento nei confronti della società, ove non sia effettuata anche dal socio ⁽⁷³⁶⁾. La sentenza resa nei confronti della sola società, ovvero di taluni soci soltanto, non è però *inutiliter data*, ma circoscrive i suoi effetti alle sole parti del processo, senza riverberarsi su coloro che ne sono rimasti estranei. Unica conseguenza della mancata notifica ai soci dell'accertamento reso nei riguardi della società risulta, quindi, l'inopponibilità agli stessi degli effetti di tale atto, senza il coinvolgimento di profili di sua legittimità; l'atto di accertamento unitario, non notificato a tutti i soci, resterà legittimo ed efficace, ancorché la commisurazione dell'*an* e del

⁽⁷³⁴⁾ Così A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 178.

⁽⁷³⁵⁾ Cfr. Cass., sent. 22 agosto 2002, n. 12376; Cass., sent. 21 giugno 2002, n. 9094. In dottrina A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 182.

⁽⁷³⁶⁾ Cass., sent. 11 ottobre 2002, n. 14498. Cfr. G. ANTICO, V. FUSCONI, *Attività di accertamento nei confronti delle società di persone e nei confronti dei soci: rapporti con la chiusura delle liti pendenti. Refluenze sull'accertamento con adesione*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 5683.

CAPITOLO QUARTO

quantum del reddito societario, in esso operata, non sarà opponibile a quei soci cui non sia stato notificato.

Ne consegue, quindi, l'ammissibilità di una determinazione del reddito societario conseguita in sedi, forme e misure differenti, a seconda degli interessati e dei moduli procedurali attivati; ne discende, in definitiva, una pluralità di procedimenti di accertamenti ⁽⁷³⁷⁾ ed una pluralità di processi conseguenti all'impugnazione dei relativi atti i cui risultati possono differire tra loro ⁽⁷³⁸⁾.

⁽⁷³⁷⁾ Osserva A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 185, che la possibilità di una determinazione del reddito societario differente ed autonoma per i diversi soggetti costituisce un'eventualità già contemplata e consentita nell'ambito dell'ordinamento nazionale in caso di accertamento con adesione. L'art. 4, comma 2, d.lgs. 19 giugno 1997, n. 218, pur disponendo che l'accertamento con adesione del reddito delle società di persone vada definito con un unico atto ed in contraddittorio con la società ed i soci così da garantire una chiusura unica e contestuale delle posizioni di tutti i soggetti coinvolti, consente, tuttavia, che all'accertamento aderiscano solo taluni dei soggetti interessati. Si tratta, evidentemente, di un riconoscimento espresso della non configurabilità nel caso di specie di un litisconsorzio necessario tra società e soci. La disposizione lascia intendere così che l'accertamento con adesione può essere perfezionato anche solo con l'adesione della società e di alcuni dei soci, ma non di tutti. Nei confronti degli altri soci, che, pur regolarmente convocati, non si sono presentati ovvero non hanno aderito, la rettifica del reddito da partecipazione sarà condotta secondo le regole ordinarie. Fisiologicamente, quindi accertamento della società e accertamento dei soci possono differire.

Vedi anche M. BASILAVECCHIA, *Effetti sui soci dell'accertamento con adesione della società di persone (nota a Cassazione, Sez. trib., sent. 1° aprile 2005, n. 14418)*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 3177.

⁽⁷³⁸⁾ Come noto, sussiste un ampio dibattito circa i rimedi applicabili per prevenire che si siano emesse più sentenze potenzialmente in contrasto tra loro. In particolare potrebbero trovare applicazione:

- la sospensione del processo avente ad oggetto l'avviso di accertamento dei soci la decisione del quale risulta pregiudicata dalla decisione nel processo avente ad oggetto la situazione della società;
- il litisconsorzio necessario.

Stando all'orientamento prevalente, nessuna delle due soluzioni risulta accolta in giurisprudenza.

Con riferimento alla sospensione del procedimento, il Consiglio di Stato, nel parere 17 gennaio 1984, n. 68, ritiene non praticabile questo rimedio in quanto la decisione resa nei confronti di altri soggetti non potrà, in forza dei principi sui limiti soggettivi del giudicato e, soprattutto, di quelli costituzionali in tema di tutela giurisdizionale, svolgere efficacia nei confronti dei soggetti che non hanno partecipato al giudizio o che, comunque, non siano stati messi in grado di parteciparvi (cfr. anche Cass., sent. 27 giugno 2005, n. 13814, Cass., sent. 20 novembre 2001, n. 14587; Cass., sent. 22 giugno 2001, n. 8567 su cui M. BASILAVECCHIA, *Ancora incertezze sugli accertamenti relativi a società e soci*, in *Corr. trib.*, 2002, pag. 28; A. MERCATALI, *Accertamento di maggiori redditi in capo a società di persone: efficacia ed effetti processuali e sostanziali nei confronti del reddito da partecipazione dei soci*, in *Boll. trib.*, 2004, pag. 1295. La stessa questione risulta risolta, però, in modo oscillante dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In proposito si segnala: Cass., sent. 3 marzo 2006, n. 9446 secondo cui "La decisione della controversia relativa al reddito di una società di persone si riflette necessariamente sulla controversia in cui si discute, ai fini Irpef, del reddito percepito dal socio dalla società. Ove però la controversia introdotta dalla società riguardi l'Ilor e quella introdotta dal socio l'Irpef non ricorrono le condizioni per la sospensione necessaria della seconda controversia in attesa che sia decisa la prima (la Corte dichiara quindi manifestamente infondato ex art. 375 del codice di procedura civile il ricorso dell'Amministrazione che aveva impugnato la sentenza favorevole al socio emessa recependo la sentenza favorevole alla società non ancora passata in giudicato)"; sulla stessa questione, ma, in senso diametralmente opposto, Cass., sent. 10 marzo 2006, n. 5366, ove si legge che "la pendenza di una controversia sul reddito di una società di persone soggetta a

ILOR, cui abbia partecipato il singolo socio dell’ente, comporta, invece, l’obbligo di sospendere, ai sensi dell’art. 295 cod. proc. civ., la separata causa eventualmente promossa dal socio stesso per contestare la rettifica del proprio imponibile ai fini dell’IRPEF, nella parte inerente al computo della quota del reddito sociale, in quanto la decisione della prima controversia produrrebbe, comunque, effetti vincolanti sulla decisione dell’altra”.

Con riferimento alla questione del litisconsorzio, la soluzione offerta è parimenti negativa in quanto dalla mancanza di configurabilità sul piano procedimentale di un litisconsorzio necessario tra società e soci, diviene conseguente negare un analogo litisconsorzio nella successiva fase processuale d’impugnazione dell’accertamento unitario e di quello singolare. La Cassazione nega così il litisconsorzio necessario sia tra la società ed i soci nell’impugnazione dell’accertamento unitario, sia tra i soli soci in sede d’impugnazione degli accertamenti singolari. Cfr. Cass., sent. 17 ottobre 2005, n. 20095; Cass, sent. 8 settembre 2005, . n. 17936; C. BAFILE, *Il nuovo processo tributario*, Padova, 1994, pag. 60. Ritengono, di contro, che vada riconosciuto il litisconsorzio necessario, dovendo comunque essere coinvolti tutti i soci ai fini della rispettiva determinazione delle quote imputabili: L. CASTALDI, *Art. 14 (Litisconsorzio e intervento)*, in *Il nuovo processo tributario – Commentario*, di T. BAGLIONE - S. MENCHINI - M. MICCINESI et al., Milano, 2004, pag. 173; G. MACCAGNANI, *Art. 14 (Litisconsorzio ed intervento) – Commento*, in *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, di C. CONSOLO - C. GLENDI, Padova, 2005, pag. 125. Ha poi invocato la soluzione del litisconsorzio necessario in sede processuale quella dottrina, oggi minoritaria, che ha ritenuto vincolante in capo ai singoli soci l’accertamento condotto nei confronti della società: P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 305. In materia si confronti: S. CAPOLUPO, *Il socio può contestare l’accertamento definitivo della società personale*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 5828; A. ROSSI, *Accertamento nei confronti della società a base personale e rettifica del reddito da partecipazione. Profili processuali*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 6281; B. FLESSATI, *L’accertamento unitario dei redditi prodotti dalla società di persone e dal socio*, in *Boll. trib.*, 2003, pag. 63; G. TREMONTI, *Ancora sull’accertamento “unitario” dei redditi delle società di persone*, in *Dir. prat. trib.*, 1979, pag. 883; M. BRUZZONE, *Notifica di atti tributari a coobbligati solidali e litisconsorzio necessario*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3087. Negano la sussistenza di un giudizio litisconsorzile: F. TESAURO, *L’accertamento unitario dei redditi delle società di persone*, in *Boll. trib.*, 1979, pag. 437; C. GLENDI, *L’oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, pag. 779; F. V. ALBERTINI, *Il processo con pluralità di parti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Il processo tributario*, diretta da F. TESAURO, Torino, 1998, pag. 275; B. BELLE, *Il processo tributario con pluralità di parti*, Torino, 2002, pag. 113. Cfr. anche P. RUSSO, *Processo tributario*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, pag. 765; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario – Il processo tributario*, Milano, 2005, pag. 68; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag., 305; A. CAROBELLO, *Sul litisconsorzio necessario nel processo tributario: cause inscindibili e rapporti plurisoggettivi nell’analisi di giurisprudenza e dottrina*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 7035.

Sul tema del litisconsorzio preme sottolineare un’apertura ad opera della Cassazione con la sentenza 22 marzo 2007, n. 10792 ove si legge che *“I ricorsi dei soci vanno riuniti a quelli della società in ragione del vincolo di pregiudizialità necessaria che si ricava dall’art. 5 del Tuir. Infatti, nella specie, i soci non prospettano tesi difensive autonome rispetto a quelle prospettate dalla società e le sentenze impugnate dai soci sono motivate per relationem rispetto a quelle relative alla società. Si tratta dunque di cause inscindibili, connesse per vincolo di consequenzialità pregiudizialità necessaria, che vanno decise unitariamente, in ossequio al principio, recentemente affermato da questa Corte, secondo il quale “Ogni volta che per effetto della norma tributaria o per l’azione esercitata dall’Amministrazione Finanziaria (oggi l’Agenzia delle Entrate) l’atto impositivo debba essere o sia unitario, coinvolgendo nella unicità della fattispecie costitutiva dell’obbligazione una pluralità di soggetti, e il ricorso proposto da uno o più degli obbligati abbia ad oggetto non la singola posizione debitoria del ricorrente, ma la posizione inscindibilmente comune a tutti i debitori rispetto all’obbligazione dedotta nell’atto autoritativo di impugnato, ricorre una ipotesi di litisconsorzio necessario nel processo tributario ai sensi dell’art. 14, comma 1, del D.Lgs. n. 546 del 1992” (Cass., SS.UU., n. 1054/2007)”. Nel precedente da ultimo richiamato dalla stessa Cassazione era stato affermato che *“La disciplina litisconsortile nel processo tributario risponde a regole non omogenee a quelle che presidiano la disciplina avente lo stesso oggetto nel processo ordinario poiché l’inscindibilità emerge nel**

CAPITOLO QUARTO

Se sono, queste le conclusioni cui giunge la dottrina ⁽⁷³⁹⁾ nell'ipotesi di accertamento delle società di persone che, come chiarito, paiono potersi riproporre anche nell'ipotesi di trasparenza delle società di capitali per effetto del testuale rinvio operato dall'art 115 t.u.i.r. all'art. 40, d.P.R. n. 600 del 1973, tuttavia, proprio con riferimento all'accertamento in caso di trasparenza delle società di capitali, le stesse conclusioni meritano alcuni aggiustamenti per tenere conto di una circostanza: la responsabilità solidale della società partecipata per l'imposta, le sanzioni e gli interessi relativi al reddito imputato per trasparenza che non è dato riscontrare nell'ipotesi di cui all'art. 5 t.u.i.r..

Lo schema procedimentale illustrato prevede la notifica alla società ed ai soci di un accertamento unitario e la notifica ai soci dell'accertamento singolare loro riferibile. Dalla risultanza di tale accertamento deriva la responsabilità della solidale della partecipata, occorre alla individuare attraverso quale forme si possibile farla valere.

peculiare rapporto tra atto impugnato e contestazione del contribuente. Conseguentemente sussiste litisconsorzio necessario ogniqualvolta per effetto della norma tributaria o per l'azione esercitata dall'ufficio finanziario l'atto impositivo debba essere o sia unitario e il ricorso proposto da uno o più degli obbligati abbia ad oggetto non la singola posizione debitoria del ricorrente, ma quella inscindibilmente comune a tutti i debitori, quali sono i condividenti - in quanto titolari di un diritto reale di un bene- nel giudizio su suo valore". Così la Corte ha innovato ad una giurisprudenza più che consolidata secondo cui, agli effetti dell'imposta di registro, ciascuna delle parti è obbligata in solido con le altre parti dell'atto nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria, ma questa può rivolgersi anche ad una sola delle parti e, in ogni caso, ove l'accertamento o l'avviso di liquidazione sia rivolto a più parti, i ricorsi da ciascuno proposti seguono autonomi giudizi. L'inscindibilità viene rinvenuta dai giudici di legittimità a Sezioni unite in due diversi elementi della fattispecie costitutiva dell'obbligazione rinvenuti, rispettivamente, negli elementi comuni ad una pluralità di soggetti e quando tali elementi sono stati posti a fondamento dell'impugnazione proposta da uno dei soggetti obbligati. Il principio di diritto fissato dalla sentenza in rassegna è la sussistenza del litisconsorzio necessario ogniqualvolta, per effetto della norma tributaria o per l'azione esercitata dall'ufficio finanziario, l'atto impositivo debba essere o sia unitario e il ricorso proposto da uno o più degli obbligati abbia ad oggetto non la singola posizione debitoria del ricorrente, ma quella inscindibilmente comune a tutti i debitori. Cfr. N. PENNELLA, *Nota a Cass., Sez. unite civili, 18 gennaio 2007, n.1052 – Finanze c. D.*, in *Giur. imp.*, rivista online consultabile su internet all'indirizzo: www.giurisprudenzaimposte.it/.

La Corte di Cassazione sta faticosamente cercando di chiarire l'operatività dell'istituto del litisconsorzio necessario nell'ambito del processo tributario; la sentenza 22 marzo 2007, n. 10792 rappresenta un'importante apertura per valutare la portata della quale si dovrà però ancora attendere. La Sezione tributaria della Corte di Cassazione, con ordinanza 7 marzo 2007, n. 10327 (depositata il 7 maggio 2007), ha rimesso al Primo Presidente l'opportunità di devolvere alle Sezioni Unite il contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità (o meno) che la sentenza relativa all'accertamento del reddito societario del socio di una società di persone sia motivata con un mero rinvio alla sentenza relativa alla società; e se non sia (invece) necessario che la sentenza relativa al singolo socio contenga una specifica motivazione. Come osservato già da alcuni Autori (C. LUCARIELLO, *Al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione gli effetti processuali del cosiddetto vincolo di consequenzialità necessaria fra il reddito della società di persone e i redditi dei singoli soci*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 3975) verosimilmente spetterà alle Sezioni Unite risolvere, contestualmente per pregiudizialità logica al contrasto sopra esposto, il connesso e complesso problema della configurabilità di un litisconsorzio necessario fra società di persone e singoli soci.

⁽⁷³⁹⁾ Si rinvia a A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 171 per la descrizione dello stato della dottrina e per gli ampi riferimenti; cfr. anche G. TREMONTI, *Ancora sull'accertamento "unitario" dei redditi delle società di persone*, cit., pag. 883.

A questo proposito, vengono teoricamente in gioco l’iniziale atto unitario notificato alla società (e ai soci) e il successivo atto singolare notificato solo ai soci.

È stato, in primo luogo escluso che sia sufficiente l’atto di accertamento unitario notificato alla società per rettificare il reddito da questa prodotto ⁽⁷⁴⁰⁾ dal momento che esso non reca la liquidazione del tributo ⁽⁷⁴¹⁾, essa indica solo il maggior reddito accertato in capo alla società prendendo a base il quale dovranno essere calcolate le maggiori imposte dovute dai soci. Come osservato in precedenza, la liquidazione dell’imposta può avvenire solo in capo al socio la situazione personale del quale si deve tenere conto.

In tema di coobbligazione solidale, è, pacifico in dottrina ⁽⁷⁴²⁾ che per procedere nei confronti del coobbligato, è necessario un autonomo atto impositivo con il conseguente atto di esecuzione, sicché, per procedere nei confronti della società, occorre un autonomo atto impositivo. In proposito è stata suggerita l’opportunità ⁽⁷⁴³⁾ di procedere alla notifica alla società partecipata dell’atto di accertamento singolare emesso nei confronti del socio. Attraverso tale schema operativo, si garantisce il rispetto del diritto di difesa della società in modo analogo a quanto chiarito in tema di società di persone. La notifica dell’avviso rivolto al socio anche alla società consente una definizione unitaria dei presupposti generici della responsabilità, sia in capo al responsabile (la società), sia nei riguardi del debitore principale (il socio). Anche alla società, infatti, deve essere riconosciuta la possibilità di opporre, in sede di impugnazione dell’atto, argomenti validi a contestare, oltre ai presupposti specifici della propria chiamata

⁽⁷⁴⁰⁾ A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 201 che pure nega la possibilità d’invocare la responsabilità della società direttamente con la cartella di pagamento emessa in base al ruolo intestato al socio. Nonostante l’art. 25, d.P.R. n. 602 del 1973, consenta al concessionario di procedere alla notifica della cartella di pagamento, oltre che al debitore intestatario del ruolo, anche al coobbligato nei cui confronti intende procedere, si ritiene che tale previsione non consenta di estendere l’efficacia soggettiva del ruolo a soggetti diversi dall’intestatario.

⁽⁷⁴¹⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 145; S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4828.

⁽⁷⁴²⁾ A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 198 per gli ampi richiami dottrinali tra cui si segnala A. FANTOZZI, *La solidarietà nel diritto tributario*, cit., pag. 453; M. MICCINESI, *Solidarietà nel diritto tributario*, cit., pag. 445; M. C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, cit., pag. 244; L. CASTALDI, *Solidarietà tributaria*, cit. pag. 2.

⁽⁷⁴³⁾ V. FICARI, *L’imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 146; A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 201 che, oltre a sottolineare l’opportunità di notificare l’avviso di accertamento singolare dei soci anche alla società, osserva che, in alternativa, si potrebbe procedere nei confronti della società coobbligata con la notifica della cartella di pagamento, che è sempre atto del concessionario, ma sostanzialmente riproduttivo del ruolo, che è, invece, atto dell’ente impositore. Nell’attuale contesto normativo risulta centrale l’art. 25, d.P.R. n. 602 del 1973, per effetto del quale il concessionario è legittimato a procedere alla notifica della cartella di pagamento, oltre che al debitore intestatario del ruolo, anche al coobbligato nei cui confronti intende procedere. Secondo l’AUTORE, in questo mutato quadro normativo, l’esigenza di assicurare una compiuta difesa alla società, quale responsabile in solido, potrebbe ricevere adeguata soddisfazione anche prescindendo dalla previa notifica alla società dell’accertamento del socio, e, quindi, direttamente con l’atto esecutivo; a condizione, però, che la cartella di pagamento, con cui viene avanzata la pretesa, non sia redatta in base al ruolo intestato al socio bensì in ragione di un’autonoma intestazione per la società.

CAPITOLO QUARTO

in solido (ad esempio perché il debito per cui si procede non è relativo ad un reddito non dichiarato dalla società), quelli generici, validi a confutare l'accertamento singolare stesso (quali la posizione di socio del contribuente, la misura della sua partecipazione e, quindi, dell'imputazione del reddito, nonché la configurabilità stessa di un debito per cui far valere la responsabilità solidale, come nel caso in cui il reddito societario imputato trovi capienza nelle perdite del socio) ⁽⁷⁴⁴⁾.

Pertanto l'avviso di accertamento singolare sarà notificato solo al socio nel caso in cui questi non abbia dichiarato il reddito correttamente imputato, mentre sarà notificato sia al socio che alla società qualora si tratti di contestazioni che gli Uffici muovono circa l'esistenza e la determinazione del reddito societario come risultante dalla dichiarazione della società trasparente. La notifica alla società discende dalla funzione da questa svolta in punto di determinazione; se così è, l'avviso dovrà riguardare, però, solo e necessariamente il contenuto della dichiarazione e la determinazione del reddito imponibile o delle perdite trasmissibili in base alle regole della trasparenza ⁽⁷⁴⁵⁾.

Né vale obiettare che sia sufficiente la notifica alla società dell'avviso di accertamento unitario; i due avvisi di accertamento e gli eventuali giudizi avranno oggetti differenti. Il giudizio avverso l'avviso di accertamento unitario notificato alla società ed i soci avrà ad oggetto la determinazione del reddito in capo alla società. Verrà valutata l'obbligazione tributaria della società trasparente; diversamente il giudizio avverso l'avviso di accertamento singolare notificato al socio ed alla società in quanto solidalmente responsabile avrà ad oggetto la determinazione della maggiore imposta dovuta una volta sommato algebricamente al reddito complessivo del socio la quota di maggior reddito di competenza del socio accertata in capo alla società.

È, infine, ovvio che, ove la società partecipata non prendesse parte al processo eventualmente instaurato dal socio, il giudicato che risulterebbe all'esito del procedimento avrebbe efficacia anche nei suoi confronti in quanto, per mezzo della notifica è fatto salvo il suo diritto di difesa.

Il modello procedimentale che si è illustrato rafforza la necessità che l'impugnazione degli avvisi di accertamento della società e dei soci avvenga contestualmente. Dal punto di vista sostanziale si ricorda allora che la società può essere chiamata quale responsabile solidale solo nell'ipotesi in cui il maggior reddito in capo al socio dipenda da comportamenti della stessa società. È, quindi, evidente la necessità della partecipazione della società che può direttamente essere chiamata a rispondere. La pluralità di notifiche a cui l'Amministrazione deve provvedere, la pluralità di giudizi che possono essere instaurati e la conseguente possibilità di pluralità di giudicati, l'aggravio in termine di tempi e di costi che deriva dalla pluralità di giudici frustano fortemente le esigenze di difesa della società e dei soci. Tali circostanze rafforzano le istanze del litisconsorzio necessario. La struttura del presupposto e la sussistenza della responsabilità di

⁽⁷⁴⁴⁾ Fornisce questi esempi A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 204.

⁽⁷⁴⁵⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 146.

imposta della partecipata impongono la formazione giudiziale di un risultato omogeneo in capo a partecipanti ⁽⁷⁴⁶⁾ ⁽⁷⁴⁷⁾.

21.2. – ... (segue): *la fase patologica dell’irrogazione delle sanzioni tributarie di natura penale.*

Ulteriori considerazioni merita l’ipotesi in cui i soci di società trasparenti si rendano responsabili di sanzioni tributarie di natura penale. Già con riferimento alle società di persone, la dottrina ⁽⁷⁴⁸⁾ ha messo in luce come la riforma penaltributaria abbia prodotto un particolare modo di atteggiarsi della responsabilità penale in materia tributaria. Si dovrà verificare la perdurante validità di tali osservazioni nel caso della trasparenza delle società di capitali.

Le società di persone, come più volte chiarito nella presente trattazione, perdono la soggettività tributaria in senso sostanziale, conservando, quella in senso formale. Ne consegue che gli enti trasparenti, pur tenuti ad adempiere agli obblighi dichiarativi, non sono destinatarie di alcun obbligo di determinazione delle imposte relative ai propri redditi, adempimento rimesso, invece, a ciascun socio, il quale vi provvederà sommando il reddito prodotto in forma associata agli altri redditi eventualmente percepiti.

La sostanziale neutralità impositiva della dichiarazione presentata dalla società in materia di imposte sui redditi mette in discussione la conformazione di alcuni degli elementi costitutivi delle fattispecie penali tributarie di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Queste individuano:

- 1) un elemento oggettivo;
- 2) un elemento soggetto;
- 3) in talune fattispecie, specifiche soglie di punibilità.

Quanto all’elemento oggettivo, questo ruota intorno a tre fondamentali tipologie di condotte criminose: la dichiarazione fraudolenta, la dichiarazione infedele, l’omessa dichiarazione, a cui si aggiungono, come si esprime la relazione governativa di accompagnamento al d.lgs. n. 74 del 2000 e la relativa circolare illustrativa ⁽⁷⁴⁹⁾, alcune “figure collaterali” di rilevante attitudine lesiva consistenti nell’emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti al fine di consentire a terzi l’evasione, nell’occultamento o la distruzione di documenti contabili in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume d’affari e nella sottrazione alla riscossione coattiva delle imposte mediante il compimento di atti fraudolenti su propri od altrui beni.

⁽⁷⁴⁶⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 549; G. FALSITTA, *Presupposto unitario plurisoggettivo, giusto riparto e litisconsorzio necessario nella solidarietà passiva tributaria (nota a Cass., SS.UU. n. 1052/2007)*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 174. In generale cfr. anche E. ALTIERI, *Accertamento nei confronti di società di persone e soci nel processo tributario: litisconsorzio necessario?*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 640.

⁽⁷⁴⁷⁾ Si ricorda di nuovo l’ordinanza 7 marzo 2007, n. 10327 con cui la Cassazione, Sez. Trib., ha rimesso al Primo Presidente della Corte di Cassazione, al fine di valutare l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione in ordine ai requisiti motivazionali che debba assumere la sentenza quando deve statuire su una questione dipendente da altra pregiudiziale. Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Rapporti tra sentenze nell’accertamento unitario su soci e società*, in *GT – Riv. giur. trib.* 2007, pag. 757.

⁽⁷⁴⁸⁾ P. RUSSO, *I soggetti attivi nei delitti dichiarativi*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 5072.

⁽⁷⁴⁹⁾ Circolare 4 agosto 2000, n. 154/E.

CAPITOLO QUARTO

Le condotte menzionate vengono poste in essere attraverso l'indicazione in dichiarazione o nelle scritture contabili di elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi. Essendo le società di persone tenute alla presentazione della dichiarazione, tali condotte ben potranno essere realizzate al livello della società i cui soci – amministratori potranno, quindi, essere chiamati a sopportarne la relativa responsabilità.

L'affermazione della penale responsabilità di tali soggetti richiede anche la verifica dell'elemento soggettivo che, nel sistema del d.lgs. n. 74 del 2000, è rappresentato dal dolo di evasione. Il suo accertamento impone alcune precisazioni in quanto il socio – amministratore che presenti una dichiarazione della società fraudolenta (o semplicemente infedele) non potrà mai agire al fine di far evadere le imposte alla società rappresentata, dal momento che questa non è sottoposta ad imposizione diretta, potrà, invece, agire al diverso fine di consentire l'evasione a sé stesso nella sua qualità di socio tenuto ad indicare nella propria dichiarazione personale una quota dei redditi netti prodotti dalla società. Occorre, infatti, porre in risalto come, nella sistematica dei delitti dichiarativi del d.lgs. n. 74 del 2000, il “fine di evadere le imposte” risulta chiaramente distinto dal “fine di consentire a terzi l'evasione” di cui agli artt. 8 e 10 dello stesso decreto; ciò implica che la selezione volitiva di chi redige la dichiarazione fraudolenta o infedele deve avere ad oggetto l'evasione delle imposte proprie del soggetto cui si riferisce la dichiarazione stessa e non quelle da altri dovute ⁽⁷⁵⁰⁾. I soci – amministratori, attraverso l'indicazione nella dichiarazione della società di elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi, possono allora perseguire il fine di evadere le imposte (in quanto riducendo l'imponibile della società trasparente di cui sono soci correlativamente riducono il proprio imponibile) così da rendersi responsabili dei delitti di cui agli artt. 2 e segg., d.lgs. n. 74 del 2000; diversamente i soci non amministratori, fuori dai casi di concorso con gli amministratori, non potranno rendersi responsabili di tali delitti a livello della società.

Occorre, infatti, tenere distinte le due situazioni: la dichiarazione della società e la dichiarazione dei soci. Infedeltà relative alla dichiarazione della società potranno essere compiute solo dai soci – amministratori, invece, dal momento che la dichiarazione dei singoli soci assume un'autonoma rilevanza penale, infedeltà relative alla dichiarazione dei soci – amministratori e non amministratori potranno essere compiute da entrambe le categorie di soci ⁽⁷⁵¹⁾. Risulta, infatti, diverso l'oggetto materiale dei delitti (la dichiarazione della partecipata e quella del socio) e risulta diversa la condotta (indicazione di costi fittizi od omessa indicazione di ricavi nella dichiarazione della partecipata e omessa indicazione del reddito di partecipazione nella dichiarazione del socio). Pur rappresentando l'evasione d'imposta da parte del socio l'esito per trasparenza dell'evasione commessa dalla partecipata, le condotte della partecipata e del socio sono oggettivamente differenti. Si comprende allora perché il socio – amministratore possa essere chiamato a rispondere di due distinti delitti: di quello

⁽⁷⁵⁰⁾ S. SCREPANTI, *Considerazioni in tema di responsabilità penale nel consolidato fiscale*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 522.

⁽⁷⁵¹⁾ E. MASTROGIACOMO, *Il principio di trasparenza e i delitti in dichiarazione*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 4254; F. ROBERTO, *Le sanzioni nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1874.

avente ad oggetto la dichiarazione della partecipata e di quello avente ad oggetto la propria dichiarazione. La circostanza che diversi siano la condotta posta in essere e l’oggetto materiale comporta che non si sia in presenza di un medesimo fatto, ovvero di più reati distinti commessi con una unica azione, bensì di diversi fatti commessi con più azioni. Esclusa così l’ipotesi del concorso apparente di norme, troveranno applicazione le regole del concorso materiale di reati, ma, tenuto conto che in questa ipotesi appare sussistere pacificamente il vincolo della continuazione, il socio potrà beneficiare dell’applicazione del cumulo giuridico delle pene.

Il socio – non amministratore risulterà, invece, unicamente responsabile dei delitti inerenti la propria dichiarazione, salvo che non si dimostri il concorso con il socio amministratore.

Si è così potuto verificare il particolare atteggiarsi degli elementi oggettivo e soggettivo nei reati tributari commessi relativamente a dichiarazioni di società di persone, occorre ora verificare il terzo elemento costitutivo di tali reati: il superamento delle soglie di punibilità ⁽⁷⁵²⁾. Tale elemento rileva nei delitti di cui agli artt. 3, 4, e 5, d.lgs. n. 74 del 2004 per la commissione dei quali è necessario che:

- 1) l’imposta evasa, a seguito della omessa dichiarazione di elementi attivi e/o dell’avvenuta dichiarazione di elementi passivi fittizi, sia superiore ad uno specifico importo;

⁽⁷⁵²⁾ Non si entra in questa sede sulla natura giuridica delle soglie di punibilità. Ci si limita a ricordare che, in merito, sono state avanzate varie teorie (sul tema si rinvia a G. SPAGNOLO, *Diritto penale tributario*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell’impresa*, Bologna, 1998, pag. 715). È stato ipotizzato che la soglia di punibilità sia:

- a) presupposto del reato;
- b) elemento essenziale del reato o;
- c) condizione obiettiva di punibilità.

La prima teoria (soglia quale presupposto del reato) non ha avuto seguito in quanto anche se la percezione del reddito non dichiarato è un fatto che indubitabilmente preesiste rispetto alla condotta, il superamento della soglia di evasione in realtà consegue non già dal possesso del reddito stesso, ma dall’omessa dichiarazione di esso. Per ricondurre, invece, le soglie quantitative alle condizioni obiettive di punibilità, ci si rifà all’art. 2, comma 2, lettera a), della legge delega 25 giugno 1999, n. 205, che imponeva la previsione di un numero ristretto di fattispecie, caratterizzate da rilevante offensività per gli interessi dell’Erario. Ne conseguirebbe, invece, che esse costituiscono un elemento di natura estrinseca che non deve essere investito da alcun coefficiente psichico e che è stato utilizzato dal legislatore per selezionare le omissioni più gravi. La dottrina maggioritaria (A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, cit. pag. 662) osserva, però, che le soglie in questione non costituiscono affatto un avvenimento futuro e incerto, tale, secondo il disposto dell’art. 44 cod. pen., da determinare la punibilità del colpevole anche se l’evento da cui dipende il verificarsi della condizione non è da lui voluto, dal momento che, nelle ipotesi considerate, è, anzi, espressamente richiesto dalla norma che il soggetto abbia agito per fini di evasione. Considera le soglie di punibilità un elemento essenziale del reato la relazione governativa e la giurisprudenza. In particolare, con specifico riferimento ai nuovi delitti in materia di dichiarazione, la relazione al d.lgs. n. 74 del 200 afferma, ancorché incidentalmente, nell’illustrazione del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, che le soglie di punibilità sono “*da considerarsi alla stregua di altrettanti elementi costitutivi del reato, e che, in quanto tali, debbono essere investiti dal dolo*”. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella sentenza 15 gennaio 2001, n. 35, ha preso posizione sul punto affermando che “*l’illecito previsto dalla nuova normativa costituisce un delitto il cui elemento soggettivo è rappresentato dal dolo specifico preordinato alla realizzazione dell’evento, costituito dall’evasione dell’imposta in misura non inferiore a lire 150 milioni con correlato danno per l’Erario*”.

CAPITOLO QUARTO

- 2) la somma algebrica degli elementi attivi non dichiarati e degli elementi passivi fittizi dichiarati (cioè l'imponibile evaso) sia superiore ad una data percentuale degli elementi attivi indicati in dichiarazione.

In base all'art. 1, comma 1, lettera f), d.lgs. n. 74 del 2000, l'imposta evasa è la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella dichiarata, al netto di quanto versato dal contribuente o da terzi a titolo d'acconto, di ritenuta o, comunque, in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine.

Nelle società di persone, il calcolo dell'imposta evasa presenta alcuni profili problematici in quanto non si può determinare un'imposta evasa a livello della società, ma solo a livello dei singoli soci.

Per cercare di ovviare alle difficoltà di ordine pratico che ne derivano, è stato approvato, in data 25 ottobre 2000, un protocollo di intesa tra la Procura presso il Tribunale di Trento, la Direzione delle Entrate per la provincia autonoma di Trento e il Comando regionale della Guardia di finanza del Trentino – Alto Adige, sulla tutela penale degli interessi erariali. Tale documento ha una prevalente funzione operativa, ma non tralascia l'elaborazione di un supporto dogmatico alle conclusioni aggiunte⁽⁷⁵³⁾; esso ritiene che:

- a) con riferimento ai delitti aventi ad oggetto la dichiarazione della società, per valutare il superamento della soglia di punibilità devono sommarsi le imposte evase da tutti i soci, in quanto la condotta dell'amministratore di una società di persone deve essere valutata alla stregua della complessiva offensività del suo comportamento;
- b) con riferimento ai delitti aventi ad oggetto le dichiarazioni dei soci, il riferimento all'imposta evasa deve essere fatto agli scaglioni marginali; in altri termini il reddito evaso dal singolo socio, promanante dalla falsa indicazione dei redditi della società, deve considerarsi come aggiuntivo rispetto a quello dichiarato e, conseguentemente, devono applicarsi le percentuali relative agli scaglioni di reddito massimi per lo specifico socio contribuente. In proposito è stato, inoltre, statuito che, anche quando non tutti i soci risultino aver beneficiato del denaro frutto dell'evasione “... *il calcolo dell'imposta evasa sugli scaglioni di reddito verrà effettuato come se il reddito si fosse ripartito tra i soci in relazione alle rispettive quote di partecipazione al capitale*”.

La soluzione *sub a)* ha destato alcune perplessità in dottrina⁽⁷⁵⁴⁾ in quanto non risulta pienamente conforme ai principi ed alle caratteristiche alla base del nuovo diritto penale tributario di matrice personalistica. Non appare, infatti, corretto traslare in sede penale, *sic et simpliciter*, rigidi (ed incontrovertibili) e non personali criteri di ripartizione della materia imponibile (principio di trasparenza) contenuti nella normativa tributaria, prescindendo dagli elementi richiesti per il perfezionamento dei delitti dichiarativi tributari. È stato, infatti, osservato che, poiché la soglia di punibilità è elemento costitutivo dei delitti in esame (e non condizione obiettiva di punibilità) e poiché, quindi, il reo deve essere consapevole di agire superando la soglia, risulta difficile accertare la sussistenza del dolo, se il

⁽⁷⁵³⁾ E. MASTROGIACOMO, *Società di persone e reati tributari*, in *Impresa c.i.*, 2001, pag. 1010; ID., *Osservazioni sul “protocollo di intesa” di Trento sui nuovi reati tributari*, in *Il Fisco*, 2002, pag. 1830.

⁽⁷⁵⁴⁾ P. RUSSO, *I soggetti attivi nei delitti dichiarativi*, cit., pag. 5074.

soggetto agente non è in grado di conoscere la situazione reddituale di coloro ai quali viene imputato il reddito effettivo di partecipazione alla società di persone.

La soluzione *sub b)* si giustifica per la circostanza che, dal punto di vista del diritto tributario, l’applicazione dell’art. 5 t.u.i.r. non ammette deroghe, dovendosi comunque considerare, per presunzione legislativa, che il reddito sia stato diviso in proporzione alle quote di partecipazione al capitale. Per i redattori del Protocollo, tale ultima notazione dimostra con evidenza come il punto di riferimento debba essere il reddito sottratto dalla società nel suo complesso, sebbene, per un meccanismo di calcolo previsto dalle norme tributarie, l’imposta venga prelevata sui singoli soci. In caso contrario, il socio che ha commesso il comportamento illecito, che pure ha arrecato all’Erario un danno superiore alle soglie di punibilità, potrebbe vedere esclusa la sua responsabilità per un mero meccanismo di ripartizione previsto per altri fini dal diritto tributario ⁽⁷⁵⁵⁾. Tali osservazioni muovono dalla considerazione che maggiore è il numero dei soci, maggiore è il frazionamento del reddito prodotto dalla società di persone, quindi, maggiore è la possibilità che la somma dell’imposta evasa relativa all’evasione del reddito di partecipazione di ogni singolo socio sia al di sotto della soglia di punibilità ⁽⁷⁵⁶⁾.

Si sono così chiarite le condizioni alle quali i può profilare una responsabilità penal – tributaria dei soci – amministratori e non delle società di persone; si può ora verificare se le stesse siano valide per le società di capitali trasparenti.

Nel caso delle società di persone, la possibilità di poter configurare la sussistenza dei reati dichiarativi con riferimento alla società è condizionata dalla possibilità di verificare il dolo di evasione in capo all’amministratore della società. In questa ipotesi, la questione merita soluzione positiva in quanto l’amministratore della società è altresì socio; nel caso dell’art. 115 t.u.i.r., invece, ove soci della società sono altre società di capitali, la stessa questione merita soluzione negativa, salvo nell’ipotesi in cui la stessa persona sommi le cariche di amministratore della società partecipata trasparente e di amministratore della società partecipante o i due soggetti che ricoprono tali cariche siano in accordo tra loro. Come, infatti, si è più volte rimarcato, non dovendo alcunché la società trasparente ai fini IRES ⁽⁷⁵⁷⁾, il firmatario della dichiarazione prodotta dalla società trasparente, ancorché cosciente e consapevole della sua fraudolenza o infedeltà, non potrà essere considerato, in via diretta e autonoma, responsabile dei delitti in parola, in quanto il suo processo volitivo non può in ogni caso coinvolgere il risultato tipico richiesto dalla norma, vale a dire l’evasione delle imposte della società. L’IRES risulta, infatti, dovuta solo dalle società partecipanti, quali titolari degli obblighi dichiarativi e di pagamento relativi ed ai quali appare esclusivamente riferibile il superamento delle soglie di punibilità attinenti all’imposta evasa.

Resta ovviamente ferma la possibilità di configurare una responsabilità del soggetto firmatario della dichiarazione della partecipata, a titolo di concorso eventuale *ex art. 110 cod. pen.*, nel reato commesso dai responsabili delle società

⁽⁷⁵⁵⁾ E. MASTROGIACOMO, *Società di persone e reati tributari*, cit., 2001, pag. 1012.

⁽⁷⁵⁶⁾ E. MASTROGIACOMO, *Società di persone e reati tributari*, cit., 2001, pag. 1011.

⁽⁷⁵⁷⁾ S. SCREPANTI, *Considerazioni in tema di responsabilità penale nel consolidato fiscale*, cit., pag. 524.

CAPITOLO QUARTO

partecipanti, qualora risulti che il soggetto stesso abbia agito con il preciso intento di rendere possibile il fatto tipico evasivo realizzato a livello di società – socie, quando cioè, in pratica, sia possibile provare una preventiva intesa o, quantomeno, un certo coordinamento fra l'amministratore della partecipata e quello della partecipante ⁽⁷⁵⁸⁾.

Per quanto riguarda, invece, la posizione del firmatario della dichiarazione della società partecipata, al di fuori dei casi di concorso, la sua responsabilità per aver trasfuso in quest'ultima il risultato della fraudolenza o della infedeltà della dichiarazione della partecipata potrebbe essere riconosciuta solo allorquando venga provato che lo stesso abbia scientemente e consapevolmente utilizzato quel risultato per alterare la base imponibile della società partecipante, e, quindi, le imposte da questa dovute, e si sia realizzato in concreto il superamento della soglia di punibilità attinente all'imposta evasa nei termini richiesti

Da quanto dianzi prospettato, in definitiva, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, sembra doversi escludere ogni rilievo penale ai fini dell'imposizione sui redditi (fatta salva l'eventuale rilevanza penale del fatto ai fini IVA) al caso del firmatario della dichiarazione fraudolenta o infedele della partecipata che abbia agito per finalità evasive proprie ed esclusive della società partecipata stessa ⁽⁷⁵⁹⁾ che abbiano di fatto ridotto l'imponibile delle partecipanti e, quindi, l'imposta indicata nella dichiarazione di queste, qualora non si acquisisca la prova che il firmatario di tale ultima dichiarazione fosse cosciente e consapevole sia della condotta del firmatario della dichiarazione della partecipata, sia del conseguente risultato evasivo rispetto al reddito complessivo globale.

Per la fattispecie di trasparenza che si analizzerà successivamente, quella dell'art. 116 t.u.i.r., si può giungere a conclusioni intermedie tra quelle a cui si è giunti per le società di persone e per le società di cui all'art. 115 t.u.i.r.. Con riserva di tornare più approfonditamente sul punto, si anticipa che l'art. 116 t.u.i.r. può trovare applicazione solo con riferimento a società a responsabilità limitata partecipate da soci persone fisiche in numero non superiore a 10 (20 per le società cooperative a responsabilità limitata). In questa ipotesi è ragionevole ipotizzare che l'amministratore della società a responsabilità limitata sia anche socio della società stessa, sicché in questa ipotesi sono estendibili le conclusioni cui si è giunti per le società di persone. In questa ipotesi, sarà verificabile l'elemento soggettivo richiesto dalle norme in esame.

Non è però possibile a priori escludere che amministratore della società a responsabilità limitata sia un soggetto esterno alla compagine sociale con l'effetto che, in tale ipotesi, varranno le soluzioni analizzate per il caso delle società di capitali.

⁽⁷⁵⁸⁾ S. SCREPANTI, *Considerazioni in tema di responsabilità penale nel consolidato fiscale*, in cit., pag. 525.

⁽⁷⁵⁹⁾ S. SCREPANTI, *Considerazioni in tema di responsabilità penale nel consolidato fiscale*, cit., pag. 527.

CAPITOLO QUINTO

LA TRASPARENZA FISCALE DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA: PROFILI TECNICO – APPLICATIVI DELL'ART. 116 T.U.I.R.

SOMMARIO: 22. – L'inquadramento della società a ristretta base proprietaria tra la Riforma del diritto societario e la giurisprudenza tributaria; 23. – Condizioni legittimanti l'esercizio dell'opzione per la trasparenza: ambito soggettivo di applicazione dell'art. 116 t.u.i.r.; 23.1. – Tipologie societarie che può rivestire la società partecipata: il problema delle società cooperative a responsabilità limitata; 23.2. – Il volume di ricavi della società partecipata; 23.3. – La composizione della compagine sociale e la residenza dei soci; 24. – Condizioni ostative l'esercizio dell'opzione per la trasparenza; 24.1. – La partecipazione di dividendi e plusvalenze al reddito imponibile della società partecipata tra il diritto interno ed il diritto comunitario; 24.2. – Trasparenza e consolidato – ulteriori interrelazioni tra i due istituti; 24.3. – Ulteriori cause di esclusione e decadenza: profili sostanziali e procedurali; 25. – Esercizio dell'opzione e unanimità della compagine sociale; 26. – Imputazione del reddito e delle perdite e distribuzione di utili trasparenti; 27. – Responsabilità nella trasparenza delle società a ristretta base proprietaria.

22. – L'INQUADRAMENTO DELLA SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA TRA LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO E LA GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA.

L'art. 4, comma 1, lett. h), legge delega n. 80 del 2003, inviata il Governo a consentire l'esercizio dell'opzione per la trasparenza anche alle “*società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria esclusivamente composta da persone fisiche e rientranti nell'ambito di applicazione degli studi di settore*”,

Il legislatore ha dato attuazione a tale principio con i commi 1 e 2 dell'art. 116 t.u.i.r. che disciplinano il regime di trasparenza riservata alle società a responsabilità limitata ed alle cooperative con una ristretta base proprietaria, costituite esclusivamente da persone fisiche⁽⁷⁶⁰⁾. Il comma 1 del citato articolo indica i requisiti per essere ammessi a tale regime, mentre il comma 2 disciplina il riporto, da parte dei soci, delle perdite conseguite dalla società partecipata; a tal fine viene operato un richiamo alle regole contenute nel comma 3, terzo e quarto periodo, dell'art. 115 t.u.i.r., nonché ai limiti posti dal comma 3, primo e terzo periodo, dell'articolo 8 t.u.i.r., riguardanti il riporto delle perdite derivanti dalla partecipazione in società di persone. Ulteriori aspetti di tale regime fiscale sono disciplinati dall'articolo 14, d.m. 23 aprile 2004, che è strutturato in quattro

⁽⁷⁶⁰⁾ L. ROSSI, G. VILLA, *La tassazione per trasparenza della s.r.l. nella riforma fiscale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, pag. 439.

CAPITOLO QUINTO

commi. Il primo di essi, diviso nelle lettere a) e b), integra i requisiti soggettivi richiesti dal citato art. 116 t.u.i.r.. Il secondo e terzo comma regolano la decorrenza degli effetti della decadenza dal regime, a seguito del venir meno dei requisiti soggettivi. L'ultimo comma dell'articolo 14, d.m. 23 aprile 2004, infine, sancisce l'analogia del regime di trasparenza delle società a responsabilità limitata (e delle cooperative) a ristretta base proprietaria con quello della trasparenza previsto per la generalità delle società di capitali, richiamando, ove compatibili, le regole a queste ultime riservate dall'articolo 115 e dalle altre norme del decreto ministeriale.

La legge delega prevedeva che attraverso tale intervento normativo si garantisse l' *“equiparazione ai fini delle imposte dirette della società a responsabilità limitata che esercita l'opzione ad una società di persone”*. Avvicinando il trattamento fiscale riservato ai soci delle società a responsabilità limitata a quello dei soci di società di persone ⁽⁷⁶¹⁾, il legislatore ha dimostrato di cercare di cogliere alcuni spunti che offrivano l'ordinamento nazionale e la prassi giurisprudenziale.

Si deve, infatti, tenere presente che, contemporaneamente alla riforma IRES, nell'ambito del diritto commerciale, si è assistito al progressivo avvicinamento delle due tipologie societarie. In dettaglio, la riforma del diritto societario attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003, ha profondamente rimodellato la società a responsabilità limitata ⁽⁷⁶²⁾ per *“offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità (...) che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese”*. Per ottenere tale risultato, il legislatore ha così cercato di valorizzare il ruolo che la persona del socio ha nella vita della società introducendo regole finora riservate alle società di persone. Vengono, infatti, inseriti elementi personalistici che ridimensionano il ruolo che l'assemblea e gli amministratori hanno tradizionalmente nelle società di capitali e rende addirittura eventuale l'organo di controllo. In altri termini, scompaiono caratteri propri di ciascuno dei tre organi tradizionali, nel senso che, pur restando immutata la figura dell'amministratore, può non esserci un consiglio di amministrazione, e cioè la collegialità nell'amministrazione, con la conseguenza che in questo caso possono subentrare i sistemi di amministrazione propri delle società personali. Preme sin d'ora rilevare una sostanziale differenza nell'approccio seguito dai due rami del diritto. Mentre il diritto commerciale ha inteso intervenire estensivamente nei riguardi della forma societaria in esame, il diritto tributario ha, invece, dovuto individuare una particolare tipologia di società a responsabilità limitata cui consentire l'esercizio dell'opzione per la trasparenza. Per effetto delle disposizioni del codice civile, possono, infatti, essere connotate in senso personalistico tutte le società a responsabilità limitata, indipendentemente dalla composizione della compagine sociale. È, infatti, del tutto irrilevante il numero dei soci, l'esistenza di legami tra loro. In campo tributario, invece, la possibilità di esercitare l'opzione per la trasparenza è consentita solo a talune società a responsabilità limitata la cui compagine sociale è qualitativamente e

⁽⁷⁶¹⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 550.

⁽⁷⁶²⁾ Cfr. *supra* paragrafo 9.1.2.1. – *I tratti caratterizzanti le società a responsabilità limitata nel nuovo contesto normativo.*

quantitativamente definita. Si tratta di società, con riserva di ritornare sul punto, i cui soci sono esclusivamente persone fisiche in numero non superiore a 10 (a 20 per le società cooperative a responsabilità limitata). Tra i due settori del diritto non vi è, quindi, una perfetta sovrapposizione. sicché potrà accadere che una società a responsabilità limitata, pur sfruttando le possibilità offerte dal diritto commerciale, non possa esercitare l’opzione in quanto nella compagine sociale risultano società di capitali o i soci in numero superiore a quello fissato dall’art. 116 t.u.i.r.. Parimenti potranno esercitare l’opzione società a responsabilità limitata il cui assetto societario è di tipo tradizionale.

La norma fiscale, quindi, pur dovendosi confrontare con questo particolare contesto legislativo, se ne affranca.

Il legislatore fiscale risulta aver individuato un modello proprio di società a responsabilità limitata che prende le mosse da quel menzionato orientamento giurisprudenziale ⁽⁷⁶³⁾ secondo cui, pur essendo le società di capitali a ristretta base proprietaria, ed in particolare le società a responsabilità limitata, ordinariamente assoggettate all’imposta sul reddito delle società, tuttavia, ove siano accertati maggiori redditi in capo alla società, gli stessi si presumono distribuiti ai soci. Ai soci, in altri termini, viene imputato per trasparenza, salvo prova contraria, il maggior utile accertato in capo alla società. La giurisprudenza ⁽⁷⁶⁴⁾ riserva tale trattamento alle società a ristretta base azionaria o alle società a base familiare che si caratterizzano per una “*complicità*” che dovrebbe avvincere i soci senza, tuttavia, aver definitivamente individuato i caratteri che devono avere le società cui può applicarsi la menzionata presunzione.

Si registrano anche in tale ipotesi differenze tra l’ipotesi giurisprudenziale e quella legislativa. I giudici applicano la menzionata presunzione di distribuzione sia a società a responsabilità limitata, sia a società di capitali i cui soci sono in numero di gran lunga inferiore a 10, ma di norma legati da vincoli familiari. La differenza esistente tra i perimetri applicativi delle due fattispecie consente alla dottrina ⁽⁷⁶⁵⁾ di ipotizzare una convivenza della presunzione giurisprudenziale e della previsione normativa. Quest’ultima rischia, allora, di essere intesa nel senso di rafforzare il descritto orientamento giurisprudenziale in quanto l’art. 116 t.u.i.r. fissa ad un livello elevato il numero massimo dei soci. La novella legislativa potrebbe così esser interpretata nel senso di ampliare la nozione di società a ristretta base azionaria da cui muove la giurisprudenza avendo individuato uno specifico modello sociale ed organizzativo di società di capitali cui è teoricamente applicabile la trasparenza ⁽⁷⁶⁶⁾.

Potrebbe, però anche offrirsi una preferibile interpretazione di segno contrario in quanto la lettura dell’art. 116 t.u.i.r. potrebbe consentire di non applicare la presunzione di distribuzione all’ipotesi di società per azioni possedute solo da soci persone fisiche. E, in termini più generali, si potrebbe sostenere che il legislatore abbia voluto riconoscere che l’imputazione per trasparenza sia un

⁽⁷⁶³⁾ Cfr. *supra* paragrafo 15. – *Il superamento della soggettività delle società di capitali ad opera della giurisprudenza: il caso delle società a ristretta base proprietaria.*

⁽⁷⁶⁴⁾ Cfr. *ex multis* Cass., sent. 11 novembre 2003, n. 16885; Cass., sent. 16 maggio 2002, n. 7174; Cass., sent. 25 luglio 2002, n. 10951; Cass., sent. 25 maggio 1995, n. 5729.

⁽⁷⁶⁵⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 550.

⁽⁷⁶⁶⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 422.

regime speciale e come tale, quindi, non corrisponda all'*id quod plerumque accidit* ⁽⁷⁶⁷⁾.

In questo contesto normativo e giurisprudenziale deve essere collocato il menzionato art. 116 t.u.i.r. che offre a talune società a responsabilità limitata la possibilità di optare per l'imputazione del reddito societario direttamente in capo ai soci. Per effetto dell'esercizio dell'opzione, l'obbligo del pagamento dell'imposta sul reddito della partecipata si sposta dalla sfera societaria al socio persona fisica, con la conseguenza che il reddito della partecipata sconterà le aliquote previste nell'ambito della tassazione IRPEF. L'opzione per il regime di trasparenza fiscale in esame consente così ai soci di ottenere particolari vantaggi fiscali: il reddito della società partecipata, ivi comprese le relative perdite, viene trasferito dalla sfera impositiva IRES alla sfera impositiva IRPEF ⁽⁷⁶⁸⁾. Ne consegue, quindi, che in caso di trasferimento di utile, queste potrebbero scontare una tassazione più mite in quanto in sede IRPEF, per i redditi di minore ammontare, operano aliquote inferiori a quella proporzionale prevista per le società; in caso di trasferimenti di perdite queste, pur se entro alcuni limiti, potranno essere utilizzate dai soci. L'opzione di cui all'art. 116 t.u.i.r. consente, inoltre, di evitare quella doppia imposizione che si realizzerebbe in sede di distribuzione del dividendi. La disciplina introdotta dalla riforma IRES causa, in sede di distribuzione di dividendi a persone fisiche, un fenomeno di doppia imposizione ancora più marcato di quello che si realizza in sede di distribuzione di dividendi a persone giuridiche. Mentre nel caso in cui il percettore del dividendo sia una società, solo una quota del 5 per cento del dividendo sconta una doppia imposizione, nel caso, invece, in cui il percettore del dividendo sia una persona fisica che detiene partecipazioni qualificate, il 40 per cento del dividendo subisce una doppia imposizione; analogo effetto produce poi la ritenuta a titolo d'imposta del 12,50 per cento applicata sull'intero ammontare del dividendo in caso di dividendi da partecipazioni non qualificate possedute da persone fisiche.

La disposizione di cui all'art. 116 t.u.i.r. si prefigge, quindi una pluralità di risultati (applicazione alle società a responsabilità limitate delle regole delle società di capitali, eliminazione della doppia imposizione) che, analizzando le condizioni richieste dalla norma per l'applicazione del regime di trasparenza e le conseguenze dello stesso, si cercherà ora di verificare in che termini raggiunge.

23. – CONDIZIONI LEGGITTIMANTI L'ESERCIZIO DELL'OPZIONE PER LA TRASPARENZA: AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 116 T.U.I.R...

L'art. 116 t.u.i.r., pur tradendo un'apparente comunanza con le condizioni delineate dall'art. 115 t.u.i.r., si fonda su presupposti in parte diversi da quelli indicati all'articolo precedente.

L'art. 116, comma 1, t.u.i.r., stabilisce, infatti, che possono accedere al regime di trasparenza le società (di capitali) a responsabilità limitata, disciplinate dagli artt. 2462 e segg., cod. civ. e le società cooperative a responsabilità limitata di cui agli artt. 2511 e segg. cod. civ.. Le società partecipate rientranti in una delle

⁽⁷⁶⁷⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 549.

⁽⁷⁶⁸⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1519.

tipologie commerciali indicate ⁽⁷⁶⁹⁾ ed i suoi soci potranno avvalersi del regime di trasparenza, a condizione che le prime siano in possesso dei seguenti requisiti:

- a) volume di ricavi non superiore alla soglia prevista per l’applicazione degli studi di settore;
- b) compagine sociale composta esclusivamente da soci persone fisiche, anche esercenti attività d’impresa, in numero non superiore a dieci ovvero a venti, nel caso di società cooperative.

Analogamente a quanto avviene per le altre società di capitali trasparenti, per le quali i requisiti di ammissione al regime devono essere posseduti “*a partire dal primo giorno del periodo d’imposta della partecipata ...e permanere ininterrottamente sino al termine del periodo d’opzione*”, e tenuto conto di motivazioni di ordine logico e sistematico, il possesso dei requisiti posti dall’art. 116 t.u.i.r. deve sussistere per l’intero arco temporale di vigenza del regime. Ne consegue che il superamento della soglia di ricavi previsti dagli studi di settore o il superamento del limite del numero dei soci determinerà decadenza (ovvero esclusione) dal regime stesso.

La specificità dell’art. 116 t.u.i.r. si rinviene, in primo luogo, nella struttura della compagine sociale che viene richiesta: tutti i soci devono essere persone fisiche, coerentemente con l’intento di parificazione con le società di persone; sono poi assenti i limiti minimi e massimi di partecipazione agli utili, caratteristici dell’art. 115 t.u.i.r., mentre l’art. 116 t.u.i.r. pone solo una limitazione al numero massimo dei soci ⁽⁷⁷⁰⁾.

Attraverso questa scelta il legislatore dimostra di aver individuato una specifica tipologia di società a responsabilità limitata che si distingue dalle altre società di capitali per l’elevato grado di immedesimazione tra il socio e la società. In questa prospettiva, occorre leggere la previsione per cui è esclusa la presenza di soci – società di capitali: il legislatore individua, infatti, in analogia con il modello delle società di persone, una compagine societaria fortemente personalizzata in cui è rilevante l’*intuitus personae*. La presenza di società di capitali, pur se in misura minoritaria, avrebbe attenuato questo connotato; la circostanza che la base proprietaria sia ristretta e formata esclusivamente da persone fisiche accentua il grado di identificazione dell’interesse economico della società con quello dei soci ⁽⁷⁷¹⁾.

Parimenti, la condizione che la società rientri fra i soggetti nei cui confronti tornano applicabili di studi di settore consente di riservare il regime in esame a società di piccole dimensioni. Si tratta, quindi, di società la cui struttura consente a tutti i soci di partecipare alla gestione comune. Il fatto che la società abbia

⁽⁷⁶⁹⁾ Come chiarito nella circolare, n. 49 del 2004, in considerazione del requisito formale richiesto dalla norma per accedere al regime fiscale in esame, è da ritenere che possano rientrare, nella tipologia dei soggetti ammessi alla trasparenza, anche i consorzi svolgenti attività commerciale, costituiti da imprenditori individuali (artt. 2612 e segg., cod. civ.) sotto forma di società a responsabilità limitata, fermo restando il possesso dei requisiti richiesti dalle norme di seguito commentate.

⁽⁷⁷⁰⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2165; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 553.

⁽⁷⁷¹⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 422.

conseguito ricavi per un ammontare superiore a quelli fissati per gli studi di settore rende più difficile ipotizzare l'immedesimazione soci – società ⁽⁷⁷²⁾.

Viene, così, individuato un modello societario utilizzabile in modo diretto dai soci l'attività del quale è a loro direttamente riferibile ed i cui risultati reddituali possono essere dagli stessi facilmente appresi. Si tratta, così, di un modello differente dalle tradizionali forme delle società di capitali. Prevale una connotazione personalistica tipica delle società di persone.

È, però, interessante osservare l'evoluzione che la società di persone ha contemporaneamente avuto. Ci si riferisce alla riconosciuta capacità delle società di capitali di partecipare in società di persone, attuata con la riforma del diritto societario. In particolare, il d.lgs. n. 6 del 2003 ha arricchito l'art. 2361 cod. civ. di un secondo comma, il quale, nel prevedere che *“l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea”*, ha risolto positivamente la *vexata quaestio* ⁽⁷⁷³⁾ dell'ammissibilità dell'assunzione di partecipazioni in società di persone da parte di società per azioni. Per questa ipotesi nulla è stato innovato dal punto di vista fiscale. Ne consegue, quindi, che ad una società di persone di cui è socia una società di capitali o il cui numero di soci è superiore a 10 o supera la soglia di applicazione degli studi di settore, risulterà comunque applicabile il meccanismo di tassazione per trasparenza, precluso, invece, ad una società a responsabilità limitata che si trova nelle stesse condizioni.

Il legislatore tributario ha, così, fortemente ristretto il perimetro applicativo della tassazione per trasparenza delle società a responsabilità limitata. Se la riforma del diritto societario ha permesso una maggiore intercambiabilità tra lo schema della società di persone e la società a responsabilità limitata, dal punto di vista fiscale residuano ancora ostacoli. Il modello societario prescelto non è ancora del tutto neutrale dal punto di vista fiscale.

23.1. – Tipologie societarie che può rivestire la società partecipata: il problema delle società cooperative a responsabilità limitata.

Dal punto di vista della società partecipata, l'art. 116, comma 1, t.u.i.r., stabilisce che possono accedere al regime di trasparenza in esame:

- 1) le società di capitali a responsabilità limitata, disciplinate dagli artt.2462 e segg. cod. civ. e;
- 2) le società cooperative a responsabilità limitata di cui agli artt. 2511 e segg. cod. civ..

⁽⁷⁷²⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 422.

⁽⁷⁷³⁾ F(rancesca) MARCHETTI, *L'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone - profili civilistici*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 391 che osserva che un'attenta lettura dell'art. 2361, comma 2, cod. civ., suggerisce di limitare l'efficacia della disposizione alle sole ipotesi in cui la responsabilità sia inerente e connaturata alla partecipazione, di modo che sia l'assunzione della partecipazione in sé considerata a comportare, appunto, l'insorgere del peculiare regime patrimoniale. In altri termini, rimane esclusa dall'applicazione diretta della norma l'acquisizione, da parte di società di capitali, della partecipazione in qualità di socio accomandante (e di socio con limitazione di responsabilità nella società semplice), dato che essa non comporta l'assunzione di responsabilità illimitata.

L’art. 4, comma 1, lett. h), legge n. 80 del 2003, faceva generico riferimento alle società a responsabilità limitata; il legislatore ha precisato tale riferimento non limitandolo alle sole società lucrative, ma anche alle società cooperative. Tale estensione suggerisce alcune osservazioni alla luce anche delle modifiche apportate dalla riforma del diritto societario attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003 alle società cooperative.

Le società cooperative sono ora definite dall’art. 2511 cod. civ. come “*società a capitale variabile con scopo mutualistico*”. La definizione in esame descrive le società cooperative dal punto di vista strutturale e dal punto di vista causale. Quanto al primo, si sottolinea che la variabilità del capitale sociale costituisce l’elemento essenziale del tipo ⁽⁷⁷⁴⁾. Ciò ha consentito al legislatore di superare il problema dei riflessi sulla struttura delle differenze causali tra società cooperative e società lucrative per creare una società (quella cooperativa) non fornita di caratteristiche proprie se non di quelle strutturali (la variabilità del capitale) coerente con il carattere mutualistico. Questo consente alla società cooperativa di assumere le regole dei diversi tipi sociali; i soci sono ora liberi di scegliere tra un modello organizzativo dai caratteri personali nel quale la struttura corporativa può essere ridotta al minimo (la società a responsabilità limitata) o propendere per una società capitalistica con una struttura organizzativa rigida di natura corporativa. Questa scelta ha consentito al legislatore di prevedere che siano solo le società cooperative a rispondere per le obbligazioni sociali con il loro patrimonio (art. 2518 cod. civ.), superando così la precedente distinzione tra società cooperativa a responsabilità illimitata in cui i soci rispondevano delle obbligazioni sociali in via sussidiaria, solidalmente e illimitatamente ⁽⁷⁷⁵⁾, e società cooperativa a responsabilità limitata.

La scelta tra i modelli della società per azioni e della società a responsabilità limitata non risulta tuttavia del tutto libera. L’art. 2519 cod. civ. prevede, in via generale, l’applicazione della disciplina delle società per azioni. Se questa disciplina si applica in via automatica, il ricorso alle regole stabilite per le società a responsabilità limitata è possibile solo per espressa opzione dei soci in sede di atto costitutivo ed è ulteriormente condizionata a due ulteriori circostanze tra loro alternative:

- a) il numero dei soci cooperatori non sia superiore a 20 o;
- b) l’attivo dello stato patrimoniale non sia superiore ad un milione di euro.

L’applicazione delle disposizioni in tema di società a responsabilità limitata è, quindi, condizionato alla ridotta base associativa della società ovvero alla scarsa rilevanza economica della sua attività. È stato osservato ⁽⁷⁷⁶⁾ che prevedere che le due menzionate condizioni siano tra loro alternative presenta alcune perplessità dal punto di vista della ragionevolezza. Si possono, infatti, avere società cooperative a responsabilità limitata con un numero di soci cooperatori più elevato

⁽⁷⁷⁴⁾ E. TONELLI, *Art. 2511 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 12.

⁽⁷⁷⁵⁾ Senza che tale responsabilità illimitata fosse assimilabile a quella prevista per le società di persone. Così osserva E. TONELLI, *Art. 2511 cod. civ. – Commento*, cit., pag. 13.

⁽⁷⁷⁶⁾ E. TONELLI, *Art. 2519 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 56.

CAPITOLO QUINTO

di venti purché l'attivo dello stato patrimoniale sia contenuto entro il limite fissato oppure società con attivo superiore al milione di euro, ma con un numero di soci cooperatori non superiore a 20. Solo parzialmente, quindi, le condizioni in esame definiscono un modello associativo preciso.

Si deve, inoltre, osservare che è mera facoltà l'assunzione della forma della società a responsabilità limitata. L'assunzione di tale forma diviene, invece, un obbligo nel caso di società cooperative con soci persone fisiche in numero superiore a tre e inferiore a nove. L'art. 2522 cod. civ., infatti, prevede che il numero minimo di soci per costituire una società cooperativa sia nove, tuttavia si consente la costituzione di società cooperative a responsabilità limitata se formate da almeno tre soci persone fisiche ⁽⁷⁷⁷⁾. L'art. 2522 cod. civ. non specifica che si debba trattare di soci cooperatori; pur potendosi avere nella società cooperative altre tipologie di soci quali i soci finanziatori e i soci sovventori ⁽⁷⁷⁸⁾, si ritiene che laddove il legislatore descriva i requisiti minimi per la costituzione di una società cooperativa, intende riferire le soglie minime di soci ai soci cooperatori che sono coloro nei confronti dei quali si svolge lo scambio mutualistico.

Le tipologie societarie adottabili dalle società cooperative possono essere così riassunte:

- a) società a responsabilità limitata, per legge, in caso di soci persone fisiche in numero compreso tra tre e otto;
- b) società per azioni o società a responsabilità limitata, per opzione, in caso di soci, anche non persone fisiche, in numero compreso tra nove e venti o in caso di attivo dello stato patrimoniale non superiore a un milione di euro;
- c) società per azioni, per legge, in caso di soci, anche non persone fisiche, in numero superiore a venti.

La norme fiscale di cui all'art. 116 t.u.i.r. restringe ulteriormente il campo delle società cooperative a responsabilità limitata che possono optare per la trasparenza fiscale: se è integralmente compreso il caso *sub a)* ed escluso il caso *sub c)*, il caso *sub b)* è solo parzialmente incluso. A fini tributari, è, infatti, irrilevante la soglia di attivo dello stato patrimoniale, i soci devono essere solo persone fisiche; unico punto di contatto è dato dalla soglia delle venti soci. Il novero delle società cooperative a responsabilità limitata che possono optare per la trasparenza fiscale risulta così iscritto nel novero delle società cooperative che possono optare per l'applicazione delle regole delle società a responsabilità limitata.

Il raffronto fra le norme fiscali e quelle civili consente un'ulteriore osservazione. L'art. 16 t.u.i.r. tratta, in termini generali, di "soci"; dal punto di vista del diritto commerciale si possono distinguere: i soci cooperatori, i soci finanziatori, i soci sovventori.

Con riferimento ai soci finanziatori, si ricorda che l'art. 5, comma 2, lett. a) e b), legge 3 ottobre 2001, n. 366 recante delega per la riforma del diritto societario invitava il legislatore delegato ad introdurre tale categoria distinguendola da quella dei soci cooperatori e riservandole un'adeguata tutela dei diritti amministrativi e patrimoniali loro riconosciuti. Lo stesso articolo prevedeva

⁽⁷⁷⁷⁾ C. MONTAGNANI, *Art. 2522 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 74.

⁽⁷⁷⁸⁾ Su tali distinzioni si tornerà poco oltre.

che la disciplina delle società cooperative avrebbe dovuto consentire l’emissione di strumenti finanziari partecipativi e non.

Il legislatore ha attuato tali principi con l’art. 2526 cod. civ. rubricato “*soci finanziatori e altri sottoscrittori di titoli di debito*”. La norma consente alla società di emettere strumenti finanziari all’interno dei quali occorre distinguere gli strumenti finanziari partecipativi e i titoli meramente finanziari di debito ⁽⁷⁷⁹⁾. Solo i primi sono rappresentativi della partecipazione alla società e sono dotati di diritti amministrativi o patrimoniali e il loro possesso attribuisce la qualifica di socio finanziatore. La nozione di soci finanziatori vale così a indicare soci che, pur non profittando dello scambio mutualistico, a fronte del loro conferimento, assumono una partecipazione sociale. I diritti di voto attribuibili ai soci finanziatori sono nel complesso limitati giacché non possono superare un terzo dei voti spettanti ai soci presenti in assemblea, entro questo limite, possono essere attribuiti diritti di voto in proporzione al conferimento. Quanto ai diritti patrimoniali che possono essere concessi ai titolari di strumenti finanziari, viene esclusivamente precisato che non possono estendersi alle riserve indivisibili ovvero quelle costituite ed alimentate con la quota di utili non distribuibili. La qualità di socio finanziatore deve considerarsi acquisita anche nelle due ipotesi estreme che possono verificarsi: i casi in cui gli strumenti finanziari siano remunerati con la partecipazione agli utili, ma non attribuiscono poteri sociali o gli stessi attribuiscono poteri di intervento nella vita della società, ma la loro remunerazione non sia collegata agli utili ⁽⁷⁸⁰⁾.

I soci finanziatori possono considerarsi soci a pieno diritto. Ciò si desume non solo dalla rubrica dell’art. 2526 cod. civ. (che appunto parla di soci finanziatori), quanto dai principi espressi dalla delega (art. 5, comma 2, lett. a), b), e), legge n. 366 del 2001) nonché da argomenti letterali e sistematici che emergono dalla riforma, incompatibili con una diversa conclusione. La dottrina ⁽⁷⁸¹⁾ rinviene segnali evidenti nella circostanza che gli strumenti finanziari possono essere rappresentativi di quote di capitale sociale, dunque partecipano della funzione organizzativa di questo a opera dell’art. 2526, comma 1, cod. civ., nella parte in cui prevede che i privilegi nel rimborso del capitale non si estendono alle riserve indivisibili; nella circostanza che in caso di trasformazione della cooperativa in società di capitali gli strumenti finanziari con diritto di voto sono convertiti in partecipazioni ordinarie (art. 2545-*decies*, comma 3, cod. civ.). Il recesso del possessore degli strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto è disciplinato non già dall’art. 2532 cod. civ., ma dall’art. 2437 e segg. cod. civ., che contengono le regole dell’*exit* del socio di società per azioni. Le limitazioni alla remunerazione capitalistica, che devono essere introdotte nello statuto delle società cooperative a mutualità prevalente, non si applicano agli strumenti finanziari, salva l’ipotesi che essi vengano sottoscritti dai soci cooperatori; ai possessori di strumenti finanziari non si applica la regola secondo la quale il

⁽⁷⁷⁹⁾ E. TONELLI, *Art. 2526 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 93.

⁽⁷⁸⁰⁾ A. BASSI, *L’impresa societaria con scopo mutualistico – La partecipazione sociale*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 423.

⁽⁷⁸¹⁾ E. TONELLI, *Art. 2526 cod. civ. – Commento*, cit., pag. 90; ID., *Delle società cooperative*, in G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006, pag. 617.

CAPITOLO QUINTO

dividendo non può essere ripartito in presenza di un rapporto tra patrimonio netto e indebitamento complessivo della società superiore ad un quarto.

Si può concludere che nella società cooperativa che abbia approfittato della facoltà di emettere tali strumenti finanziari, accanto ai soci cooperatori, esista un'altra categoria di soci, i finanziatori, ammessi a partecipare in virtù del loro interesse non allo scambio mutualistico, alla gestione di servizio, ma alla remunerazione del capitale sottoscritto⁽⁷⁸²⁾. I soci finanziatori sono così soci di capitale nella società cooperativa⁽⁷⁸³⁾.

Gli strumenti finanziari di debito, invece, non attribuiscono la qualità di socio dal momento che, quand'anche attribuiscono diritti amministrativi, non consentono il diritto di voto nell'assemblea generale dei soci (art. 2346, ultimo comma, cod. civ.)

La figura dei soci sovventori si inserisce nel tentativo del legislatore di incentivare l'investimento di nelle società cooperative. A questo proposito la legge 31 gennaio 1992, n. 59, ha introdotto particolari categorie di azioni destinate a finanziatori: le azioni dei soci sovventori, le azioni di partecipazione cooperativa⁽⁷⁸⁴⁾. L'art. 4, legge n. 59 del 1992 stabilisce che lo statuto delle società cooperative possa poi stabilire particolari condizioni a favore dei soci sovventori nella ripartizione degli utili. Il tasso di remunerazione loro riconosciuto non può, però, essere maggiorato in misura superiore al due per cento rispetto a quello stabilito per gli altri soci (comma 6). Il sovventore effettua un apporto la cui entità è determinata liberamente, indipendentemente dai limiti massimi stabiliti per i conferimenti dei soci ordinari. I voti attribuiti ai sovventori non devono in ogni caso superare un terzo dei voti spettanti ai soci ordinari. Possono essere nominati amministratori a condizione che la maggioranza degli amministratori sia però, costituita da soci cooperatori.

Le azioni di partecipazione cooperativa possono essere emesse per un ammontare non superiore al valore contabile delle riserve indivisibili e del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio. Ai loro sottoscrittori viene riconosciuto un privilegio nella ripartizione degli utili e nel rimborso del capitale, nonché una remunerazione maggiorata del due per cento rispetto a quella delle quote o azioni dei soci della cooperativa⁽⁷⁸⁵⁾.

All'emissione di azioni di sovvenzione o di azioni di partecipazione cooperativa ricorrono in prevalenza le cooperative in cui la base sociale, formata da soci cooperatori, non sia numericamente elevata e non consente di disporre di apporti in mezzi finanziari sufficienti a conseguire l'oggetto sociale. Tali figure sono accomunate dal prevedere, come per i soci finanziatori, soggetti non interessati al rapporto mutualistico, bensì alla remunerazione del proprio capitale investito nell'impresa, alla stregua di qualsiasi altro socio delle società non mutualistiche⁽⁷⁸⁶⁾. Sono soci cooperatori, invece, i titolari di azioni o quote che

⁽⁷⁸²⁾ E. TONELLI, *Art. 2526 cod. civ. – Commento*, cit., pag. 90; ID., *Delle società cooperative*, cit. pag. 618.

⁽⁷⁸³⁾ In senso contrario G. RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Trattato Diritto Commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 97.

⁽⁷⁸⁴⁾ E. TONELLI, *Delle società cooperative*, cit., pag. 617.

⁽⁷⁸⁵⁾ A. BASSI, *L'impresa societaria con scopo mutualistico – La partecipazione sociale*, cit., pag. 425.

⁽⁷⁸⁶⁾ E. TONELLI, *Delle società cooperative*, cit., pag. 617.

aderiscono alla cooperativa avendo interesse a godere delle prestazioni mutualistiche ⁽⁷⁸⁷⁾.

La facoltà della società cooperativa a responsabilità limitata con numero di soci non superiori a venti, di optare per il regime della trasparenza fiscale, è stata prevista dall’art. 116 t.u.i.r. senza alcun chiarimento sulle figure dei soci che entrano a comporre il numero massimo di venti. Ciò non è un dato privo di rilievo ai fini dell’opzione, poiché gli interessi dei soci sono diversi e difficilmente compatibili con quello della tassazione *pro quota* del reddito complessivo della società in luogo dell’utile spettante sulla propria partecipazione, specie se il reddito complessivo imponibile risulta superiore a quello dell’utile distribuibile ⁽⁷⁸⁸⁾. Nelle società cooperative a responsabilità limitata, il problema ha portata limitata in quanto, pur essendo loro riconosciuta la facoltà di procedere alla raccolta di mezzi finanziari attraverso l’emissione di titoli, sono previste alcune limitazioni. L’art. 2526 ultima comma, cod. civ. consente a tali società di “*offrire in sottoscrizione strumenti privi di diritti di amministrazione solo a investitori qualificati*”. La possibilità di attribuire solo diritti patrimoniali esclude la circostanza che essi possano attribuire la qualità di soci così far correre all’investitore il rischio di impresa in quanto la loro emissione non prevede particolari garanzie ⁽⁷⁸⁹⁾.

Relativamente alla trasparenza di cui all’art. 116 t.u.i.r., la stessa disciplina delle società cooperative a responsabilità limitata consente di fugare le perplessità e di ritenere che i venti soci cui si riferisce la norma tributaria siano soci cooperatori. La norma di cui all’art. 2526, ultimo comma, cod. civ., diversamente interpretata provocherebbe un’ulteriore perplessità. Dovendo gli eventuali titoli emessi dalla società essere sottoscritti da investitori qualificati (ovvero, ai sensi dell’art. 111-*octies*, disp. att. trans. cod. civ., soggetti costituiti ai sensi della legge 25 febbraio 1985, n. 49, fondi mutualistici e fondi pensione costituiti da società cooperative), la loro emissione causerebbe automaticamente la preclusione dall’esercizio dell’opzione per la trasparenza o la decadenza dallo stesso in quanto non sarebbe soddisfatto il requisito della composizione della compagine sociale. Tale conclusione non pare condivisibile in quanto, anche con riferimento all’art. 115 t.u.i.r., il legislatore ha espressamente escluso che l’emissione di strumenti finanziari, anche di tipo partecipativo, possa importare preclusione o decadenza dall’accesso al regime in esame. Nel caso di cui all’art. 116 t.u.i.r., la circostanza che titoli emessi dalla società cooperativa a responsabilità limitata non possano attribuire diritti amministrativi conferma l’impossibilità di attribuire ai sottoscrittori la qualifica di socio; pare, quindi, che ancor più nelle società cooperative a responsabilità limitata, i soci finanziatori restino estranei alla gestione sociale. Ne consegue, quindi, che solo ai soci cooperatori spetti l’esercizio dell’opzione e solo loro sia imputato per trasparenza il reddito della società.

Con riferimento all’art. 115 t.u.i.r., resta, invece, il problema se la presenza di soci finanziatori possa o meno precludere l’esercizio dell’opzione per la

⁽⁷⁸⁷⁾ A. BASSI, *L’impresa societaria con scopo mutualistico – La partecipazione sociale*, cit., pag. 423.

⁽⁷⁸⁸⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 445.

⁽⁷⁸⁹⁾ E. TONELLI, *Art. 2526 cod. civ. – Commento*, cit., pag. 94.

trasparenza. Si pone il problema nell'ipotesi di società cooperativa per azioni che, in qualità di partecipata ⁽⁷⁹⁰⁾ voglia optare per la trasparenza. In via di fatto, è difficile ipotizzare la presenza di una società cooperativa composta da soli soci persone giuridiche; comunque, ulteriori problemi vengono dal rispetto delle percentuali di cui all'art. 115 t.u.i.r.. Se è possibile accertare la percentuale di partecipazione agli utili, è impossibile accertare quella relativa ai diritti di voto in quanto, ai sensi dell'art. 2538, comma 2, cod. civ., ogni socio cooperatore ha un voto, qualunque sia il valore della quota o il numero delle azioni possedute ⁽⁷⁹¹⁾, mentre ai soci finanziatori non può essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale (l'art. 2526 cod. civ. prevede addirittura che la percentuale di voti che tali soci possono esprimere debba essere di volta in volta accertata). L'operatività nelle società cooperative della regola del voto *pro capite* e non *pro quota* impedisce loro di soddisfare i requisiti per rivestire il ruolo di società partecipata.

Tornando all'analisi dell'art. 116 t.u.i.r. si osserva che, già tenendo conto dei soli aspetti strutturali delle società cooperative, sorgono alcune difficoltà all'applicazione della trasparenza; ulteriori difficoltà sorgono se si tiene conto dell'elemento causale. Ciò che connota le società cooperative, e le distingue da quelle lucrative, è il fine mutualistico che esse perseguono. Il menzionato art. 2511 cod. civ., come osservato in precedenza, delinea, infatti, le società cooperative sulla base dello scopo da queste perseguito: il c.d. scopo mutualistico. Anche nei successivi artt. 2512 e 2513 cod. civ., il legislatore ha confermato che lo scopo mutualistico delle società cooperative si rinviene nell'indirizzo verso i soci dell'attività economica che la società si propone di esercitare. Lo scopo mutualistico consiste in una reciprocità di prestazioni tra società e soci (si tratta della c.d. gestione di servizio) assente nelle società lucrative ⁽⁷⁹²⁾. Le società cooperative, infatti, svolgono la loro attività direttamente per i propri soci ed a condizioni di favore rispetto a quelle di mercato. Il rapporto mutualistico si realizza in base a rapporti contrattuali distinti e successivi rispetto al contratto sociale, caratterizzati da una particolare vantaggiosità alla quale il socio ha diritto ⁽⁷⁹³⁾.

Il vantaggio mutualistico può essere realizzato con due tecniche distinte: quella del vantaggio immediato e quella del vantaggio differito. Si ha la prima quando la società pratici immediatamente, al momento dello scambio con il socio, prezzi inferiori rispetto a quelli di mercato. Nella seconda ipotesi, il vantaggio mutualistico viene attribuito ai soci attraverso somme di denaro che la società eroga ai soci periodicamente in proporzione ai rapporti intercorsi con la cooperativa. Si tratta dei c.d. ristorni di cui l'art. 2545 *sexies* cod. civ. fornisce, per la prima volta, la definizione positiva ⁽⁷⁹⁴⁾; si trattava di un'evidente lacuna a cui

⁽⁷⁹⁰⁾ Non vi sono problemi nel caso in cui una società cooperativa operi quale partecipante.

⁽⁷⁹¹⁾ Nelle cooperative con partecipazione di soci cooperatori – persone giuridiche, l'atto costitutivo può attribuire loro più voti, ma non oltre cinque.

⁽⁷⁹²⁾ A. BASSI, *L'impresa societaria con scopo mutualistico – La partecipazione sociale*, cit., pag. 405.

⁽⁷⁹³⁾ A. BASSI, *L'impresa societaria con scopo mutualistico – La partecipazione sociale*, cit., pag. 405.

⁽⁷⁹⁴⁾ G. FALCONE, *Art. 2545-sexies cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 180.

avevano cercato di ovviare la dottrina ⁽⁷⁹⁵⁾ e la giurisprudenza ⁽⁷⁹⁶⁾. La nozione di ristorno che risulta dall’art. 2545 *sexies* cod. civ. è sostanzialmente conforme a quella maturata in tali ambiti.

I ristorni rappresentano somme erogate ai soci, connesse alla differenza attiva tra costi e ricavi derivanti dall’attività svolta con i soci in quanto parametrati agli scambi mutualistici intercorsi tra il socio e la società ⁽⁷⁹⁷⁾. I ristorni di cui è stata deliberata l’attribuzione rappresentano un debito della cooperativa nei confronti dei soci e non una quota dell’utile dell’esercizio ⁽⁷⁹⁸⁾. Questa soluzione risulta coerente con la qualificazione del ristorno come vantaggio mutualistico differito del socio, di natura del tutto analoga a quella del vantaggio immediato, che si traduce in un minore ricavo o in un maggior costo per la cooperativa. Dei ristorni possono essere beneficiari solo i soci; possono essere attribuiti solo se esiste un avanzo di esercizio; la loro misura viene di norma determinata dal Consiglio di amministrazione e la loro erogazione è deliberata dall’assemblea dei soci in sede di approvazione del bilancio di esercizio. Per quanto, qui di interesse, la caratteristica principale dei ristorni è che la loro attribuzione deve precedere la determinazione dell’utile, con la conseguenza che le norme riguardanti la destinazione obbligatoria di quote dell’utile nonché le limitazioni poste dalla legge alla distribuzione degli utili stessi non concernono i ristorni ⁽⁷⁹⁹⁾. Dal punto di vista fiscale, ciò comporta che i ristorni siano per la società un elemento privo di valenza reddituale del quale l’art. 12, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, come modificato dall’art. 6, comma 23, legge 23 dicembre 2002, n. 688, sancisce la deducibilità dal reddito della società ⁽⁸⁰⁰⁾.

Alla luce di tali considerazioni, risulta, quindi, chiaro che l’attribuzione dei ristorni, anche fiscalmente, precede la determinazione dell’utile. Ove una società cooperativa esercitasse l’opzione per la trasparenza sarebbe ovvio che l’utile imputabile ai soci sarebbe quello che residua dopo la ripartizione dei ristorni.

Tale precisazione assume rilievo tenuto conto della abitudine, che è invalsa nella pratica operativa, di contabilizzare i ristorni come una quota dell’utile dell’esercizio ⁽⁸⁰¹⁾. Tale prassi è stata ritenuta corretta dall’Agenzia delle Entrate la quale, nella circolare 18 giugno 2002, n. 53/E ha riconosciuto l’ammissibilità (salve particolari disposizioni della Banca d’Italia per le banche di credito cooperativo) di due diverse forme di contabilizzazione dei ristorni per la cooperativa: sia come costo da imputare direttamente al conto economico, sia come variazione in diminuzione del reddito, sul presupposto del trattamento civilistico dei ristorni quali utili. Emerge dunque, anche nella prassi, una certa

⁽⁷⁹⁵⁾ A. BASSI, *Dividendi e ristorni nelle società cooperative*, Milano, 1979, *passim*; A. ROSSI, *Mutualità e ristorni nelle banche di credito cooperativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pag. 507.

⁽⁷⁹⁶⁾ Cass., sent. 8 settembre 1999, n. 9513.

⁽⁷⁹⁷⁾ G. FALCONE, *Art. 2545-sexies cod. civ. – Commento*, cit., pag. 178.

⁽⁷⁹⁸⁾ G. FALCONE, *Art. 2545-sexies cod. civ. – Commento*, cit., pag. 181.

⁽⁷⁹⁹⁾ L. SALVINI, *I ristorni nelle società cooperative: note sulla natura civilistica e sul regime fiscale*, in *Rass. trib.*, 2002, pag. 1903.

⁽⁸⁰⁰⁾ L. CASTALDI, *Utili e ristorni: disciplina fiscale*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt. 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 21; L. SALVINI, *I ristorni nelle società cooperative: note sulla natura civilistica e sul regime fiscale*, cit., pag. 1905.

⁽⁸⁰¹⁾ Ne riferisce L. SALVINI, *I ristorni nelle società cooperative: note sulla natura civilistica e sul regime fiscale*, cit., pag. 1906.

CAPITOLO QUINTO

oscillazione tra la qualificazione dei ristorni come costi, oppure come utili. Ove venisse seguita questa prassi, si dovrebbe prestare attenzione in sede di determinazione dell'utile imputabile per trasparenza.

L'utile delle società cooperative imputabile per trasparenza è lo stesso di cui il codice civile consente la distribuzione. Si tratta dei proventi dell'attività svolta con i terzi. Utili e ristorni, pur avendo entrambi il carattere dell'aleatorietà, si distinguono perché i primi costituiscono remunerazione del capitale, mentre i secondi costituiscono uno degli strumenti tecnici per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico derivante dai rapporti intrattenuti con la cooperativa. La principale conseguenza della distinzione tra le due figure concerne proprio la circostanza che la legge dispone limitazioni alla distribuzioni di utili e non di ristorni. È questa una conseguenza naturale del tipo societario in esame: mentre il ristorno rappresenta il mezzo attraverso cui realizzare lo scopo mutualistico per il quale è costituita la società, la produzione di un utile rappresenta un deviazione da tale scopo. La fissazione di limiti alla distribuzione di utili nelle società cooperative assolve alla specifica funzione di impedire il travalicamento delle stesse verso la lucratività⁽⁸⁰²⁾. L'art. 2545 *quinquies* cod. civ., a questo scopo, dispone che l'atto costitutivo debba indicare le modalità e la percentuale massima di distribuzione dei dividendi tra i soci cooperatori (comma 1) e che, comunque, detta distribuzione possa avvenire solo a condizione che il rapporto tra patrimonio netto e complessivo indebitamento della società sia superiore ad un quarto (comma 2). Detti limiti divengono ancora più stringenti nelle c.d. cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 cod. civ.. Si tratta di una rilevante categoria individuata dal legislatore della riforma del diritto societario. Il d.lgs.n. 6 del 2003 ha, infatti, distinto tra:

- 1) cooperative a mutualità prevalente o cooperative protette e;
- 2) cooperative a mutualità non prevalente o cooperative diverse.

Tale distinzione non spezza l'unitarietà del fenomeno cooperativo⁽⁸⁰³⁾, ma serve esclusivamente al legislatore per effettuare una valutazione di meritevolezza tale da consentire di attribuire specifici vantaggi alle sole cooperative *sub* 1), in particolare, soltanto a queste il legislatore ha ritenuto di poter riversare un trattamento fiscale più favorevole⁽⁸⁰⁴⁾. Le cooperative a mutualità prevalente si caratterizzano per il fatto di agire in prevalenza con i propri soci⁽⁸⁰⁵⁾ e di

⁽⁸⁰²⁾ G. FALCONE, *Art. 2545-sexies cod. civ. – Commento*, cit., pag. 176.

⁽⁸⁰³⁾ E. TONELLI, *Art. 2512 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 24.

⁽⁸⁰⁴⁾ L. SALVINI, *La riforma del diritto societario: le implicazioni fiscali per le cooperative*, in, *Rass. trib.*, 2003, pag. 839; ID., *La disciplina fiscale delle società cooperative dopo la riforma del diritto societario*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 341; ID., *Il regime fiscale delle cooperative nell'articolato della "Commissione Gallo"*, in *Il Fisco.*, 2003, pag. 6981.

⁽⁸⁰⁵⁾ In estrema sintesi si rammenta che, a norma dell'art. 2512 cod. civ., "sono società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, quelle che:

- 1) svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi;
- 2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci;

possedere nello statuto alcune clausole che limitano la partecipazione dei soci agli utili di esercizio e alle riserve accumulate durante la vita della società. In particolare, ai sensi dell’art. 2514 cod. civ., gli statuti delle società cooperative a mutualità prevalente devono prevedere:

- il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all’interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato;
- il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi;
- il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;
- l’obbligo di devolvere, nell’ipotesi di scioglimento della cooperativa, l’intero patrimonio sociale (dedotto il capitale sociale e gli eventuali dividendi maturati) ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

Si tratta di clausole per effetto delle quali il patrimonio della società viene gravato da una serie limiti quanto all’utilizzo del capitale degli utili. Si accentua così fortemente il carattere mutualistico delle società in esame e si riducono, fino ad annullarli, i profili di lucratività ⁽⁸⁰⁶⁾.

La disciplina delle società cooperative, sia a mutualità non prevalente, sia a mutualità prevalente, si caratterizza così per l’apposizione di severi limiti alla distribuzione di utili tanto da ampliare, in caso di trasparenza, la divergenza tra utile imputato e utili distribuito. È stato così osservato in dottrina ⁽⁸⁰⁷⁾ che l’opzione per il regime della trasparenza fiscale porta ad imputare ai singoli soci il reddito complessivo imponibile della società, in proporzione ciascuno della propria quota di partecipazione, come se il socio avesse diritto di percepire l’intero utile che residua dopo la ripartizione dei ristorni. In realtà, il socio ha diritto di ricevere gli utili nelle misure massime stabilite dalla legge o dall’atto costitutivo.

L’esercizio dell’opzione di cui all’art. 116 t.u.i.r. ⁽⁸⁰⁸⁾ comporta per i soci l’imputazione per trasparenza dell’intero utile, lo stesso tuttavia non sarà certamente integralmente distribuibile ai soci i quali lo potranno eventualmente apprendere solo in sede di liquidazione (neppure in tale sede nelle cooperative a mutualità prevalente). Vi è, quindi, una scollatura tra diritto civile e diritto tributario: l’imputazione del reddito della cooperativa ai soci si scontra con i limiti posti da disposizioni extrafiscali al diritto sugli utili che non vengono distribuiti ⁽⁸⁰⁹⁾ il che consente di sollevare alcuni dubbi di legittimità costituzionale. I soci,

3) *si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci*”.

E. TONELLI, *Art. 2514 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 38.

⁽⁸⁰⁶⁾ A. BASSI, *L’impresa societaria con scopo mutualistico – Scopo e variabilità del capitale*, cit., pag. 408.

⁽⁸⁰⁷⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 488.

⁽⁸⁰⁸⁾ Come pure di quella di cui all’art. 115 t.u.i.r. ove possibile.

⁽⁸⁰⁹⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 488.

in caso di esercizio dell'opzione, saranno, infatti, chiamati a scontare imposte su redditi che non potranno neppure apprendere.

23.2. – *Il volume di ricavi della società partecipata.*

Il legislatore, come anticipato, ha in primo luogo condizionato l'applicazione del regime di trasparenza fiscale alla circostanza che il volume di ricavi della società partecipata non superi le soglie previste per l'applicazione degli studi di settore. Si ricorda che l'articolo 10, comma 4, legge 8 maggio 1998 n. 146, prevede che gli studi non si applicano nei confronti dei contribuenti che hanno dichiarato ricavi di ammontare “*superiore al limite stabilito per ciascuno studio di settore dal relativo decreto ministeriale di approvazione del Ministro delle Finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale. Tale limite non può, comunque essere superiore a 10 miliardi di lire*”. Di norma gli studi di settore fissano il limite di applicazione a 10 miliardi di lire corrispondenti a euro 5.164.569,00, ne consegue, però, che qualora dovessero essere approvati studi applicabili in presenza di un ammontare di ricavi inferiore alla predetta soglia, di tale minore importo si dovrà tenere conto anche ai fini della applicazione del regime di trasparenza per le società che operano in tali settori.

Nei casi, invece, in cui non risulti approvato alcuno studio di settore, ovvero in presenza di cause di esclusione o di inapplicabilità degli studi stessi, il regime di trasparenza può, comunque, trovare applicazione a società a responsabilità limitata con ricavi di ammontare inferiore a tale limite.

La condizione in esame diviene così un limite mobile e variabile in funzione del settore in cui la società opera ⁽⁸¹⁰⁾. Si crea così una differenziazione nell'accesso al regime in esame che può trovare una giustificazione nelle modalità di costituzione degli studi di settore. Questi dovrebbero, infatti, riflettere la concreta realtà produttiva sicché il loro riferimento dovrebbe consentire di distinguere efficacemente tra imprese di grandi dimensioni e imprese di piccole dimensioni.

Per il calcolo dell'ammontare dei ricavi, l'art. 14, comma 1, lettera a), d.m. 23 aprile 2004, ha espressamente escluso dal calcolo della soglia dei ricavi rilevanti ai fini dell'ammissione al regime di trasparenza:

- i ricavi di cui alle lettere c), d) dell'art. 85, comma 1, t.u.i.r., vale a dire i ricavi che originano dalla cessioni di azioni, quote di partecipazioni, strumenti finanziari similari alle azioni, a condizione che tali valori mobiliari non costituiscano per la società immobilizzazioni finanziarie e, quindi, non si possano qualificare per il regime di esenzione di cui all'art. 87 t.u.i.r..
- i ricavi di cui alla lettera e), derivanti dalla cessione di obbligazioni ed altri titoli in serie o di massa, sempre che per la società tali titoli non rappresentino immobilizzazioni finanziarie.

Il legislatore ha così inteso sterilizzare dal calcolo della soglia per l'applicazione del regime di trasparenza, elementi reddituali che risultano non connessi all'operatività della società; il legislatore dimostra così di riferirsi

⁽⁸¹⁰⁾ F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, cit., pag. 422.

esclusivamente alla quota di utili derivanti dall’esercizio dell’attività caratteristica della società che intende esercitare l’opzione.

Lo stesso art. 14, lettera a), d.m. 23 aprile 2004, ha specificato che occorre fare riferimento alle risultanze della dichiarazione dei redditi presentata per l’anno precedente a quello nel quale viene esercitata l’opzione per la trasparenza. Per le società costituite nel corso dell’anno, il rispetto del limite posto dalla norma andrà verificato effettuando il ragguaglio ad un anno dell’ammontare dei ricavi dichiarati ⁽⁸¹¹⁾.

L’art. 14, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, stabilisce che il superamento della suddetta soglia di ricavi determina decadenza a partire dal periodo d’imposta successivo a detto sconfinamento ⁽⁸¹²⁾. Tale previsione pone alcuni aspetti problematici. Potrebbe, infatti, accadere che il superamento della predetta soglia di ricavi emerga in sede di rettifica della dichiarazione della società a seguito di un accertamento in capo alla società di un ammontare di ricavi tale da comportare lo sfioramento del predetto limite ⁽⁸¹³⁾.

Un’interpretazione letterale consentirebbe di attribuire rilevanza al tenore della norma. Questa, infatti, stabilisce espressamente che la soglia sia verificata con riferimento al “*volume di ricavi ... indicati nella dichiarazione*”. Si valorizzerebbe così il dato formale rappresentato dalla dichiarazione, rispetto a quello sostanziale che potrebbe risultare da un accertamento dell’ufficio ⁽⁸¹⁴⁾. Verrebbe così tradotta una condizione sostanziale, diretta a riservare il regime alle società di medio – piccole dimensioni, in una meramente formale, dove rileva il solo fatto dell’avvenuta indicazione in dichiarazione di un ammontare di ricavi inferiore alla predetta soglia, indipendentemente dalla sua corrispondenza al vero ⁽⁸¹⁵⁾. Tuttavia una simile conclusione, se da un lato garantisce il contribuente, si presta ad usi distorti: dichiarare ricavi al di sotto delle soglie previste con lo specifico intento di fruire di aliquote più vantaggiose; verrebbero così aggirate le condizioni alle quali il legislatore ha ritenuto di poter consentire l’applicazione del regime in esame.

⁽⁸¹¹⁾ La circolare n. 49 del 2004 precisa che le società neo costituite, non avendo ricavi nell’anno precedente cui fare riferimento per la verifica della soglia di ammissibilità al regime, possono comunque optare per la trasparenza. Tuttavia, per il mantenimento del regime negli anni successivi al primo, andrà verificato il limite dei ricavi attraverso il loro ragguaglio ad un anno. Ad esempio, ricavi effettivi pari a tre milioni di euro realizzati da una società neo costituita con il primo periodo d’imposta 1° settembre 2004 – 31 dicembre 2004, corrispondono a sei milioni di euro ragguagliati ad un anno. Pertanto, la stessa società decadrà dal regime di trasparenza a decorrere dal periodo d’imposta successivo al primo, nel quale si è verificato lo sconfinamento della soglia di ammissione al regime.

⁽⁸¹²⁾ Da ciò si evince che, qualora la società a responsabilità limitata trasparente superasse euro 5.164.569,00 nell’anno x, il regime di trasparenza sarebbe applicabile solo per tale periodo d’imposta e non anche per l’anno x + 1 e per l’anno x + 2.

⁽⁸¹³⁾ A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 194.

⁽⁸¹⁴⁾ L. LOVECCHIO, *Trasparenza con benefici in bilico*, in *Il Sole 24 ore* del 7 settembre 2005.

⁽⁸¹⁵⁾ A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 195.

CAPITOLO QUINTO

È stata preferita dalla dottrina ⁽⁸¹⁶⁾ e dalla prassi dell'Amministrazione Finanziaria ⁽⁸¹⁷⁾ un'opposta soluzione che riconosce la possibilità di una decadenza dal regime in conseguenza della rettifica della dichiarazione societaria,

Tale interpretazione risulta più rispettosa della *ratio* della norma e del rilievo attribuito agli aspetti sostanziali dal legislatore che, come chiarito in precedenza, cerca di individuare una precisa tipologia societaria. Ne consegue allora che, se un avviso di accertamento emanato dall'Agenzia delle Entrate innalza i ricavi indicati in dichiarazione al di sopra del limite, verrà a determinarsi una causa di inammissibilità al regime, ove l'accertamento riguardi l'anno precedente quello in cui è stata esercitata l'opzione per la trasparenza o causa di decadenza, ove riguardi gli anni successivi. In entrambe le ipotesi, l'invalidità dell'esercizio dell'opzione si trasmetterà anche agli anni successivi al primo, come se tale opzione non fosse stata mai esercitata; nella seconda saranno parimenti travolte le imputazioni del reddito avvenute negli anni successivi mentre saranno fatte salve quelle in cui l'esercizio dell'opzione è risultato legittimo. Infatti, se la rettifica coinvolge l'esercizio antecedente l'applicazione del regime, venendo meno la condizione di accesso, il regime stesso va disapplicato integralmente; se la rettifica riguarda esercizi successivi al primo, si ha decadenza dalla trasparenza solo a partire dall'esercizio successivo a quello oggetto di rettifica.

L'Amministrazione potrà far valere nei casi descritti le risultanze dell'accertamento, anche se i contribuenti abbiano già fruito della trasparenza. Si provvederà, pertanto, ad applicare, in capo alla partecipata, il regime di tassazione ordinaria, recuperando l'IRES che sarebbe stata dovuta in assenza del regime, nonché le sanzioni ed interessi connessi ai minori versamenti, senza alcuna solidarietà dei soci ⁽⁸¹⁸⁾.

L'invalidità dell'esercizio dell'opzione per la trasparenza richiede, infatti, di provvedere ad alcune rettifiche in relazione ai redditi dichiarati dalla società e dai soci. L'Ufficio, una volta accertata la mancanza originaria ovvero sopravvenuta della condizione predetta, deve procedere al recupero dell'IRES nei confronti della società e, conseguentemente procedere al ripristino della posizione dei soci.

Tali operazioni hanno effetti dal punto di vista procedimentale e processuale. È resa ancora più attuale la necessità da parte dell'Amministrazione Finanziaria di provvedere, come illustrato in precedenza ⁽⁸¹⁹⁾, a notificare anche ai soci l'accertamento unitario e di garantire che l'impugnazione di tale atto si svolga in un'unica sede. Diversamente, potrebbe accadere che il socio, in sede di impugnazione del conseguente accertamento individuale, consegua un diverso accertamento incidentale del reddito societario, che riconosca come legittima la

⁽⁸¹⁶⁾ A. CARINCI, *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 195; C. ROSSI, *Riforma fiscale: la trasparenza "minore" delle S.r.l. e cooperative. Le problematiche connesse all'accesso ed al mantenimento del regime di trasparenza. La valenza dei ricavi "effettivi" secondo la circolare n. 10/E del 2005*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 5986.

⁽⁸¹⁷⁾ Cfr. Circolare 16 marzo 2005, n. 10/E.

⁽⁸¹⁸⁾ A seguito di dichiarazione di inapplicabilità del regime per i motivi sopra esaminati, i soci potranno cedere alla partecipata gli acconti e saldi IRPEF versati in proporzione al reddito loro imputato per trasparenza, in analogia a quanto prevede l'art. 9, d.m. 23 aprile 2004.

⁽⁸¹⁹⁾ *Supra* paragrafo 21.2. – ... (segue): *la fase patologica dell'accertamento e del processo.*

fruizione del regime di trasparenza. L’accertamento unitario, che determina la decadenza dal regime di trasparenza, potrebbe rimanere inopponibile ai soci, con conseguenze, peraltro, non limitate all’esercizio rettificato, bensì estese a catena sui successivi, dal momento che, inevitabilmente, l’invalidità dell’esercizio dell’opzione si trasmetterà anche agli anni successivi al primo, come se tale opzione non fosse stata mai esercitata⁽⁸²⁰⁾.

Le particolari conseguenze di un accertamento che innalzi la soglia si ricavi di una società che abbia optato per la trasparenza suggeriscono l’opportunità di trattare in un’unica sede la posizione della società e dei soci così da evitare possibili contrasti tra giudicati.

23.3. – *La composizione della compagine sociale e la residenza dei soci.*

L’ulteriore condizione richiesta dal legislatore ai fini dell’applicazione del regime di trasparenza di cui all’art. 116 t.u.i.r. concerne la composizione della compagine sociale. I requisiti indicati al comma 1 dell’art. 115 t.u.i.r. (le soglie massime e minime di diritti al voto e di partecipazione agli utili) sono sostituiti con l’indicazione del numero massimo di soci: 10 o 20, rispettivamente, in caso di società a responsabilità limitata ovvero società cooperativa a responsabilità limitata. Tale numero deve restare entro i limiti indicati durante tutto il periodo di tassazione per trasparenza.

Ne risulta così solo una apparente similitudine tra l’ipotesi di trasparenza di cui all’art. 115 t.u.i.r. e quella di cui al successivo art. 116 t.u.i.r.. Le soglie previste dal primo articolo ipotizzano una società composta da 2 a 10 soci nessuno dei quali controlla direttamente la società. Nel caso della trasparenza delle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria sparisce ogni riferimento alla percentuale di partecipazione che potrà così essere inferiore o superiore ai predetti limiti⁽⁸²¹⁾. Ne consegue allora che, differentemente da quanto si verifica per l’art. 115 t.u.i.r., ben potrà aversi l’ipotesi di un “socio tiranno”⁽⁸²²⁾ che detiene una partecipazione pressoché totalitaria⁽⁸²³⁾. Non è richiesto alcun numero minimo di soci, sicché potrà optare per la trasparenza una società a responsabilità limitata unipersonale⁽⁸²⁴⁾.

Il legislatore attribuisce ora esclusivo rilievo al possesso della qualità di socio che deve risultare dal libro soci di cui all’art. 2478, comma 1, numero 1), cod. civ.. Per la verifica di tale numero occorre considerare, inoltre, gli eventuali

⁽⁸²⁰⁾ A. CARINCI, *L’accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, cit., pag. 197.

⁽⁸²¹⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2165.

⁽⁸²²⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell’IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 331.

⁽⁸²³⁾ La tipologia di compagine societaria ipotizza dal legislatore è ad esempio tipica di società a carattere familiare in cui il *pater familias* possiede la quasi totalità delle partecipazioni sociali e solo una minima parte è di proprietà del coniuge o dei figli.

⁽⁸²⁴⁾ Il legislatore dimostra così di superare quella giurisprudenza che, di fronte a società di capitali a ristretta base proprietaria, ritiene applicabile la presunzione di distribuzione dei maggiori redditi eventualmente accertati in capo alla società. Solo marginalmente la giurisprudenza si era occupata dell’ipotesi di società unipersonali. La previsione legislativa qui in esame potrebbe consentire alla giurisprudenza di ritenere applicabile la suddetta presunzione anche nell’ipotesi di società unipersonali. In questa ipotesi, è evidente la disponibilità dei redditi della società per il socio al quale dovrà, comunque, essere consentito di offrire la prova contraria.

CAPITOLO QUINTO

comproprietari della medesima quota, nel caso in cui i relativi diritti vengano esercitati a mezzo di rappresentante comune (art. 2468, comma 5, cod. civ.). A condizione che il reddito non venga trasferito a soggetti estranei alla compagine sociale, eventuali negozi limitativi di tali diritti, quali il pegno e l'usufrutto, non determinano inapplicabilità o decadenza del regime di trasparenza. In tal caso, infatti, è garantito che il regime di trasparenza, coerentemente al suo meccanismo applicativo, operi solo nei confronti dei soci e non di soggetti che non partecipano al capitale sociale ⁽⁸²⁵⁾.

Nel sistema delineato dall'art. 116 t.u.i.r., il legislatore attribuisce esclusiva rilevanza al possesso della qualità sostanziale ⁽⁸²⁶⁾ di socio, senza distinguere sulla

⁽⁸²⁵⁾ Così la circolare n. 49 del 2004.

⁽⁸²⁶⁾ Pur essendo la dimostrazione del possesso della qualità di socio subordinata a elementi formali (le risultanze del libro soci di cui all'art. 2478 cod. civ.), è evidente che il legislatore ha inteso consentire l'esercizio dell'opzione per la trasparenza anche, in situazioni fisiologiche, in cui si registra una dissociazione tra qualità formale e qualità sostanziale di socio. Ci si riferisce al caso di intestazione fiduciaria di azioni a società fiduciarie. Come chiarito nella circolare n. 49 del 2004, tale situazione, né nell'ipotesi di cui all'art. 115 t.u.i.r., né nell'ipotesi di cui all'art. 116 t.u.i.r., preclude l'esercizio dell'opzione. Nel caso delle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria, l'intestazione fiduciaria di azioni avrebbe di per sé precluso l'esercizio dell'opzione: dal libro soci non sarebbe, infatti, risultata una compagine sociale costituita integralmente da soci persone fisiche. Nell'ipotesi di cui all'art. 115 t.u.i.r., il problema si sarebbe potuto porre laddove la medesima società fiduciaria fosse risultata intestataria di una partecipazione superiore al 50 per cento in quanto due o più fiducianti avevano intestato lei azioni della medesima società. La prassi dell'Agenzia delle Entrate in materia di beni mobili di natura finanziaria (cfr. da ultimo risoluzione 7 dicembre 2006, n. 136/E,) è, ormai pacificamente orientata nel senso di riconoscere che l'istituto dell'intestazione fiduciaria non modifica il soggetto passivo di imposta identificabile sempre e comunque nel fiduciante, sicché ne consegue l'immediata riferibilità dei redditi prodotti dai beni fiduciarmente intestati in capo ai fiducianti stessi e nella possibilità per il fiduciante di avvalersi di tutti i regimi connessi alla titolarità di un dato cespite reddituale. Tale conclusione risulta naturale alla luce dell'analisi della struttura del negozio fiduciario. La "trasparenza fiduciaria" trova il proprio fondamento nella legge 23 novembre 1939, n. 1966, che riserva alle società fiduciarie la possibilità di intestarsi fiduciarmente i beni dei propri clienti per amministrarli nel loro esclusivo interesse e per garantire loro un'assoluta riservatezza nei rapporti con i terzi. Lo strumento negoziale tramite cui viene ottenuto tale risultato è il negozio fiduciario. Esso è un negozio giuridico non previsto dalla legge nel quale una parte (fiduciante) trasferisce un bene che gli appartiene ad un altro soggetto (fiduciario), il quale, pur divenuto formalmente proprietario dello stesso, in realtà si è obbligato con il fiduciante ad utilizzare il bene secondo gli accordi presi e a restituirglielo ad una precisa scadenza. Si tratta, quindi, di una fattispecie complessa in cui due negozi sono collegati tra loro: l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno, pure effettivamente voluto, di tipo obbligatorio diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo (Cass., sent. 1° aprile 2003, n. 4886). L'intestazione fiduciaria di titoli azionari (o di quote di partecipazione societaria o di beni) integra così gli estremi dell'interposizione reale di persona ove l'interposto acquista (a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle azioni o delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad osservare un certo comportamento convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno della "*causa fiduciae*" (Cass., sent. 14 ottobre 1997, n. 10031; Cass., sent. 27 novembre 1999, n. 13261; Cass., sent. 16 novembre 2001, n. 14375). Realizzando l'attività professionale prestata dalle società fiduciarie un fenomeno di dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, il fiduciante resta il reale possessore dei beni (conferma di tale assunto viene trovata nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione – Cass., sent. del 21 maggio 1999, n. 4943 – secondo la quale i fiducianti, dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato, vanno identificati come gli effettivi

proprietari dei beni da loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati). Tali conclusioni trovano conforto nel dato legislativo dell’art. 1, u.c., Regio decreto legge 29 marzo 1942, n. 239 ove è stabilito che *“le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi”*. Sulla base di tale disposizione, può escludersi che, nel caso di intestazione fiduciaria di titoli azionari, la società fiduciaria possa essere considerata proprietaria dei titoli stessi. Deriva, così, dalla particolare struttura del rapporto, che i risultati dell’attività svolta dalla società fiduciaria si producano direttamente nel patrimonio del fiduciante (Cass., sent. 23 settembre 1997, n. 9355). Pertanto, anche dal punto di vista tributario, si deve ritenere che sia il contribuente – fiduciante a manifestare capacità contributiva realizzando il presupposto di imposta così da essere tenuto ad assolvere all’obbligazione tributaria. Tali conclusioni sono confermate dall’Amministrazione Finanziaria fin dalla sua più risalente prassi. Così nella circolare 10 maggio 1985, n. 16/9/674, la Direzione generale delle Imposte dirette, Div. IX, ha avuto occasione di precisare che, se azioni o quote appartenenti a persone fisiche sono fiduciarmente intestate ad una società fiduciaria, che provvede alla regolare tenuta delle scritture contabili, con l’osservanza delle relative formalità (vidimazione, ecc.) e comunicazioni imposte dalla legge, i trasferimenti a terzi di tali azioni o quote costituiscono cessioni o conferimenti operate direttamente dal fiduciante stesso, effettivo proprietario dei beni. Si esprime chiaramente in questo senso anche la successiva risoluzione 8 ottobre 1999, n. 153, ove l’Amministrazione è chiamata a fornire chiarimenti in ordine al soggetto tenuto alla applicazione della ritenuta di cui all’art. 27, d. P.R. 29 settembre 1973, n. 600, sui dividendi di fonte italiana erogati per il tramite di società fiduciarie. In tale sede, l’Amministrazione Finanziaria conferma l’irrelevanza della presenza di una società fiduciaria per porre a carico della società o ente emittente l’obbligo di acquisire, prima di applicare la ritenuta a titolo d’imposta, le attestazioni dalle quali risultino le condizioni fissate (e cioè che la partecipazione non è qualificata e che non è relativa ad una impresa commerciale individuale). La società fiduciaria viene espressamente esclusa dall’obbligo di procedere all’applicazione del regime sostitutivo, bensì le viene addossato l’onere di comunicare, dietro richiesta del fiduciante, i dati necessari per l’applicazione del suddetto regime sostitutivo. L’Agenzia, nella risoluzione 13 marzo 2006, n. 37/E, ha confermato l’applicabilità del regime c.d. Madre – Figlia in presenza di partecipazioni fiduciarmente intestate dal momento che *“la presenza di una società fiduciaria non può precludere l’applicazione di un regime di esenzione, quello previsto dall’articolo 27-bis del D.P.R. n. 600 del 1973 è applicabile anche nel caso di partecipazioni intestate a società fiduciarie, purché, ovviamente, ricorrano le condizioni ivi previste”*. L’Agenzia delle Entrate, nella circolare 22 novembre 2004, n. 49, e nella risoluzione 7 dicembre 2006 n. 136/E ha ulteriormente precisato la portata del regime di “trasparenza fiduciaria” nei casi di “imputazione per trasparenza di redditi societari”. Anche in tali ipotesi, è stato chiarito che la trasparenza fiduciaria non osta all’applicazione dei regimi “speciali” di trasparenza di cui agli artt. 115 o 116 t.u.i.r. o al regime ordinario di cui all’art. 5 t.u.i.r.. Con riferimento alle ipotesi di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., la circolare n. 49 del 2004 precisa che l’interposizione di una società fiduciaria, tra la partecipata ed i soci, di per sé non rappresenta causa ostativa (né di decadenza) per l’applicazione del regime di trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., a condizione che i partecipanti possiedano tutti i requisiti di ammissione al regime di trasparenza applicabile. Viene così confermata l’immediata riferibilità dei diritti derivanti dalla partecipazione alla sfera giuridica dei soci e non della fiduciaria. Pertanto i redditi della partecipata, comunicati alla fiduciaria, dovranno poi essere imputati ai fiducianti. Ai fini dell’esercizio dell’opzione, tutti i fiducianti dovranno manifestare alla società fiduciaria, cui fa capo il legame giuridico con la partecipata, la volontà di avvalersi del regime di trasparenza; la comunicazione della volontà di optare per la trasparenza verrà, invece, effettuata alla partecipata dalla sola società fiduciaria, che garantirà che i fiducianti abbiano tutti i requisiti richiesti dalle norme per l’accesso al regime. Attraverso tali comunicazioni viene garantita la riservatezza sull’identità dei fiducianti, nonché la possibilità per la società partecipata di valutare l’esistenza dei presupposti previsti dall’art. 115 t.u.i.r., ovvero dall’art. 116 t.u.i.r., per accedere al relativo regime di trasparenza. Spetterà poi alla società fiduciaria dichiarare alla partecipata, nell’ambito della trasparenza ex art. 115 t.u.i.r., che le società rappresentate hanno le percentuali di voto ed utili previste da tale norma e che, nel caso di società estere, non vi è obbligo di ritenuta sui dividendi; nell’ambito della trasparenza ex art. 116 t.u.i.r., il numero dei soci persone fisiche che la fiduciaria rappresenta e, nel caso di soci non residenti, che non vi è obbligo di ritenuta sui dividendi. La partecipata, invece, dovrà verificare se il numero dei soci persone

base del potere di ingerirsi nell'attività sociale. Se nell'art. 115 t.u.i.r., l'esclusione di partecipazioni di controllo, consente di presumere che avvenga una gestione comune dell'attività di impresa, nell'art. 116 t.u.i.r., invece, la gestione della società potrebbe essere affidata ad un solo socio ed altri potrebbero esserne del tutto esclusi.

La previsione di una ridotta compagine sociale non è di per sé sufficiente per considerare la società utilizzata in modo diretto da tutti i soci. Essa assume una maggiore portata descrittiva in quanto applicata a società di piccole dimensioni (per effetto del requisito che richiede una soglia minima di ricavi). È allora l'operare congiunto di entrambi i requisiti che consente di ritenere legittima la presunzione di immedesimazione tra soci e società che giustifica la disciplina in esame.

Si deve peraltro ritenere che la prova di detta immedesimazione non sia piena neppure nelle società di persone ove, indipendentemente da limiti dimensionali, è prevista la possibilità che solo a taluni soci (i soci accomandatari) sia affidata la gestione, mentre altri (i soci accomandanti) ne restino estranei. Vi potrebbe, quindi, essere un *deficit* di partecipazione dei soci alla vita sociale che, come si osserverà più diffusamente in seguito, solo il fatto che l'opzione debba essere congiuntamente esercitata da tutti i soci consente di colmare. Si può così sin d'ora ribadire il ruolo di "rinforzo volontaristico" che la necessità di raggiungere l'unanimità dei soci svolge. Essa impone un'aggregazione dei soci e una diretta partecipazione di tutti ad una scelta della vita sociale.

Nella individuazione dei requisiti richiesti ai soci, si deve tenere conto di un ulteriore elemento: la residenza dei soci. La necessità di tenere conto di tale requisito risulta dal fatto che l'art. 116 t.u.i.r. effettua un generale richiamo all'art. 115 t.u.i.r., escludendo da tale rinvio solo il comma 1 di quest'ultimo. Trova, quindi, applicazione il comma 2 del medesimo art. 115 t.u.i.r. secondo cui, nel caso in cui i soci non siano residenti nel territorio dello Stato, l'esercizio dell'opzione è consentito a condizione che non vi sia obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti. Come osservato, l'esclusione della ritenuta può essere disposta su base convenzionale o può dipendere dal fatto che il non residente abbia nel territorio italiano una stabile organizzazione cui si riferisca la partecipazione nella società che intende optare per la trasparenza⁽⁸²⁷⁾.

Tale condizione è stata precisata dall'art. 14, comma 1, lett. b), d.m. 23 aprile 2004, per effetto del quale la disciplina del regime fiscale della trasparenza delle società a responsabilità limitata (o cooperative) è applicabile a condizione che tutti i soci partecipanti siano persone fisiche

a) residenti in Italia, anche se esercitano attività d'impresa;

fisiche non è superiore a quello consentito dalla norma. Da ultimo, nella risoluzione n. 136/E del 2006, l'Agenzia, riconoscendo la possibilità di intestare fiduciariamente partecipazioni in società di persone di carattere "capitalistico" (*i.e.* partecipazioni di soci meramente di capitale che non si ingeriscono nella gestione della società e quindi sono limitatamente responsabili) precisa le conseguenze fiscali. L'Amministrazione riconosce non esserci dubbio che il reddito delle società di persone partecipate tramite il rapporto fiduciario non può che essere imputato ai fiduciari.

⁽⁸²⁷⁾ Non può trovare applicazione in questo caso il regime c.d. Madre – Figlia di cui all'art. 27-*bis*, d.P.R. n. 600 del 1973 in quanto questo non si applica alle persone fisiche, ma concerne solo i dividendi intersocietari.

- b) non residenti, a condizione che il reddito venga imputato con riferimento ad una partecipazione detenuta attraverso una stabile organizzazione per effetto dell’art. 27, comma 3, d.P.R. n. 600 del 1973.

Se la regola della non applicazione della ritenuta consente di evitare che il regime in esame possa divenire per i non residenti (soggetti a ritenuta) uno strumento elusivo idoneo a sottrarsi alla ritenuta sui dividendi erogati dalla società partecipata, la norma del decreto attuativo non appare del tutto corretta. Viene previsto solo il caso della detenzione della partecipazione attraverso una stabile organizzazione, ma, come osservato in precedenza, la non applicazione di alcuna ritenuta può anche dipendere da una disposizione convenzionale⁽⁸²⁸⁾. L’art. 14 d.m. 23 aprile risulta così non del tutto corretto; in forza del richiamo operato all’art. 115 t.u.i.r. devono essere applicabili le medesime regole.

Dal momento che, salvo il caso della presenza in Italia di una stabile organizzazione⁽⁸²⁹⁾, l’esclusione dall’applicazione della ritenuta non si verifica pressoché mai, ne consegue che, di fatto, la presenza di soci non residenti impedisce di regola l’applicazione del regime di trasparenza⁽⁸³⁰⁾ ⁽⁸³¹⁾. Nell’ipotesi di soci residenti in Paesi dell’Unione Europea, la disposizione in esame risulta in palese contrasto con le libertà sancite dal Trattato CE in quanto introduce una discriminazione a danno dei soci non residenti. Questi, per accedere al regime in esame, non possono esercitare un’attività economica direttamente in Italia, ma devono esercitarla attraverso una stabile organizzazione. Si tratta di un evidente aggravio e di una restrizione alla libertà di stabilimento sancita dall’art. 43 Trattato CE.

Essendo impedito l’esercizio di una libertà fondamentali, la norma di cui all’art. 116 t.u.i.r., come la norma di cui all’art. 115 t.u.i.r. si presta a severe censure dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, per evitare le quali dovrebbe essere emendata⁽⁸³²⁾.

Potrebbero essere avanzate censure anche analizzando l’esonero dei non residenti alla luce della legislazione interna dal momento che, nelle società di persone, dalle quali doveva essere mutuato il regime di trasparenza applicabile

⁽⁸²⁸⁾ In proposito si ricorda quanto chiarito alla nota 434 da cui risulta che solo le Convenzioni con la Danimarca e il Kuwait prevedono, a determinate condizioni, un’aliquota pari a 0.

⁽⁸²⁹⁾ O dell’esistenza di un’apposita norma convenzionale, ove esistente. Cfr. ancora nota 434.

⁽⁸³⁰⁾ P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 102.

⁽⁸³¹⁾ Di fatto non può trovare applicazione l’art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r. secondo cui “*si considerano prodotti nel territorio dello Stato ... redditi di cui agli articoli 5, 115 e 116 imputabili a soci, associati o partecipanti non residenti*”. La norma, pur se opportunamente inserita nell’art. 23 t.u.i.r., nella parte in cui prevede il caso dell’art. 116 t.u.i.r., risulta superflua in quanto non si può verificare la fattispecie regolata. Ove il socio non residente non abbia in Italia una stabile organizzazione, non può essere esercitata l’opzione per la trasparenza; ove esista in Italia la stabile organizzazione, il reddito della società trasparente è ad essa imputato e compensato con gli altri redditi da questa prodotti. Trova allora applicazione l’art. 23, comma 1, lett. e), t.u.i.r. La lett. g), invece, si fonda proprio sul presupposto dell’assenza in Italia di una stabile organizzazione ed eleva la partecipazione in un ente trasparente ad autonomo criterio di collegamento in quanto detta partecipazione “*si attegge quale proiezione [dei soci non residenti] nel luogo in cui opera la società*” (cfr. Ris. 24 giugno 1986, n. 643 e di recente Ris. 19 dicembre 2005, n. 171).

⁽⁸³²⁾ P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 103.

CAPITOLO QUINTO

alle società a ristretta base proprietaria, la residenza all'estero dei soci non impedisce l'applicazione del regime di trasparenza ⁽⁸³³⁾.

24. – CONDIZIONI OSTATIVE L'ESERCIZIO DELL'OPZIONE PER LA TRASPARENZA.

24.1. – *Il possesso di partecipazioni azionarie da parte della società trasparente tra il diritto interno ed il diritto comunitario.*

Le cause che inibiscono l'accesso alla trasparenza sono previste dall'art. 116 t.u.i.r. in forza del generico rinvio all'art. 115 t.u.i.r. e dall'art. 14, d.m. 23 aprile 2004.

L'originaria formulazione dell'art. 116 t.u.i.r. prevedeva che *“l'opzione non può essere esercitata, o se esercitata perde efficacia, nel caso di possesso o di acquisto di una partecipazione con i requisiti di cui all'articolo 87”*. Il possesso o l'acquisizione, da parte della società trasparente, di partecipazioni che si qualificano per il regime di esenzione, di cui all'art. 87 t.u.i.r. costitutiva così una prima clausola di esclusione o decadenza dal regime in esame ⁽⁸³⁴⁾.

La *ratio* della disposizione era quella di precludere ai soci persone fisiche la possibilità di fruire, per il tramite del meccanismo di imputazione del reddito, del regime di esenzione delle plusvalenze che il legislatore delegato ha voluto riservare alle sole società di capitali. Infatti, nell'ipotesi di cessione di partecipazioni di cui all'art. 87 t.u.i.r., il beneficio delle eventuali plusvalenze esenti sarebbe stato trasferito in capo ai soci, con aggiramento della disciplina fiscale propria delle plusvalenze realizzate da persone fisiche. Con l'emanazione del d.m. 23 aprile 2004, il divieto di detenzione delle suddette partecipazioni era stato mitigato attraverso la previsione di alcune ipotesi eccezionali. In particolare, al menzionato art. 14 si consentiva l'esercizio dell'opzione nel caso in cui il possesso di dette partecipazioni fosse riconducibile a un obbligo di legge, regolamento o altro atto amministrativo ⁽⁸³⁵⁾.

⁽⁸³³⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1523.

⁽⁸³⁴⁾ La circolare precisava che il possesso di partecipazioni, che avessero potuto maturare i requisiti per l'esenzione durante il regime di trasparenza, avrebbe prodotto decadenza a partire dall'inizio del periodo d'imposta nel quale dette partecipazioni avessero maturato i requisiti per fruire dell'esenzione.

⁽⁸³⁵⁾ L'art. 14, comma 3, d.m. 23 aprile 2004, faceva, infatti, salva l'ipotesi in cui tale acquisto o possesso di partecipazioni fosse avvenuto in base ad un obbligo normativo, regolamento o amministrativo.

La circolare n. 49 del 2004 precisava che, a scopo meramente esemplificativo, rientravano in tale novero le quote del consorzio CONAI (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22), ovvero del consorzio COOU (d.P.R. 23 agosto 1982, n. 691), nonché del consorzio POLIECO (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22). In tali casi la partecipazione all'entità collettiva era stata resa obbligatoria in quanto ritenuta strumentale al finanziamento di un'attività di interesse generale. Diverso dai precedenti era il caso della partecipazione a consorzi non obbligatori per legge, ma comunque disciplinati da disposizioni legislative, statutarie o regolamentari non derogabili, come ad esempio i consorzi *“export”*, disciplinati dalla legge 21 febbraio 1989, n. 83, ovvero i consorzi *“confidi”*, di cui all'art. 13, d.l. 30 settembre 2003, n. 269.

La circolare precisava che, qualora tali disposizioni non avessero consentito il realizzo di plusvalenze, in quanto le quote risultavano incedibili ovvero rimborsabili solo in base al valore nominale, doveva comunque essere consentito l'accesso al regime di trasparenza disciplinato dall'articolo 116 t.u.i.r..

La disposizione in esame consentiva così di evitare di “veicolare”⁽⁸³⁶⁾ direttamente a persone fisiche i risultati dell’applicazione di regole di determinazione del reddito previste per la società di capitali partecipata; i soci avrebbero potuto cumulare il vantaggio di elidere la doppia imposizione con la più tenue tassazione garantita dal regime di *participation exemption*⁽⁸³⁷⁾.

Ulteriore effetto della norma in esame era che una scelta di gestione ordinaria, quale appunto quella di acquisto di una partecipazione e della sua iscrizione in bilancio come immobilizzazione, avrebbe provocato l’effetto di carattere sostanziale, anche per i soci, di decadenza dal regime di trasparenza⁽⁸³⁸⁾.

Se nelle intenzioni del legislatore, la norma in esame doveva fungere da norma di chiusura, appariva almeno singolare che nessuna disposizione, invece, avesse previsto di limitare o escludere espressamente il vantaggio che i soci persone fisiche avrebbero potuto conseguire nel caso in cui la società a responsabilità limitata avesse posseduto una partecipazione non iscritta nel primo bilancio come immobilizzazione e ne avesse ricevuto dividendi tassati nella sola misura del 5 per cento. In questo caso i soci si sarebbero legittimamente visti imputare per trasparenza il 95 per cento dei dividendi al netto da imposizione. Se la stessa partecipazione fosse, invece, stata da essi direttamente posseduta, i dividendi avrebbero concorso (all’epoca) per il 40 per cento alla determinazione del loro reddito imponibile⁽⁸³⁹⁾. Se la *ratio* che ispirava la condizione ostativa in esame poteva apparire condivisibile, non poteva farsi a meno di notare come l’intervento legislativo fosse soltanto parziale.

Il legislatore, dopo alcuni tentennamenti⁽⁸⁴⁰⁾, con l’art. 36, comma 16, lett. a), d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ha soppresso il secondo periodo del comma 1 dell’art. 116 t.u.i.r. eliminando la

La causa di esclusione o decadenza sarebbe tornata a sussistere nel caso di modifiche legislative, statutarie o regolamentari che avessero disciplinato la predetta materia in modo da non escludere la possibilità di comportamenti elusivi.

Si precisava altresì che non rilevava, ai fini della esclusione o della decadenza dal regime, il possesso di partecipazioni che non si qualificano ai fini dell’esenzione prevista dall’art. 87 t.u.i.r., in particolare anche nel caso in cui non fosse ancora maturato il requisito del possesso ininterrotto dal primo giorno del dodicesimo mese precedente previsto dal comma 1, lettera a) della citata disposizione.

⁽⁸³⁶⁾ L’espressione è di L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1521.

⁽⁸³⁷⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 554; C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 179.

⁽⁸³⁸⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1521.

⁽⁸³⁹⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4829; C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1189.

⁽⁸⁴⁰⁾ L’originario schema di Decreto Correttivo IRES varato il 18 Marzo 2005 (ne riferisce L(uca) DEL FEDERICO, *Regime della trasparenza ai sensi dell’art. 116 del Tuir e possesso di partecipazioni in società con sede all’interno dell’Unione europea*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 3897) prevedeva la soppressione dell’ultimo inciso del primo comma dell’art. 116 t.u.i.r. e l’aggiunta di una disposizione per effetto della quale i dividendi e le plusvalenze esenti realizzati da società a responsabilità limitata trasparenti avrebbero dovuto concorrere a formare il reddito imponibile dei soci nella stessa misura in cui lo sarebbero stati se conseguiti da persone fisiche e, dunque, per il 40 per cento del loro ammontare. L’Assonime, nella sua circolare n. 65 del 2005 riferisce che “è probabile che questa impostazione non sia stata accolta per motivi legati, ancora una volta, a ragioni di copertura: essa avrebbe, infatti avuto come effetto – secondo le stime della relazione – una minore tassazione IRES (di 449 milioni), solo parzialmente compensata dalla maggiore tassazione IRPEF in capo ai soci (valutata in 401 milioni di euro)”.

menzionata causa di esclusione e con il comma 10 del menzionato art. 36 ha aggiunto al comma 2 dell'art. 116 t.u.i.r. il seguente periodo per effetto del quale “*le plusvalenze di cui all'articolo 87 e gli utili di cui all'articolo 89, commi 2 e 3, concorrono a formare il reddito imponibile nella misura indicata rispettivamente nell'articolo 58, comma 2 e nell'articolo 59*”⁽⁸⁴¹⁾.

Ne consegue, pertanto, che in caso di possesso o acquisto da parte della società trasparente di partecipazioni in regime di *participation exemption*, l'opzione è valida, e le plusvalenze realizzate, nonché gli utili distribuiti, concorrono alla formazione del reddito imputato per trasparenza secondo le regole previste per gli imprenditori individuali. In definitiva, la società trasparente viene equiparata ad una società di persone, in coerenza con i criteri direttivi fissati nella legge delega n. 80 del 2003 all'art. 4, comma 1, lettera h), ultimo periodo⁽⁸⁴²⁾. Di norma, infatti, nelle società di persone, laddove è previsto un regime diverso di determinazione dell'imponibile tra persone fisiche e società di capitali, la società di persone viene assimilata alle persone fisiche così da evitare arbitraggi fiscali⁽⁸⁴³⁾. Pertanto, in capo alla società a responsabilità limitata trasparente che determina il reddito da imputare ai soci, eventuali dividendi percepiti ed eventuali plusvalenze da cessione di partecipazione rilevano per il 40 per cento del loro ammontare (o nella diversa misura stabilita dal legislatore) e sono tassati secondo le aliquote progressive IRPEF di ogni socio percettore.

La disposizione appena illustrata, certamente corretta dal punto di vista sistematico, consente di effettuare alcune osservazioni e di meglio apprezzare le conclusioni cui si è giunti in precedenza in tema di c.d. regime Madre – figlia⁽⁸⁴⁴⁾. Si è osservato che una delle condizioni richieste per beneficiare del regime di tassazione di cui alla Direttiva n. 90/435/CEE è la circostanza che la società interessata sia assoggettata “*senza possibilità di opzione e senza esserne esentata*” all'IRES. Dal momento che il regime di trasparenza di cui agli art. 115 e 116 t.u.i.r. esclude la soggezione ad IRES, per evitare un corto circuito normativo, si era condiviso il suggerimento di considerare il regime di trasparenza e il regime Madre Figlia tra loro alternativi sicché alla scelta della società corrisponderà, per effetto della trasparenza, la non applicazione della direttiva. Queste le conclusioni cui si era giunti osservando la vicenda considerando l'Italia quale paese della fonte e, quindi, concentrandosi sull'ipotesi di dividendi in uscita, ora si può valutare le conclusioni dello stesso ragionamento considerando l'Italia quale paese della residenza e, quindi, concentrandosi sull'ipotesi di dividendi in entrata. Mentre, nell'ipotesi precedente si trattava del caso in cui esercitasse l'opzione per la trasparenza una società italiana partecipata da società italiane ed estere, ora si analizza il caso in cui a esercitare l'opzione sia una società italiana (posseduta solo da soci persone fisiche) che percepisce dividendi da una società figlia estera.

⁽⁸⁴¹⁾ Il corrispondente comma 3 dell'art. 14, d.m. 23 aprile 2004 deve, pertanto, ritenersi tacitamente abrogato.

⁽⁸⁴²⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 700; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 554; L(uca) DEL FEDERICO, *Regime della trasparenza ai sensi dell'art. 116 del Tuir e possesso di partecipazioni in società con sede all'interno dell'Unione europea*, cit., pag. 3899.

⁽⁸⁴³⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1522.

⁽⁸⁴⁴⁾ Cfr. paragrafo 18.2.1.1. – *Collegamento tra istituto della trasparenza e Direttiva Madre – Figlia: differenze nelle tipologie societarie elencate all'art. 115 t.u.i.r. e nella Direttiva Madre – Figlia*. e seguenti.

La tassazione dei dividendi di fonte estera è presa in considerazione dall’art. 89, comma 3, t.u.i.r. che recepisce la menzionata direttiva comunitaria prevedendo che i dividendi distribuiti dalle società e dagli enti non residenti, diversi da quelli residenti negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, non concorrono a formare il reddito dell’esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o dell’ente ricevente per il 95 per cento del loro ammontare. Viene così garantita l’applicazione, sia agli utili di fonte interna sia agli utili di fonte estera, di un regime di esenzione coerente con quello previsto dalla Direttiva n. 90/435/CEE. Il legislatore italiano così non solo non ha violato alcuna delle libertà fondamentali del Trattato CE, ma ha anche garantito l’applicazione della direttiva Madre – Figlia.

Come osservato in precedenza, nel caso in cui la società italiana che riceve dividendi di fonte estera sia una società di cui all’art. 116 t.u.i.r., non trova più applicazione il menzionato art. 89 t.u.i.r., bensì l’art. 59 t.u.i.r. che, se da un lato applica il medesimo regime di esenzione dei dividendi siano essi di fonte interna, siano essi di fonte estera (risultando, quindi, non in contrasto con il Trattato CE), dall’altro applica un regime non coerente con la direttiva n. 90/435/CEE. Infatti, gli utili distribuiti da società figlie residenti all’interno dell’Unione Europea verranno esentati solamente per il 60 per cento del loro ammontare anziché del 95 per cento dalla direttiva più volte richiamata ⁽⁸⁴⁵⁾. Tuttavia, anche in tale ipotesi, considerando i due regimi tra loro alternativi si potrebbe ritenere non sussistente alcun contrasto, in quanto l’applicazione del regime di trasparenza precluderebbe l’esercizio del regime Madre Figlia. L’opzione per la trasparenza, in tale prospettiva, inibisce la società italiana dal richiedere nello Stato estero di residenza della società figlia l’applicazione del regime Madre – Figlia, senza che ciò comporti alcuna violazione dei principi comunitari. Se l’interazione tra i due regimi a livello interno non crea problemi, non esclude che possano essere nello Stato di residenza della figlia. Occorrerà, infatti, verificare, come nello Stato estero viene interpretato il requisito dell’assoggettamento a tassazione senza possibilità di fruire di regimi di opzione o esonero. Ove interpretato in senso restrittivo, lo Stato estero potrebbe escludere la non applicazione del regime di esenzione anche in assenza di opzione.

In chiave interna, ritenendo i due regimi tra loro alternativi, essi possono coesistere; nella prospettiva esterna, non si può escludere che la non accettazione di tale ricostruzione dalle Amministrazioni finanziarie estere. È stato altrimenti suggerito di modificare l’art. 116 t.u.i.r. nel senso di non prevedere l’applicazione del regime di esenzione nella misura del 60 per cento ai dividendi di fonte comunitaria per i quali sarebbe applicabile il regime di esenzione nella misura del 95 per cento ⁽⁸⁴⁶⁾. La norma così formulata eviterebbe problematiche a livello

⁽⁸⁴⁵⁾ L(uca) DEL FEDERICO, *Regime della trasparenza ai sensi dell’art. 116 del Tuir e possesso di partecipazioni in società con sede all’interno dell’Unione europea*, cit., pag. 3900.

⁽⁸⁴⁶⁾ In questo senso L(uca) DEL FEDERICO, *Regime della trasparenza ai sensi dell’art. 116 del Tuir e possesso di partecipazioni in società con sede all’interno dell’Unione europea*, cit., pag. 3901 secondo cui il comma 2 dell’art. 116 t.u.i.r. dovrebbe essere così riformulato: “Le plusvalenze di cui all’articolo 87 e gli utili di cui all’articolo 89, comma 2, concorrono a formare il reddito imponibile nella misura indicata rispettivamente nell’articolo 58, comma 2 e nell’articolo 59”, ossia eliminando il riferimento ai dividendi comunitari distribuiti da società figlie a società madre italiana ove i soci abbiano optato per il regime della trasparenza ai sensi dell’art. 116, comma 1, t.u.i.r..

estero, tuttavia, in una prospettiva interna, non sarebbe coerente con il vigente sistema tributario che equipara l'investimento in società italiane e l'investimento in società estere e, in un prospettiva estera, potrebbe risultare, allargando il campo di applicazione di una risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia⁽⁸⁴⁷⁾, una misura che nega vantaggi ai propri cittadini che producono redditi in un altro Stato Membro (c.d. discriminazione "inversa" o "a rovescio") vietata dal Trattato CE.

24.2. – *Trasparenza e consolidato – ulteriori interrelazioni tra i due istituti.*

Tra le ulteriori clausole di esclusione dall'applicazione del regime la circolare n. 49 del 2004 enumera l'esercizio dell'opzione della partecipata per il consolidato nazionale o mondiale. Chiaramente detta opzione potrebbe risultare essere stata esercitata solo in qualità di controllante⁽⁸⁴⁸⁾; è, infatti, ipotizzabile soltanto il caso in cui una società a responsabilità limitata con la prevista compagine sociale, possieda partecipazioni in misura superiore al 50 per cento di altre società⁽⁸⁴⁹⁾. La previsione di tale causa di esclusione risulta non del tutto coerente con il tenore letterale delle norme in esame.

L'art. 116 t.u.i.r., infatti, testualmente dispone che "l'opzione di cui all'articolo 115 può essere esercitata con le stesse modalità ed alle stesse condizioni, ad esclusione di quelle indicate nel comma 1 del medesimo articolo" dalle società a ristretta base proprietaria. Le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 115 t.u.i.r. sono, oltre quelle relative alla composizione della compagine sociale, anche, nel testo originario, l'emissione di strumenti finanziari partecipativi⁽⁸⁵⁰⁾, nel testo attualmente vigente la fruizione di riduzioni di aliquota (art. 115, comma

⁽⁸⁴⁷⁾ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Causa C-264/96, Caso *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Colmer*.

⁽⁸⁴⁸⁾ Nell'ipotesi di consolidato mondiale, ciò può verificarsi a condizioni che i soci – persone fisiche della società partecipata non controllino altre società o enti commerciali residenti o non. L'art. 130 t.u.i.r., infatti, consente l'esercizio dell'opzione alle società o enti che si qualificano come controllanti di grado più elevati, ciò si verifica allorquando:

- i titoli della società che esercita l'opzione sono negoziati nei mercati regolamentati o;
- la società che esercita l'opzione risulta controllata, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), cod. civ., esclusivamente dallo Stato o da altri enti pubblici, da persone fisiche residenti che non si qualificano a loro volta, tenendo conto delle partecipazioni possedute da loro parti correlate, quali soggetti controllanti ai sensi dell'art. 2359, comma 1, numeri 1) e 2), cod. civ., di altra società o ente commerciale residente o non residente.

⁽⁸⁴⁹⁾ L'esercizio dell'opzione in qualità di controllata presuppone l'assenza di una compagine sociale integralmente composta da persone fisiche.

⁽⁸⁵⁰⁾ Si ricorda che, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 247 del 2005 (c.d. Correttivo IRES), l'art. 115, comma 1, lett. a), t.u.i.r. precludeva l'esercizio dell'opzione per la trasparenza alle società che avessero emesso strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346, ultimo comma, cod. civ.. Detta disposizione risulta ora abrogata, tuttavia anche nel vecchio regime non poneva problemi per le società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria in quanto:

- l'art. 116 t.u.i.r. estende il campo di applicazione delle cause di esclusione dal regime di trasparenza di cui all'art. 115 t.u.i.r., ad eccezione di quelle di cui al comma 1 dello stesso articolo. L'emissione di strumenti finanziari partecipativi, dal punto di vista tributario non avrebbe avuto efficacia;
- l'art. 2483 cod. civ. non consente alle società a responsabilità limitata l'emissione di strumenti finanziari partecipativi, ma solo di titoli di debito la cui emissione non presenta profili di incompatibilità con il regime di trasparenza.

Cfr. P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 206.

1, lett. a) ⁽⁸⁵¹⁾ e il mancato esercizio dell’opzione per il consolidato (art. 115, comma 1, lett. b) ⁽⁸⁵²⁾. Il tenore letterale dell’art. 116 t.u.i.r. dovrebbe, quindi, condurre ad affermare che l’esercizio dell’opzione per il consolidato da parte delle società partecipata non impedisce l’accesso ad un perimetro di trasparenza sicché ai soci della società a responsabilità limitata dovrebbe essere imputato per trasparenza l’intero risultato della partecipata e delle controllate. Sarebbe una conseguenza distorsiva, ma inevitabile stando al tenore letterale ⁽⁸⁵³⁾.

Si ritiene, però, tale conclusione dipenda esclusivamente da una malaccorta formulazione della norma ⁽⁸⁵⁴⁾ in quanto, come osservato in precedenza ⁽⁸⁵⁵⁾, la *ratio legis*, è evidentemente, quella di evitare la sovrapposizione tra trasparenza e consolidato per impedire che l’imponibile di gruppo, da tassare in capo alla sola società controllante capofila, possa essere imputato ad altri soggetti che non esercitano un effettivo controllo delle società a valle. I redditi imputati nell’ambito di un perimetro di consolidamento non possono essere trasferiti all’interno di un perimetro di trasparenza in quanto il primo consente l’imputazione integrale incompatibile con il sistema della trasparenza. Nell’ipotesi in esame, inoltre, si realizzerebbero effetti ancor più inaccettabili in quanto l’applicazione della trasparenza comporta l’assoggettamento del reddito all’IRPEF e non all’IRES. Si crea, quindi, un problema di regole di determinazione del reddito che, come in tema di dividendi e plusvalenze, richiederebbe di applicare le norme previste per le società di persone. Se l’esercizio dell’opzione per il consolidato fosse ammissibile, non solo la società partecipata – controllante, ma anche le società controllate dovrebbero applicare le regole previste per le persone fisiche.

La precisazione offerta dall’Agenzia appare, quindi, opportuna e sistematicamente corretta, tuttavia non coerente con il tenore letterale delle norme che dovrebbero, pertanto, essere emendate sul punto.

24.3. – *Ulteriori cause di esclusione e decadenza: profili sostanziali e procedurali.*

Non sorgono, invece, specifiche problematiche per le ulteriori cause di esclusione e di cadenza che operano in forza del rinvio operato dall’ultimo comma dell’art. 14, d.m. 23 aprile 2004, alle disposizioni valide per la trasparenza di cui all’art. 115 t.u.i.r., quali:

- l’assoggettamento della partecipata alle procedure concorsuali di cui all’art. 101, comma 5, t.u.i.r.. Come avviene per le altre società di capitali, la messa in liquidazione della società a responsabilità limitata non determina la decadenza dalla trasparenza; in tal caso, i redditi (o le perdite fiscali) dei periodi intermedi, caratterizzanti la liquidazione, acquistano il carattere della

⁽⁸⁵¹⁾ La possibilità di differenze tra aliquote della società partecipata e quella dei soci persone fisiche è implicita nel regime di trasparenza in esame in quanto comporta il passaggio dal regime impositivo IRES al regime impositivo IRPEF.

⁽⁸⁵²⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1190.

⁽⁸⁵³⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 554.

⁽⁸⁵⁴⁾ Così L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1521. Condivide tale opinione S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4824.

⁽⁸⁵⁵⁾ Cfr. paragrafo 18.3. – *Trasparenza e consolidato – Interrelazioni tra i due istituti.*

CAPITOLO QUINTO

definitività e non sono soggetti al conguaglio definitivo da effettuare al termine della procedura medesima;

- la trasformazione della partecipata in altra società non avente forma giuridica di società a responsabilità limitata o società cooperativa a responsabilità limitata. In analogia con quanto previsto dall'art. 10, comma 1, d.m. 23 aprile 2004 deve ritenersi che, in caso di trasformazione, la decadenza dall'opzione esplica i propri effetti a partire:
 - dalla data di trasformazione, in caso di trasformazione in società non soggetta ad IRES;
 - dall'inizio del periodo d'imposta in caso di trasformazione in società di cui all'articolo 115 t.u.i.r., diverse dalle società a responsabilità limitata; in tal caso, infatti, avvenendo la trasformazione nell'ambito di società soggette alla medesima imposta, il periodo d'imposta è unico ed è riferibile interamente alla società trasformata. Ne discende che l'assenza, fin dall'inizio del periodo d'imposta, della forma giuridica richiesta dall'articolo 116 t.u.i.r. produrrà effetti sulla decadenza dal regime fin dal suddetto inizio;
- il trasferimento all'estero della residenza della società partecipata;
- l'assoggettamento della società partecipata ad operazioni di fusione e scissione della partecipata con effetti a partire dalla data in cui la relativa operazione assume rilevanza fiscale, salvo che nel caso in cui l'opzione venga confermata dai soggetti interessati. La conferma non può, tuttavia, operare sia nell'ipotesi in cui la società a responsabilità limitata si fonda con altra società assumendo una forma giuridica diversa da una società a responsabilità limitata, sia qualora la società trasparente si fonda con società non posseduta da persone fisiche, anche se la risultante dalla fusione sia una società a responsabilità limitata ⁽⁸⁵⁶⁾.

L'art. 14, comma 2, d.m. 23 aprile 2004, proseguendo, disciplina la decorrenza degli effetti della perdita di efficacia dell'opzione, nel caso in cui vengano meno i requisiti previsti per l'accesso alla trasparenza, relativamente:

- a) al superamento della soglia massima dei ricavi;
- b) al venir meno dei requisiti dei soci.

Con riferimento all'ipotesi *sub a*), come chiarito in precedenza, viene precisato che la società trasparente, che in un determinato periodo di imposta n consegue ricavi (considerati ai fini dell'ammissione al regime) maggiori di euro 5.164.569,00, decade dal regime fiscale in esame a partire dal periodo d'imposta successivo.

Nelle ipotesi indicate alla lettera b), la circolare n. 49 del 2004 precisa che, invece, la decadenza dall'opzione produce effetti immediati ossia dal periodo d'imposta nel corso del quale si verifica che:

- la compagine sociale della società partecipata non è più costituita esclusivamente da persone fisiche;
- il numero dei soci anche per un breve lasso di tempo risulta superiore a dieci (venti nel caso di cooperativa);
- i soci non residenti non operano più attraverso una stabile organizzazione.

Le variazioni della compagine risultano, invece, ininfluenti ai fini della decadenza dall'opzione, se il socio entrante è una persona fisica; la compagine

⁽⁸⁵⁶⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2167.

sociale rimanga costituita da non più di dieci elementi (venti per le cooperative); entri nella compagine un socio estero non soggetto a ritenuta sui dividendi, fermo restando i limiti sul numero massimo dei soci ⁽⁸⁵⁷⁾.

25. – ESERCIZIO DELL'OPZIONE E UNANIMITÀ DELLA COMPAGINE SOCIALE.

Anche quanto alle modalità, e conseguenze, dell'esercizio dell'opzione per la trasparenza delle società a ristretta base proprietaria, il legislatore non ha voluto con l'art. 116 t.u.i.r. introdurre alcuna differenziazione rispetto all'art. 115 t.u.i.r. al quale rinvia sicché ne deriva che l'accesso alla trasparenza deve venire effettuato dalle società a ristretta base partecipativa con le medesime modalità previste per le altre società di capitali. Pertanto, secondo quanto previsto nel richiamato comma 4 dell'art. 115 t.u.i.r., anche nei riguardi delle società a responsabilità limitata, l'opzione:

- è vincolante per tre periodi d'imposta della società partecipata;
- deve essere esercitata congiuntamente dalla società partecipata e da tutti i soci;
- deve essere comunicata dalla società partecipata all'Amministrazione Finanziaria entro il primo dei tre periodi d'imposta.

Il richiamo effettuato dall'ultimo comma dell'articolo 14, d.m. 23 aprile 2004, rende poi applicabile anche nei confronti delle società a responsabilità limitata le norme sulle comunicazioni a carico delle società di capitali di cui all'art. 115 t.u.i.r. Pertanto, anche con riguardo alle società a ristretta base partecipativa, è necessario che:

- a) tutti i soci manifestino la propria volontà di optare per il regime della trasparenza, mediante invio alla partecipata di una raccomandata con ricevuta di ritorno;
- b) la società partecipata comunichi all'Agenzia delle Entrate l'esercizio dell'opzione per il regime della trasparenza.

In caso di variazione della compagine societaria, il socio che cede la propria quota è tenuto a comunicare al socio cessionario l'avvenuta opzione, nonché l'ammontare dei redditi che gli sono stati in passato imputati per trasparenza dalla società partecipata. Tale ultima comunicazione risulta necessaria poiché gli utili, che eventualmente verranno distribuiti al socio cessionario, sulla base di quanto è disposto nel comma 12 dell'art. 115 t.u.i.r., riducono per il socio il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione detenuta nella società stessa fino a concorrenza dei redditi imputati.

In caso di aumento del capitale sociale con ingresso di nuovi soci, ricadrà sulla partecipata l'onere di informare costoro dell'avvenuta opzione; anche nel caso in esame, l'opzione esercitata dai vecchi soci, quindi, vincola coloro che entrano a far parte della compagine sociale.

Anche per l'ipotesi di cui all'art. 116 t.u.i.r., il legislatore, quindi, richiede la manifestazione del consenso unanime dei soci quale "rinforzo volontaristico". L'esercizio dell'opzione per la trasparenza segue di nuovo la procedura precedentemente illustrata nel caso di cui all'art. 115 t.u.i.r. che individua nei soci gli attori principali. Tutti i soci devono, infatti, esercitare l'opzione

⁽⁸⁵⁷⁾ P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 204.

comunicandola formalmente alla società. Questa poi dovrà completare la fattispecie ribadendo l'esercizio dell'opzione secondo quanto previsto dall'art. 4 d.m. 23 aprile 2004 (richiamato dall'art. 14 dello stesso decreto) e comunicarla all'Amministrazione. Anche ora si può ritenere che l'esercizio dell'opzione da parte della società partecipata configuri un atto pressoché dovuto ed automatico.

La regola dell'unanimità consente ancora di individuare una sede in cui i soci possono far valere il loro eventuale disaccordo. Il legislatore tributario affida così ai soggetti coinvolti il compito di trovare le condizioni alle quale esercitare l'opzione e risolvere le discrasie che esso comporta, in particolare, quella tra reddito imputato e reddito distribuito dal momento che, anche nella tipologia societaria in esame, la distribuzione dei dividendi è condizionata all'assunzione di una formale delibera di distribuzione. In questa maniera viene così salvaguardato il principio di capacità contributiva: mancando di nuovo una norma che possa svolgere il ruolo assegnato, nell'ambito delle società di persone, all'art. 2262 cod. civ., il legislatore tributario ha dovuto prevedere un meccanismo tale da consentire ai soci di regolare l'apprensione degli utili (*rectius* di presumere ragionevolmente che tali profili siano regolati).

Ciò risulta di particolare rilievo nel contesto dell'assetto societario ipotizzato dal legislatore all'art. 116 t.u.i.r. Infatti, diversamente che nell'ipotesi precedente, è ora configurabile il caso del "socio tiranno"; è, infatti, compatibile con il modello in esame, non solo l'ipotesi del socio unico, ma anche l'ipotesi in cui un solo socio detenga la maggioranza del capitale sociale. La mancata applicazione della regola dell'unanimità avrebbe esposto i soci di minoranza alle scelte del socio di maggioranza non solo in sede di esercizio dell'opzione, ma anche in sede di distribuzione degli utili. Con riguardo a tale secondo momento, non risulta piena la tutela riconosciuta ai soci di minoranza, si tratta di una tutela riflessa in quanto solo attraverso un preventivo accordo parasociale i soci possono regolare la futura distribuzione di utili, accordo nei confronti del quale il socio potrebbe, comunque, risultare inadempiente⁽⁸⁵⁸⁾. Ai soci di minoranza residuerebbe in questo caso solo l'ordinario strumento civilistico del risarcimento del danno.

I rimedi civilistici sono ancora gli unici rimedi a cui può ricorrere il contribuente nelle ipotesi di mutamento della compagine sociale dovuto a cessioni di quote o aumento di capitale. Come nell'ipotesi di cui all'art. 115 t.u.i.r., tali operazioni sono ritenute compatibili con la permanenza del regime di opzione; l'unico adempimento richiesto è la comunicazione, dal cedente al cessionario e dalla società al sottoscrittore dell'aumento di capitale, dell'avvenuto esercizio dell'opzione. Come osservato in precedenza, l'inosservanza di tale obbligo non è sanzionata, né comporta decadenza dal regime di trasparenza.

Se la scelta del legislatore favorisce la circolazione delle partecipazioni societarie, questa scelta continua a non parere del tutto corretta. Dal punto di vista economico, nelle società fotografate dal legislatore, il mutamento della compagine sociale è una possibilità che può registrarsi con difficoltà: le ridotte dimensioni della società sono, di norma, compatibili con società a carattere familiare possedute non per la vendita; il mutamento della compagine sociale o l'ingresso di

⁽⁸⁵⁸⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 329; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 555.

nuovi soci sono ipotesi non comuni in queste realtà ⁽⁸⁵⁹⁾. Dal punto di vista giuridico, non possono che rinnovarsi le perplessità, anche di ordine costituzionale, che la scelta legislativa comporta. Non viene in maniera sufficientemente efficace garantita la partecipazione volontaristica del socio subentrante all’applicazione del regime di trasparenza; questo potrebbe trovarsi a dover subire una precedente decisione. La possibilità, invece, di ricondurre l’esercizio dell’opzione ad una chiara manifestazione di volontà del socio rappresenta una condizione imprescindibile per ritenere legittimo il regime in esame. Porre a carico del cedente o della società l’obbligo di comunicare l’avvenuto esercizio dell’opzione, pare una fondamentale cautela che avrebbe richiesto una sanzione in caso di inadempimento.

Ritornando al tema delle comunicazioni che devono essere effettuate, si ricorda che, nel caso di verificarsi di una causa di decadenza, la partecipata deve comunicare all’Agenzia delle Entrate l’avvenuta realizzazione di uno dei relativi eventi, entro i successivi trenta giorni, decorrenti:

- dall’avvenuta modifica della compagine sociale, per l’ingresso di nuovi soci, che determini il superamento del numero massimo dei soci ammessi;
- dall’avvenuta modifica della compagine sociale, per l’ingresso anche di un nuovo socio che non sia persona fisica;
- dalla data a partire dalla quale il socio estero non posseda la quota attraverso una stabile organizzazione.

Non sussiste, invece, alcuno specifico obbligo di comunicazione all’Agenzia delle Entrate qualora vengano conseguiti ricavi di ammontare superiore alla soglia di applicazione degli studi di settore, giacché tale informazione è desumibile dalla dichiarazione della società partecipata.

Il rinnovo dell’opzione, al termine del triennio, deve avvenire con le stesse modalità con le quali è stata effettuata la prima opzione, così come previsto per le società di capitali in genere, in base all’art. 5, d.m. 23 aprile 2004: quindi i soci dovranno reiterare la raccomandata e la società dovrà effettuare una nuova comunicazione all’Agenzia delle Entrate, entro il primo periodo d’imposta successivo al triennio di efficacia del regime in precedenza scelto.

26. – IMPUTAZIONE DEL REDDITO E DELLE PERDITE E DISTRIBUZIONE DI UTILI TRASPARENTI.

Anche nell’ipotesi di cui all’art. 116 t.u.i.r., dal punto di vista operativo, il meccanismo di imputazione per trasparenza presenta analogie a quello previsto dall’art. 5 t.u.i.r.. Il reddito prodotto dalla società a responsabilità limitata trasparente, determinato relativamente ai dividendi e alle plusvalenze finanziarie secondo le regole proprie delle persone fisiche, viene imputato ai soci alla data di chiusura dell’esercizio della partecipata, in proporzione alla quota di partecipazione agli utili posseduta da ciascuno di essi ed a prescindere

⁽⁸⁵⁹⁾ La scarsa circolazione delle quote può verificarsi anche nell’ipotesi di cui all’art. 115 t.u.i.r.. Come osservato in precedenza, esso è applicabile alle *corporate joint ventures* e, in generale, ad associazioni temporanee di impresa costituite per partecipare a gare di appalto terminate le quali la società neocostituita è destinata a sciogliersi.

dall'effettiva percezione ⁽⁸⁶⁰⁾. Rispetto alla fattispecie di cui all'art. 115 t.u.i.r. e, invece, in perfetta analogia con l'ipotesi di cui all'art. 5 t.u.i.r., il reddito prodotto dalla società muove così dalla sfera impositiva dell'IRES, alla sfera impositiva dell'IRPEF ⁽⁸⁶¹⁾.

Si realizza una connessione tra l'imposta di carattere reale a carico della società e l'imposta di carattere personale a carico dei soci che potrebbe prestarsi a manovre elusive. In particolare, si potrebbero operare variazioni della compagine societaria all'approssimarsi del termine del periodo di imposta, tenuto in particolare conto che l'art. 116 t.u.i.r. nulla dispone quanto alle percentuali di partecipazione, così da trasferire il maggior reddito tassabile ai soci con la più bassa aliquota marginale ⁽⁸⁶²⁾. Per evitare tale risultato, l'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 49 del 2004 ha ritenuto applicabile anche alle società a responsabilità limitata il disposto di cui all'art. 5, comma 2, t.u.i.r. per effetto del quale le modifiche nelle quote di partecipazioni agli utili dei soci, non legate a variazioni della compagine sociale in termini soggettivi, hanno efficacia solo a partire dal periodo d'imposta successivo a cui si sono realizzati. L'art. 5, comma 2, t.u.i.r. prevede, infatti, che abbiano rilevanza a fini fiscali le quote di partecipazione agli utili che risultano da atto pubblico o scrittura privata autenticata di data anteriore all'inizio del periodo d'imposta. La disposizione appena menzionata posticipa, per fini antielusivi, gli effetti di operazioni che modificano solo dal punto di vista oggettivo la composizione della società e non anche dal punto di vista soggettivo ⁽⁸⁶³⁾.

Il fondamento giuridico del ragionamento dell'Agenzia si trova nell'art. 3, comma 1, lett. h), legge n. 80 del 2003 che disponeva l' "*equiparazione ai fini delle imposte dirette della società a responsabilità limitata che esercita l'opzione ad una società di persone*". La possibilità di applicare alle società a responsabilità limitata trasparenti disposizioni valide per le società di persone trova così nella legge delega il proprio fondamento dal momento che né l'art. 116 t.u.i.r., né l'art. 14, d.m. 23 aprile 2004, effettua alcun esplicito rinvio all'art. 5 t.u.i.r.. Il ragionamento adottato dall'Agenzia non pare del tutto illogico e privo di fondamento, tuttavia, come si vedrà più diffusamente in seguito ⁽⁸⁶⁴⁾, non risulta essere sempre applicato allo stesso modo dall'Amministrazione Finanziaria.

Ai fini dell'imputazione dei redditi ai soci delle società a responsabilità limitata trasparenza, si dovrà, quindi, distinguere tra:

- a) variazioni delle compagine sociale in termini soggettivi e;
- b) variazioni della compagine sociale in termini oggettivi.

Le prime avranno effetto a partire dal periodo di imposta nel corso del quale si verificano, dal momento che, similmente a quanto avviene per le società di persone di cui all'art. 5 t.u.i.r. e per le società di capitali trasparenti di cui all'art.

⁽⁸⁶⁰⁾ Sono imputati nella stessa proporzione anche le eventuali ritenute e crediti di imposta della società. Operano anche nell'ipotesi dell'art. 116 t.u.i.r. i criteri stabiliti dall'art. 115, comma 3, secondo periodo, t.u.i.r. nonché dall'art. 7, comma 3, d.m. 23 aprile 2004 illustrati alla nota 574.

⁽⁸⁶¹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1522.

⁽⁸⁶²⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 555.

⁽⁸⁶³⁾ Per le stesse esigenze di cautela fiscale, l'Agenzia precisa che l'eventuale cessione del diritto di usufrutto sulla quota manifesterà i propri effetti fiscali, ai fini dell'imputazione del reddito della partecipata, a partire dal periodo d'imposta successivo alla suddetta cessione.

⁽⁸⁶⁴⁾ Cfr. paragrafo 27. – *Responsabilità nella trasparenza delle società a ristretta base proprietaria.*

115 t.u.i.r., l’imputazione ai soci dei risultati fiscali conseguiti dalla partecipata viene effettuata in base alla situazione esistente alla data di chiusura del periodo d’imposta. Le seconde, come chiarito, avranno effetto a partire dal periodo di imposta successivo a quello in cui si verificano.

La determinazione del reddito imputabile, salva l’eccezione dei dividendi e delle plusvalenze finanziarie, avviene secondo le ordinarie regole dell’IRES. Tale fase della determinazione dell’obbligazione tributaria, infatti, avviene in capo alla società di persone che dovrà, pertanto, applicare le regole ad essa proprie. Varranno, pertanto, anche le regole di riporto delle perdite previste dalla disciplina IRES.

Il reddito, sia di segno positivo, sia di segno negativo, imputato ai soci – persone fisiche della società a responsabilità limitata trasparente, concorre alla determinazione del reddito complessivo dei soci. Tale reddito deve essere indicato in dichiarazione ⁽⁸⁶⁵⁾ tra i redditi di partecipazione qualora la partecipazione sia assunta al di fuori dell’attività di impresa ⁽⁸⁶⁶⁾ ⁽⁸⁶⁷⁾; quale componente positivo o negativo del reddito di impresa del contribuente qualora la partecipazione sia assunta nell’ambito dell’attività d’impresa da questi esercitata e indicata tra le attività relative all’impresa nell’inventario redatto ai sensi dell’art. 2217 cod. civ. ⁽⁸⁶⁸⁾⁽⁸⁶⁹⁾. In entrambe le ipotesi, i redditi così imputati, in particolare ai fini della compensazione delle perdite di cui si dirà subito appresso, conservano la qualifica che hanno presso la società trasparente e, quindi, quella di reddito di impresa. La riconduzione di tali redditi alla categoria del reddito di partecipazione ha solo una valenza espositiva. Analogamente a quanto avviene per i redditi delle società di persone, anche il reddito delle società a responsabilità limitata trasparente conserva, quindi, la propria qualifica di redditi di impresa ⁽⁸⁷⁰⁾ indipendentemente dalla casella in cui deve essere indicato in dichiarazione.

Il reddito così imputato per trasparenza sarà algebricamente sommato agli altri redditi dei soci. In questa fase della determinazione dell’obbligazione

⁽⁸⁶⁵⁾ Le istruzioni al quadro RH modello Unico – Persone fisiche precisano che detto quadro deve essere utilizzato per dichiarare le quote di reddito derivanti da partecipazioni in società ed associazioni o imprese familiari o coniugali:

- dai soci delle società di persone ed equiparate di cui all’art. 5 t.u.i.r.;
- dai collaboratori di imprese familiari;
- dal coniuge che partecipa all’azienda coniugale non gestita in forma societaria;
- dalle persone fisiche membri di Gruppi Europei di Interesse Economico (GEIE) residenti nel territorio dello Stato o, se non residenti, con stabile organizzazione nel territorio dello Stato;
- dai soci di società che hanno optato per il regime della trasparenza ai sensi dell’art. 116 t.u.i.r.

⁽⁸⁶⁶⁾ Quadro RH del Modello Unico

⁽⁸⁶⁷⁾ L’assunzione della partecipazione al di fuori dell’attività di impresa non esclude che nei confronti dei soci operi l’art. 115, comma 12, t.u.i.r. e l’art. 8, comma 1, d.m. 23 aprile che chiariscono come debba procedersi alla determinazione del costo della partecipazione. Cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2168.

⁽⁸⁶⁸⁾ Quadro RF o RG del Modello Unico

⁽⁸⁶⁹⁾ L’assunzione della partecipazione nell’ambito dell’attività di impresa comporta, oltre all’applicazione dell’art. 115, comma 12, t.u.i.r. e dell’art. 8, comma 1, d.m. 23 aprile che chiariscono come debba procedersi alla determinazione del costo della partecipazione, anche dell’art. 115, comma 11, t.u.i.r., relativo alla determinazione del reddito imponibile per riallineamento dei valori. Cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pagg. 2167 e 2168.

⁽⁸⁷⁰⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 274.

CAPITOLO QUINTO

tributaria, i soci adotteranno le regole loro ordinariamente applicabili ed, in particolare, quelle di cui all'art. 8 t.u.i.r.. Di tale circostanza ha tenuto conto il legislatore che, relativamente alle perdite, ha dovuto conciliare la circostanza che le perdite in società di cui all'art. 116 t.u.i.r. sono perdite di società di capitali nelle quali resta operante il principio della limitazione della responsabilità del socio al capitale investito, con le regole proprie delle società di persone. Ne è conseguito il primo periodo del comma 2 dell'art. 116 t.u.i.r. che dispone l'applicazione congiunta:

- a) delle disposizioni del terzo e quarto periodo del comma 3 dell'art. 115 t.u.i.r. e;
- b) delle disposizioni del primo e terzo periodo del comma 3 dell'art. 8 t.u.i.r.⁽⁸⁷¹⁾.

Il legislatore dimostra così di aver tenuto che il trattamento delle perdite eventualmente imputate non si esaurisce nell'ambito della disciplina dell'IRES, ma deve tenere conto anche della disciplina IRPEF.

Con la precisazione *sub a)*, il legislatore estende anche all'ipotesi dell'art. 116 t.u.i.r. i limiti di riporto delle perdite previsti dall'art. 115 t.u.i.r.: queste sono così imputate ai soci in proporzione alle rispettive quote di partecipazione, ma nei limiti della quota di patrimonio netto riferibile alla quota del socio (sicché l'eventuale eccedenza resterà in capo alla società e da questa riportata in avanti)⁽⁸⁷²⁾. L'estensione della trasparenza alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria non vale, infatti, a superare la regola civilistica per cui la responsabilità del socio di società di capitali è limitata alla quota di capitale conferito. Il richiamo effettuato dal legislatore al terzo periodo del comma 3 dell'art. 115 t.u.i.r. vale a far salva tale regola; il principio di equiparazione tra società a ristretta base proprietaria e società di persone deve, nell'ipotesi in esame, fare i conti con la differente struttura civilistica della fattispecie, sicché la precisazione offerta dal legislatore appare quanto mai opportuna.

Il rinvio al quarto periodo del comma 3 dell'art. 115 t.u.i.r. è stato inserito dall'art. 36, comma 10, d.l. n. 223 del 2006. Esso serve ad estendere anche alla fattispecie di cui all'art. 116 t.u.i.r. il divieto di compensare gli utili imputati per trasparenza con perdite pregresse dei soci. Il legislatore si riferisce qui all'ipotesi di soci – persone fisiche della società trasparente, esercenti attività d'impresa e titolari, in relazione a tali attività, di perdite pregresse. Come osservato in sede di analisi dell'art. 115 t.u.i.r.⁽⁸⁷³⁾, si tratta di una disposizione con finalità antielusive che instaura una simmetria tra disciplina della trasparenza e consolidato. Tuttavia, si deve ribadire quanto osservato in quella sede: uno dei motivi di ordine logico sistematico che aveva indotto, in origine, il legislatore ad accordare alle società – socie l'utilizzo delle perdite pregresse a compensazione dei redditi ad esse imputati per trasparenza nasceva dall'opportunità di estendere al regime della trasparenza le stesse regole vevoli per l'imputazione per

⁽⁸⁷¹⁾ Sull'opportunità dell'introduzione di tale rinvio A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 701.

⁽⁸⁷²⁾ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2168; P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 203; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 555.

⁽⁸⁷³⁾ Cfr. paragrafo 19.2.6. – *La determinazione del reddito della società partecipante: il problema delle perdite pregresse della società partecipante.*

trasparenza dei redditi delle società di persone, tra le quali quella per cui la società può utilizzare le sue perdite pregresse anche a compensazione di questi redditi ⁽⁸⁷⁴⁾. Per effetto, dunque, delle modifiche in questione apportate all’art. 115 t.u.i.r. e quindi all’art. 116 t.u.i.r., questo regime di trasparenza viene a differenziarsi, sotto questo profilo, da quello valevole per la partecipazione in società di persone. Si deve, quindi, registrare un ulteriore punto di differenziazione tra la trasparenza di cui all’art. 116 t.u.i.r. e quella di cui all’art. 5 t.u.i.r. che contrasta con i principi della legge delega che, come più volte ribadito, imponeva una piena equiparazione tra i due modelli impositivi. La disposizione in esame potrebbe, quindi, presentare profili di incompatibilità anche costituzionale.

La precisazione *sub b)* è, invece, specifica dell’ipotesi di trasparenza in esame e deriva dal coinvolgimento di persone fisiche. Si ricorda che il menzionato art. 8 t.u.i.r. è stato oggetto di severe modifiche ad opera prima dell’art. 36, comma 27, d.l. n. 223 del 2004 poi dell’art. 1, comma 29, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Legge Finanziaria per il 2008). Mentre, con il d.l. n. 223 del 2004, il legislatore aveva inteso eliminare il meccanismo di compensazione che la normativa finora vigente accordava alle perdite delle imprese fruenti del regime contabile semplificato (imprese minori) e, in generale, alle perdite derivanti dall’esercizio di attività professionali e artistiche; la Legge Finanziaria per il 2008 ha ripristinato le disposizioni precedentemente abrogate.

Prime del d.l. n. 223 del 2006, le perdite delle imprese fruenti del regime contabile semplificato (imprese minori) e, in generale, le perdite derivanti dall’esercizio di attività professionali e artistiche venivano computate a diretto abbattimento dei redditi delle altre categorie concorrenti alla formazione dell’imponibile complessivo di periodo. Era questa la c.d. compensazione orizzontale diretta a colpire, laddove positivo, il risultato della somma algebrica di tutte le componenti reddituali conseguite dal contribuente nel periodo d’imposta. Si distingue, a sua volta, dalla compensazione verticale caratterizzata dal divieto di neutralizzare la perdita di esercizio con redditi appartenuti a categorie diverse da quella d’impresa (ovvero di lavoro autonomo). La compensazione c.d. verticale era, invece, il meccanismo prescelto dal legislatore del d.l. n. 223 del 2006 per effetto del quale le perdite derivanti dall’esercizio dell’attività di impresa o di lavoro autonomo potevano essere riportate a compensazione solo con redditi della medesima categoria del quinquennio successivo. Analogo trattamento vale per le perdite derivanti dalla partecipazione a società commerciali di tipo personale o alle società e associazioni esercenti arti e professioni ⁽⁸⁷⁵⁾. Le modifiche apportate all’art. 8 t.u.i.r. avevano, in definitiva, determinato l’operatività, sia con riferimento al reddito d’impresa che a quello derivante dall’esercizio di arti e professioni, del principio del riporto, ma ai soli fini della compensazione verticale. Ne derivava che la perdita sofferta in un periodo d’imposta poteva esser compensata, nel medesimo esercizio, nei limiti in cui trovava capienza, con redditi eventualmente realizzati della stessa categoria ⁽⁸⁷⁶⁾. Con riferimento alla trasparenza di cui all’art. 116 t.u.i.r., ne derivava che le perdite della società a

⁽⁸⁷⁴⁾ Circolare Assonime 31 maggio 2007, n. 31

⁽⁸⁷⁵⁾ Cfr. Circolare Assonime 31 maggio 2007, n. 31.

⁽⁸⁷⁶⁾ S. CAPOLUPO, *D.L. n. 223/2006: le modifiche alla disciplina delle perdite*, in *Il Fisco*, 2006, pag. 4752.

responsabilità limitata trasparente non potevano essere computate in diminuzione degli altri redditi dichiarati dal socio persona fisica ⁽⁸⁷⁷⁾.

L'art. 1, comma 29, Legge Finanziaria per il 2008 reintroduce, con decorrenza dal 1° gennaio 2008, per i lavoratori autonomi e per le imprese in contabilità semplificata, la possibilità di scomputare le perdite realizzate dagli altri redditi dichiarati dalla persona fisica nel medesimo periodo d'imposta. In tal modo, si attua, come precisato nella relazione illustrativa, l'abrogazione implicita della disposizione contenuta nel citato comma 27 dell'art. 36, d.l. n. 223 del 2006. L'art. 8 t.u.i.r. dispone ora che, al fine di determinare il reddito complessivo, occorre sommare algebricamente tutti i redditi netti di ogni singola categoria reddituale e le perdite derivanti dall'esercizio di imprese minori *ex art.* 66 t.u.i.r. o dall'esercizio di arti e professioni. Si reintroduce, quindi, per le imprese in contabilità semplificata e per i lavoratori autonomi il meccanismo della c.d. compensazione orizzontale delle perdite che se, da un lato, consente la compensabilità delle perdite con i redditi prodotti da altre categorie nello stesso periodo di imposta, dall'altro, ne esclude la possibilità di riporto agli esercizi successivi in caso di incapienza di tali redditi ⁽⁸⁷⁸⁾.

Operando l'art. 116 t.u.i.r. un generale rinvio al comma 1 e 3 dell'art. 8 t.u.i.r., le modifiche ad esso apportate valgono anche per le perdite imputate per trasparenza da società di capitali. Come chiarito in precedenza, le perdite imputate da società di capitali devono qualificarsi quali redditi di impresa di segno negativo, costituendo la categoria dei redditi di partecipazione una qualificazione solo procedurale al fine di garantirne una separata indicazione in dichiarazione. Le perdite della società trasparente potranno, quindi, essere compensate con tutti gli altri eventuali redditi realizzati dal contribuente secondo lo schema della compensazione orizzontale ⁽⁸⁷⁹⁾ ⁽⁸⁸⁰⁾.

Ove siano presenti soci non residenti, privi di stabile organizzazione e la loro presenza non costituisca ostacolo per l'esercizio dell'opzione per la trasparenza, il reddito da loro conseguito sarà tassabile in Italia in virtù delle modifiche apportate all'art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r. che considera prodotti in Italia e ivi tassabili i redditi di cui all'art. 116 t.u.i.r. imputabili ai soci non residenti. Nel caso, invece, in cui la partecipazione sia detenuta da un non residente per il tramite di una stabile organizzazione italiana a cui è imputata la partecipazione, il socio non residente sarà tassabile in Italia in forza della lett. e) dell'articolo da ultimo menzionato. Le perplessità che suscita l'art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r. e le difficoltà che provoca in sede di applicazioni di convenzioni contro le doppie imposizioni sono state analizzate in precedenza ⁽⁸⁸¹⁾, in questa sede ci si può limitare a ritenere che l'inclusione anche della fattispecie di cui

⁽⁸⁷⁷⁾ C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., pag. 1190.

⁽⁸⁷⁸⁾ B. IZZO, V. RUSSO, *Modifiche al regime delle perdite ai fini IRPEF e IRES*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3487.

⁽⁸⁷⁹⁾ P. VALENTE, G. VALENTE, *Consolidato e trasparenza*, cit., pag. 206.

⁽⁸⁸⁰⁾ L'art. 8, comma 3, t.u.i.r. richiamato dall'art. 116 t.u.i.r. estende, infine, alle perdite imputate per trasparenza, la regola di cui all'art. 84, comma 2, t.u.i.r. per cui le perdite del primo triennio di attività sono riportabili senza limiti di tempo ed i limiti di cui all'art. 84, comma 3, t.u.i.r. in caso di cessione delle quote sociali.

⁽⁸⁸¹⁾ Cfr. paragrafi 19.2.2. – *La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti: l'art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r.* e 19.2.3. – *La qualificazione del reddito imputato per trasparenza in capo ai soci non residenti ai fini convenzionali.*

all’art. 116 t.u.i.r. tra quelle di cui all’art. 23, comma 1, lett. g), t.u.i.r., è indice dell’approccio del legislatore che considera la partecipazione in società trasparenti quale autonomo criterio di localizzazione. Nella prospettiva del legislatore nazionale si tratta di una naturale integrazione finalizzata ad evitare una lacuna dell’ordinamento.

Come più volte chiarito, l’effetto principale della tassazione per trasparenza è la tassazione del reddito realizzato dall’ente trasparente in capo ai soci indipendentemente dall’effettiva percezione. Tale effetto si realizza anche nell’ipotesi di cui all’art. 116 t.u.i.r.; ciò comporta di analizzare l’eventuale rilevanza fiscale della successiva operazione di distribuzione dei dividendi, atteso che, nel caso in esame, trattandosi di società a responsabilità limitata, l’apprensione da parte dei soci degli utili della società è condizionata all’assunzione di una formale delibera di distribuzione.

Il rinvio operato dal comma 4 dell’art. 14 d.m. 23 aprile 2004 alle disposizioni, ove compatibili, che regolano il regime di trasparenza previsto dall’articolo 115 t.u.i.r., rende applicabile anche per il regime di trasparenza fiscale delle società a ristretta base proprietaria quanto previsto dall’articolo 8, comma 1, d.m. 23 aprile 2004, secondo cui gli utili e le riserve di utili, formati nei periodi in cui è efficace l’opzione, non concorrono a formare il reddito dei soci cui vengono distribuiti. Coerentemente a quanto previsto per le altre società di capitali ammesse al regime di trasparenza, l’utile distribuito dalle società a responsabilità limitata trasparenti non concorre alla formazione del reddito imponibile dei soci all’atto della sua distribuzione. L’esclusione da tassazione dell’utile già imputato per trasparenza costituisce un principio generale di tale meccanismo di tassazione; detto utile risulta già tassato in capo al socio, sicché ripetere la tassazione al momento della distribuzione creerebbe un effetto di doppia tassazione. Al fine di escludere la tassazione al momento della distribuzione, rileva esclusivamente la circostanza che il reddito sia stato imputato per trasparenza, non è altresì richiesta l’identità soggettiva del socio a cui è stato imputato il reddito per trasparenza e il socio cui il reddito viene effettivamente distribuito. L’irrelevanza fiscale degli utili distribuibili è, infatti, da ritenersi altresì operante quando la distribuzione venga effettuata, a seguito di una cessione di quote, nei confronti di soci diversi da quelli cui è stato imputato in precedenza il reddito trasparente. Il legislatore esclusivamente persegue l’eliminazione della doppia imposizione; la circostanza che l’utile sia tassato in capo ad un soggetto diverso dal successivo percettore avrà rilevanza eventualmente in sede di determinazione del prezzo di cessione della quota.

Dall’applicazione del regime di trasparenza discende un’ulteriore conseguenza che si verifica anche nel caso in esame: la distonia tra reddito imputato e reddito distribuito⁽⁸⁸²⁾. Tale discrasia assume particolare rilievo nel caso in esame ove è possibile configurare la presenza di soci di minoranza il cui diritto all’utile, ove non assumano adeguate tutele in sede di esercizio dell’opzione, potrebbe venire frustrato dai soci di maggioranza. La possibile presenza di un socio che autonomamente possa assumere decisioni rilevanti per la società rende più urgente per i soci di minoranza l’assunzione di cautele per

⁽⁸⁸²⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 55.

CAPITOLO QUINTO

garantirsi periodiche distribuzioni di utili che forniscano loro la provvista necessaria per adempiere agli obblighi tributari.

Il regime di esclusione da tassazione vale solo per gli utili generati in costanza del regime di trasparenza e non si estende alla distribuzione di riserve di utili pregressi che seguiranno l'ordinario regime di tassazione. In forza del rinvio operato dall'art. 14, comma 4, d.m. 23 aprile 2004, varranno anche per le società a ristretta base proprietarie le presunzioni di distribuzione previste dall'art. 115 t.u.i.r. ed, in particolare, quella di prioritaria distribuzione degli utili già imputati ai soci.

Anche nella fattispecie di cui all'art. 116 t.u.i.r. potrebbe porsi il caso di utili eccedenti il reddito imputato, ovvero sia il caso in cui la società trasparente abbia conseguito redditi esenti o esclusi o, comunque, si trovi, per altre cause, con un reddito imponibile (imputato ai soci) inferiore all'utile distribuibile. Come osservato in dottrina ⁽⁸⁸³⁾, la situazione risulta particolarmente problematica nel caso in esame che comporta una commistione tra fiscalità della società o dei soci. Potrebbe, infatti, accadere che l'origine di tale eccedenza dipenda da regole di determinazione della base imponibile differenti nell'ambito IRES e IRPEF. Potrebbe, infatti, trattarsi di regimi di esclusione, esenzione o non imponibilità concessi in relazione al reddito societario, che sarebbe affrettato estendere alla sfera dei soci persone fisiche ed al finale livello di tassazione ⁽⁸⁸⁴⁾. Ne conseguirebbe allora che tassare in capo ai soci persone fisiche i dividendi eccedenti i redditi imputati per trasparenza sarebbe una soluzione coerente con l'obiettivo di non confondere la fiscalità dell'impresa societaria con quella dei soci, nella specie evitando che un'agevolazione o una norma di esenzione/esclusione concessa alla società venga trasmessa ai soci tramite l'attribuzione di un dividendo non imponibile. A sostegno di tale intenzione del legislatore poteva citarsi la disposizione dell'art. 116 t.u.i.r. che escludeva dal regime di trasparenza le società in possesso di una partecipazione che si qualificava per la *participation exemption*. L'esclusione in esame era ritenuta indice dell'intenzione del legislatore di tenere distinti i regimi della società e dei soci, evitando che un regime tipicamente endosocietario e non finale (la *participation exemption*) venisse invece esteso ai soci persone fisiche, al superiore (e finale) livello di tassazione ⁽⁸⁸⁵⁾. Nonostante l'abrogazione della causa di decadenza appena citata, potrebbe, peraltro, continuare a sostenersi la volontà del legislatore di non prevedere commistioni tra regimi fiscali della società e dei soci, dal momento che ha previsto l'estensione del regime tipico dei secondi anche alla prima. Tuttavia, come osservato in precedenza, milita contro la ricostruzione citata il tenore letterale del d.m. 23 aprile 2004 il cui art. 8 dispone che *“gli utili e le riserve di utili formatesi nei periodi in cui è efficace l'opzione, ove distribuiti, non concorrono a formare il reddito dei soci”*. La norma, nel sancire l'irrelevanza reddituale dei dividendi percepiti dai soci, non opera alcuna distinzione, e pertanto anche gli utili formati presso la società trasparente con redditi parzialmente

⁽⁸⁸³⁾ D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi “eccedenti” di società di capitali “trasparenti”*, cit., pag. 1711.

⁽⁸⁸⁴⁾ Ancora D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi “eccedenti” di società di capitali “trasparenti”*, cit., pag. 1711.

⁽⁸⁸⁵⁾ D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi “eccedenti” di società di capitali “trasparenti”*, cit., pag. 1711.

esclusi da imposizione (ad esempio dividendi) potranno essere distribuiti ai soci senza alcuna ulteriore imposizione ⁽⁸⁸⁶⁾. Tale linea è accolta dall’Agenzia delle Entrate che, nella circolare n. 49 del 2004, conclude per la non tassabilità anche dei dividendi eccedenti argomentando a partire dal principio di delega, secondo cui il regime di trasparenza è ispirato alla “*equiparazione ai fini delle imposte dirette della società a responsabilità limitata che esercita l’opzione ad una società di persone*”. Pertanto, in analogia con le società di persone, anche in caso di applicazione del regime previsto dall’articolo 116 t.u.i.r. non deve concorrere alla formazione del reddito imponibile dei soci neanche la parte di utile distribuito eccedente il reddito imponibile della società partecipata.

27. – RESPONSABILITÀ NELLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA.

Non hanno necessitato di adattamenti le regole previste dall’art. 115 t.u.i.r. in tema di accertamento e riscossione ⁽⁸⁸⁷⁾, in particolare, in analogia anche con quanto previsto per le società di persone, la società a responsabilità limitata trasparente resta tenuta agli ordinari obblighi dichiarativi. La società dovrà così, continuare a presentare la dichiarazione pur se da essa non risulterà alcun debito tributario in quanto questo si trasmetterà ai soci che provvederanno ad indicarlo in dichiarazione unitamente alle rispettive quote di partecipazioni agli utili ⁽⁸⁸⁸⁾.

Neppure è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore la questione della sussistenza o meno di una responsabilità della società partecipata per le obbligazioni tributarie dei soci similmente a quanto previsto nella fattispecie di cui all’art. 115 t.u.i.r.. L’Agenzia delle Entrate, nella più volte menzionata circolare n. 49 del 2004, ha ritenuto che, pur in assenza di specifiche disposizioni normative, sia applicabile, nei confronti delle società a ristretta base partecipativa ammesse alla trasparenza, il medesimo regime di responsabilità previsto nella trasparenza delle altre società di capitali e, in particolare:

⁽⁸⁸⁶⁾ D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi “eccedenti” di società di capitali “trasparenti”*, cit., pag. 1711.

⁽⁸⁸⁷⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 556.

⁽⁸⁸⁸⁾ Si applica anche ai soci di società responsabilità limitata di cui all’art. 116 t.u.i.r. il regime degli acconti secondo le regole di cui all’art. 115, comma 7, t.u.i.r. e art. 9, d.m. 23 aprile 2004. In particolare, per il primo periodo d’imposta di applicazione della trasparenza, la società a responsabilità limitata partecipata deve, comunque, corrispondere nei termini ordinari gli acconti IRES, pur non avendo evidentemente gli obblighi per il pagamento del relativo saldo. In base a quanto previsto dal comma 3 del citato art. 115 t.u.i.r., gli acconti IRES versati dalla partecipata potranno essere scomputati dai soci in relazione all’IRPEF dovuta sui redditi imputati per trasparenza. La disposizione dell’ultimo periodo dell’art. 9, d.m. 23 aprile 2004, con riferimento alla trasparenza delle società di capitali di cui all’art. 115 t.u.i.r., prevede che, in caso di uscita dal regime, i soci possano cedere alla società gli acconti da essi corrisposti in relazione ai redditi trasparenti. Detta cessione deve avvenire con le modalità previste dall’art. 43-ter, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, che, come noto, riguarda la cessione delle eccedenze d’imposta nell’ambito dei gruppi societari. Tale procedura troverà applicazione anche nei confronti delle società a ristretta base partecipativa; pertanto, in caso di uscita dal regime, i soci persone fisiche possono cedere alla partecipata gli acconti versati, secondo la procedura stabilita al citato art. 43-ter. Al riguardo, si rileva che la cessione dovrà riguardare l’acconto afferente il reddito trasparente; in presenza di redditi di diversa natura, la quota di acconto da cedere verrà, pertanto, calcolata in base alla percentuale derivante dal rapporto tra il reddito imputato per trasparenza ed il reddito complessivo.

CAPITOLO QUINTO

- 1) le norme generali sulla responsabilità solidale tra socio e partecipata, previste negli articoli 115, comma 8, t.u.i.r. e 13, d.m. 23 aprile 2004, nonché;
- 2) le norme sull'accertamento unitario di cui agli articoli 115, comma 10, t.u.i.r. e 12, d.m. 23 aprile 2004, da effettuare nei confronti della partecipata e dei suoi soci.

Secondo l'Amministrazione Finanziaria, il contenuto di tali disposizioni non presenta, infatti, elementi di contrasto giuridico con la specifica disciplina riservata alle società in esame, così come espressamente richiesto dall'ultimo comma dell'articolo 14, d.m. 23 aprile 2004.

Le precisazioni offerte dall'Agenzia lasciano, tuttavia, perplessi. In particolare, se l'applicazione dell'art. 40, d.P.R. n. 600 del 1973 può risultare giustificata atteso che consente l'applicazione di un modulo operativo tipico degli enti trasparenti, altrettanto non si può dire per l'estensione del regime di responsabilità solidale previsto dall'art. 115 t.u.i.r.. Una simile responsabilità non trova alcun riscontro nella disciplina della trasparenza fiscale di cui all'articolo 5 t.u.i.r. dove è sempre stata negata e non è tra le previsioni espressamente richiamate dall'articolo 116 t.u.i.r. per le società a ristretta base azionaria e né può ritenersi sufficiente per il suo riconoscimento il generico rinvio che l'articolo 116 t.u.i.r. opera alle condizioni e modalità fissate dall'art. 115 t.u.i.r. ⁽⁸⁸⁹⁾. L'applicazione di tale regime contrasta, inoltre, con il più volte richiamato principio di delega secondo cui il regime fiscale delle società a ristretta base proprietaria deve risultare affine a quello delle società di persone. Queste ultime, invece, non sono solidalmente responsabili con i soci per i debiti di imposta di questi ultimi ⁽⁸⁹⁰⁾. Peraltro, non si può non sottolineare la circostanza che la stessa Amministrazione Finanziaria abbia più volte richiamato il principio di delega per estendere alla trasparenza delle società a responsabilità limitata regole delle società di persone: così in tema di perdite o in tema di utili eccedenti. Nel caso in esame, viene invece, accolta una posizione opposta e viene privilegiato il rinvio alle disposizioni dell'art. 115 t.u.i.r. ritenute compatibili sul punto. La compatibilità deriverebbe dall'identità di strutture delle società partecipate e dalle regole che le governano.

La posizione dell'Agenzia sarebbe così conforme a esigenze di cautela fiscale che trovano fondamento in uno degli effetti della tassazione per trasparenza: la discrasia tra reddito imputato e reddito distribuito. Nell'ambito delle società a responsabilità limitata operano, diversamente da quanto avviene nelle società di persone, differenti meccanismi di distribuzione degli utili. Nelle società a responsabilità limitata la distribuzione non è affatto automatica, sicché conseguenza è che l'imposta potrebbe essere dovuta da un soggetto che non solo non ha mai avuto il possesso del reddito che pure viene tassato in capo a lui, ma che addirittura non ha a disposizione un patrimonio idoneo a garantire le ragioni

⁽⁸⁸⁹⁾ Contrasta, peraltro, con una risalente giurisprudenza (Comm. Trib. Centr., sent. 19 novembre 1993, n. 3243) a partire dalla quale è stato negato l'avallo a tentativi dell'Amministrazione Finanziaria di ritenere le società di persone solidalmente responsabili per i debiti del socio. Cfr. P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 336 e A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 488.

⁽⁸⁹⁰⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1522.

del fisco ⁽⁸⁹¹⁾. La giustificazione di una previsione quale quella in esame troverebbe così il proprio fondamento nel timore di evitare manovre elusive cui il sistema potrebbe prestarsi attraverso la interposizione di società prive di patrimonio ⁽⁸⁹²⁾.

Tali considerazioni potrebbero far privilegiare il rinvio alle norme di cui all’art. 115 t.u.i.r. piuttosto che a quelle di cui all’art. 5 t.u.i.r.. Tuttavia, la necessità di instaurare un parallelismo tra l’art. 5 t.u.i.r. e l’art. 116 t.u.i.r. risulta rafforzata se si sposta l’attenzione dal soggetto trasparente ai soci che sono in entrambe le fattispecie persone fisiche; pertanto, anche al fine di garantire una perfetta neutralità del sistema tributario rispetto alle forme societarie utilizzate dai contribuenti, risulterebbe opportuno negare l’esistenza della responsabilità solidale della società partecipata per le obbligazioni tributarie dei soci ⁽⁸⁹³⁾.

L’impostazione dell’Agenzia presenta anche ulteriori profili di criticità: la previsione della responsabilità della società implica la responsabilità dei soci di minoranza che non partecipano alla gestione, ma che, indirettamente, sarebbero chiamati a rispondere delle imposte dovute, magari a seguito di accertamento in capo al socio di maggioranza ⁽⁸⁹⁴⁾.

La previsione della responsabilità solidale della partecipate risulta, quindi, assolutamente criticabile e non corretta dal punto di vista sistematico. Essa è indice di un atteggiamento ondivago dell’Agenzia delle Entrate che si riferisce utilitaristicamente alle norme previste per le società di persone. Attesa l’importanza della materia sarebbe opportuna una precisazione legislativa che, in conformità alla legge delega, dovrebbe escludere la responsabilità della partecipata.

L’interpretazione dell’Agenzia e il rinvio all’art. 115 t.u.i.r. pone un ulteriore problema: quello rappresentato dalla possibilità o meno di configurare una responsabilità per le eventuali sanzioni del socio persona fisica. Si ricorda che l’art. 7, comma 1, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 ha stabilito che “*le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica*”. La norma pare doversi interpretare nel senso che essa escluda l’irrogabilità delle sanzioni a carico della persona fisica solo quando il rapporto fiscale si possa considerare proprio della società. Tuttavia, nel caso di società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria, ciò si può difficilmente realizzare a causa della struttura stessa della società coinvolta. Come chiarito in precedenza, uno dei presupposti della trasparenza di cui all’art. 116 t.u.i.r. è proprio la partecipazione dei soci alla vita sociale o, almeno di quelli di maggioranza, tuttavia questo non esclude che la punibilità di questi ultimi consegua, comunque, alla dimostrazione della loro concreta partecipazione ai reati tributari ⁽⁸⁹⁵⁾ ⁽⁸⁹⁶⁾.

⁽⁸⁹¹⁾ A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell’IRES: quale continuità con l’istituto disciplinato nell’art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 485.

⁽⁸⁹²⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 556.

⁽⁸⁹³⁾ A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell’IRES: quale continuità con l’istituto disciplinato nell’art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 487.

⁽⁸⁹⁴⁾ D. SETTEMBRE, L. LOSCIALPO, *La disciplina dell’accertamento e della responsabilità della società partecipata e dei soci nell’ambito del regime di trasparenza delle società di capitali: spunti di riflessione*, cit., 2005, pag. 836.

⁽⁸⁹⁵⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 556; D. SETTEMBRE, L. LOSCIALPO, *La disciplina dell’accertamento e della responsabilità della società partecipata e*

CAPITOLO QUINTO

dei soci nell'ambito del regime di trasparenza delle società di capitali: spunti di riflessione, cit., 2005, pag. 837.

⁽⁸⁹⁶⁾ La stessa problematica è stata affrontata anche nell'ipotesi di cui all'art. 115 t.u.i.r. alla nota 724.

CAPITOLO SESTO

COLLOCAZIONE DEL MECCANISMO DI TASSAZIONE PER TRASPARENZA NEL TESTO UNICO TRA MODELLI CLASSICI E NUOVE APPLICAZIONI

SOMMARIO: 28. – La trasparenza “in senso forte” delle società di persone ed i meccanismi di tassazione dei redditi così imputati; 29. – La trasparenza “in senso debole” del *trust* ed il diritto dei beneficiari a ricevere il *trust fund*; 30. – La trasparenza “volontaristicamente rinforzata” delle società di capitali e delle società a ristretta base proprietaria; 31. – *Ratio* del meccanismo di tassazione per trasparenza e le “trasparenze” nel sistema dell’imposizione diretta.

28. – LA TRASPARENZA “IN SENSO FORTE” DELLE SOCIETÀ DI PERSONE ED I MECCANISMI DI TASSAZIONE DEI REDDITI COSÌ IMPUTATI.

Come più volte chiarito, il legislatore, fino alla riforma IRES del 2003, aveva riservato il regime di tassazione per trasparenza alle società di persone. Queste si pongono come centri di riferimento per l’accertamento e la determinazione del reddito che viene attribuito “per trasparenza” ai soci o agli associati in relazione alle rispettive quote di partecipazione risultanti alla fine dell’esercizio.

Tale modello impositivo è stato oggetto di severe critiche in dottrina⁽⁸⁹⁷⁾, ciò nonostante la disciplina non ha subito modificazioni di ordine sostanziale. È stato, in proposito, chiarito⁽⁸⁹⁸⁾ che il ricorso al meccanismo dell’imputazione è considerato un potere del tutto discrezionale del legislatore che trova il proprio limite nel principio di ragionevolezza. Si devono allora comprendere i criteri entro i quali il ricorso a tale meccanismo diviene ragionevole.

È noto a questo proposito che, con riferimento a tutti i soggetti diversi dalle persone fisiche, il trattamento fiscale dipende dalla struttura dell’ente⁽⁸⁹⁹⁾. L’analisi della struttura civilistica delle società di persone consente di osservare che, da un lato, tali società sono dotate di capacità giuridica, sicché si può attribuire loro rilevanza in sede di determinazione e accertamento della materia imponibile e renderle destinatarie degli obblighi tipici dei sostituti d’imposta, dell’obbligo di dichiarazione dei redditi e degli adempimenti contabili nonché della legittimazione passiva per l’impugnazione degli atti innanzi le commissioni

⁽⁸⁹⁷⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 548; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 864.

⁽⁸⁹⁸⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 350.

⁽⁸⁹⁹⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 549.

tributarie. Dall'altro, per quanto attiene alla ricchezza imponibile, questa è direttamente tassata in capo ai soci in quanto la società, per effetto dell'art. 2262 cod. civ., non è in grado di trattenere il reddito. Si aggiunga poi che il regime dell'imputazione ha una rilevanza che va ben oltre la ripartizione degli utili, estendendosi a tutti gli elementi che influiscono sulla quantificazione della capacità contributiva come la ripartizione delle perdite, lo scomputo delle ritenute subite, nonché l'attribuzione dei crediti d'imposta⁽⁹⁰⁰⁾.

Le società di persone possono così essere considerate mere forme di produzione del reddito destinato ai soci sulla base di un modello diverso da quello delle società di capitali che si giustifica alla luce della differente disciplina del codice civile in tema di distribuzione degli utili⁽⁹⁰¹⁾. La struttura civilistica delle società di persone, ovvero il particolare assetto che caratterizza questa tipologia societaria, costituisce valida giustificazione del ricorso a tale meccanismo. Ai sensi dell'art. 2262 cod. civ., infatti, ciascun socio vanta il diritto all'integrale apprensione degli utili una volta che questi sono stati accertati in sede di rendiconto annuale. Si configura così a favore dei soci una posizione giuridicamente tutelata⁽⁹⁰²⁾ per effetto della quale, nonostante non si realizzi l'automatico trasferimento a favore dei soci di un diritto reale sulla parte del patrimonio societario corrispondente alla quota di utili da distribuire, viene, comunque, riconosciuto loro un diritto di credito su tali utili. Il risultato dell'attività svolta dalla società risulta così, in maniera pressoché immediata, riferibile ai soci. È stato così chiarito⁽⁹⁰³⁾ che tale circostanza, pur se non autorizza a ritenere che si verifichi una presunzione di distribuzione, fa sì che il patrimonio della società risponda, fino a concorrenza dell'importo degli utili in questione, dell'obbligazione tributaria di cui i soci sono soggetti passivi. Infatti, pur rimanendo estranea la società alle vicende tributarie dei soci, l'Erario è nelle condizioni di agire presso la società nelle forme del pignoramento presso terzi. Maturando il diritto agli utili, i soci maturano un corrispondente diritto di credito nei confronti della stessa società che consente al Fisco di agire in via esecutiva. Ciò consente di prescindere dalla materiale distribuzione di tali somme. Questo non fa la società responsabile solidale degli obblighi tributari dei soci, ma è un'applicazione dei principi processualcivilistici in tema di esecuzione forzata presso terzi⁽⁹⁰⁴⁾.

Ulteriore prova della circostanza che il legislatore tributario cerchi di recepire le conclusioni cui giunge il legislatore civile risulta dall'analisi dell'art. 2263 cod. civ.⁽⁹⁰⁵⁾. La disposizione da ultimo menzionata stabilisce, infatti, alcune presunzioni che operano in assenza di accordi tra i soci: se il valore dei conferimenti è determinato nel contratto di società, vige il principio di proporzionalità per effetto del quale si assume che la quota di partecipazione di

⁽⁹⁰⁰⁾ F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 788.

⁽⁹⁰¹⁾ A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, cit. pag. 788.

⁽⁹⁰²⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 190.

⁽⁹⁰³⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 231.

⁽⁹⁰⁴⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 232.

⁽⁹⁰⁵⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 199.

ciascun socio sia uguale al valore dei conferimenti, mentre se nulla è previsto, opera il principio di uguaglianza per cui si presume che i soci abbiano effettuato versamenti in misura uguale. Il comma 2 dell’art. 5 t.u.i.r. ⁽⁹⁰⁶⁾ recepisce sostanzialmente tale regola per determinare le quote di ripartizione del reddito prodotto dalle società di persone ⁽⁹⁰⁷⁾.

Ulteriore elemento che corrobora l’immedesimazione tra soci e società e, quindi, la ragionevolezza del ricorso al meccanismo di tassazione per trasparenza, è la circostanza che a tutti i soci sia attribuito il potere di amministrazione ⁽⁹⁰⁸⁾. La diretta correlazione esistente tra la posizione di socio e, di norma ⁽⁹⁰⁹⁾, la posizione di amministratore, oltre a distinguere tale modello associativo dalle società di capitali, consente di imputare direttamente ai soci l’attività stessa svolta dalla società e, quindi, i relativi redditi.

La riferibilità ai soci attraverso il meccanismo di cui all’art. 2262 cod. civ. dei risultati dell’attività e la riferibilità delle scelte operative della società direttamente ai soci trova ulteriore conferma nel regime di responsabilità per le obbligazioni sociali che, pur venendo variamente articolato ⁽⁹¹⁰⁾, individua, comunque, nei soci gli ultimi responsabili delle obbligazioni della società.

Se la trasparenza, alla luce anche dell’esperienza comparata ⁽⁹¹¹⁾ e dei suggerimenti delle istituzioni comunitarie ⁽⁹¹²⁾, può non risultare l’unico meccanismo di tassazione delle società di persone, essa, nella prospettiva italiana, appare comunque giustificata in quanto appoggiata ad una struttura societaria

⁽⁹⁰⁶⁾ Secondo cui “*le quote di partecipazione agli utili si presumono proporzionate al valore dei conferimenti dei soci se non risultano determinate diversamente dall’atto pubblico o dalla scrittura privata autenticata di costituzione o da altro atto pubblico o scrittura autenticata di data anteriore all’inizio del periodo d’imposta; se il valore dei conferimenti non risulta determinato, le quote si presumono uguali*”.

⁽⁹⁰⁷⁾ Ferma restando la validità del principio appena espresso, osserva P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell’imposizione delle società di persone*, cit., pag. 200, l’esistenza di un parziale scollamento tra le due disposizioni. L’art. 2263 cod. civ. aggiunge che, ove sia stabilita soltanto la parte di ciascun socio ai guadagni, vige il principio per cui è ritenuta corrispondente la partecipazione alle perdite; analoga regola manca nell’art. 5 t.u.i.r.. Ciò potrebbe dar luogo ad una divaricazione tra i due settori dell’ordinamento: ove il contratto determini la sola partecipazione agli utili in misura non proporzionale ai conferimenti, per il diritto civile, la misura della partecipazione alle perdite sarebbe analoga alla misura di partecipazione ai guadagni, per il diritto tributario, alla misura dei conferimenti.

⁽⁹⁰⁸⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 232.

⁽⁹⁰⁹⁾ Fa eccezione a questa regola la categoria dei soci accomandanti, di cui all’art. 2320 cod. civ., nelle società in accomandita semplice ai quali è fatto divieto di amministrare la società. Questa disposizione si correla alla limitazione di responsabilità di cui essi godono da cui, peraltro, gli stessi soci accomandanti decadono qualora si ingeriscano nella gestione. La presenza di questa norma non pare infici la ricostruzione del “modello generale” delle società di persone, tanto più che la violazione da parte dei soci accomandanti del divieto di gestione importa la decadenza dal beneficio della limitazione di responsabilità. La norma in esame, quindi, se da un alto spezza l’equivalenza tra la posizione di socio e di amministratore, dall’altro, la riafferma in caso di sua violazione.

⁽⁹¹⁰⁾ Cfr. paragrafo 9.2. – *Il regime di responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali quale riflesso della ripartizione del potere di amministrazione.*

⁽⁹¹¹⁾ Cfr. paragrafo 12. – *Il superamento della trasparenza delle società di persone e della soggettività della società di capitali: spunti di riflessione offerti dal diritto comparato.*

⁽⁹¹²⁾ Cfr. paragrafo 14. – *Il superamento della trasparenza delle società di persone: la Legge Finanziaria per il 2001.*

coerente con questo meccanismo. Ed è noto che, nella materia tributaria, la rilevanza attribuita alla struttura è particolarmente accentuata in quanto restituisce al Fisco elementi estrinseci di agevole identificazione e riscontro per la qualificazione dell'attività e degli altri elementi che determinano il trattamento tributario ⁽⁹¹³⁾.

Il ricorso al meccanismo di trasparenza trova, nel sistema tributario, un'ulteriore giustificazione. Esso consente una completa attuazione del principio della personalità e della progressività nell'imposizione del reddito ⁽⁹¹⁴⁾. Facendo confluire il reddito derivante dalla partecipazione in società di persone, nel reddito complessivo del contribuente, si assicura che, anche relativamente a tale reddito, la tassazione del soggetto sia commisurata alla situazione complessiva dello stesso ed alla propria aliquota d'imposta. Il meccanismo della trasparenza consente di realizzare queste istanze in modo immediato e diretto, mentre, nei confronti delle società di capitali, tale risultato può raggiungersi solo in maniera indiretta.

Fino alla riforma del 2003, era funzionale a questo scopo il meccanismo del credito di imposta attraverso il quale anche l'allora IRPEG diveniva parzialmente "trasparente" (almeno con riferimento agli utili effettivamente distribuiti). L'imposta sulle società diveniva un'anticipazione delle imposte dovute dai soci, ⁽⁹¹⁵⁾ in quanto ai soci era consentito di scomputare dalla propria imposta personale quella pagata dalla società. Indirettamente così anche la tassazione delle società di capitali recuperava aspetti di trasparenza ⁽⁹¹⁶⁾; le società di persone e le società di capitali, pur sottoposte ad un diverso metodo impositivo, non erano nessuna delle due assoggettate ad un prelievo tributario a titolo definitivo, in quanto questo, attraverso meccanismi tecnici differenti, ricadeva solo sui soci. Tuttavia, sia la dottrina giuridica ⁽⁹¹⁷⁾ sia quella economica ⁽⁹¹⁸⁾ non avevano mancato di sottolineare come residuasse, comunque, una sostanziale diversità nel trattamento delle due tipologie societarie che ridondava a favore delle società di capitali: si trattava del fatto che l'imputazione degli utili operava in via automatica, mentre l'applicabilità del credito di imposta era, comunque, condizionata all'assunzione della delibera di distribuzione degli utili. Ciò consentiva ai soci di società di capitali non solo di differire il pagamento dei tributi, ma anche di concentrarlo nei periodi di imposta di maggiore convenienza.

Sia nel precedente regime, sia in quello attualmente vigente, è stato proprio il confronto tra la misura della tassazione delle società di capitali e quella delle società di persone che ha consentito alla dottrina di muovere ulteriori critiche al regime di trasparenza fondandole sull'irrazionalità nella diversità di trattamento tra i due regimi. Il costante aumento delle aliquote dell'imposizione personale progressiva ha contribuito a rendere sempre più vantaggiosa la formazione di

⁽⁹¹³⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 550.

⁽⁹¹⁴⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 553; F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 788.

⁽⁹¹⁵⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 356; G. VISENTINI, F. MARCHETTI, G. MELIS, *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*, cit., pag. 3.

⁽⁹¹⁶⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 554.

⁽⁹¹⁷⁾ F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 788; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, cit., pag. 354.

⁽⁹¹⁸⁾ C. COSCIANI, *I problemi dell'imposizione delle persone giuridiche in una lettera di Einaudi*, in C. COSCIANI, *Scritti scelti di finanza pubblica*, Padova, 1983, pag. 949.

società di capitali rispetto ad altre forme associative ⁽⁹¹⁹⁾. Infatti, diversamente da quel che avviene per i soggetti IRES (e prima per i soggetti IRPEG), il reddito d'impresa conseguito da persone fisiche ovvero da società di persone confluisce nel reddito complessivo del titolare ovvero dei soci ed in quanto tale rileva fiscalmente, unitamente alle altre categorie reddituali imputabili nel periodo di imposta al contribuente, indipendentemente dalle possibili destinazioni dell'utile conseguito ⁽⁹²⁰⁾. Ciò comporta un aggravio degli oneri fiscali.

Di tale circostanza ha più volte tenuto conto il legislatore che ha tentato di introdurre metodi alternativi di tassazione delle società di persone. Fallito il tentativo di introdurre per le imprese individuali e le società di persone un regime basato su un'aliquota proporzionale e a titolo definitivo (comunque opzionale) sul modello vigente per le società di capitali esperito in un primo momento con la legge delega di cui al 1° comma dell'art. 2, legge 13 maggio 1999 n. 133 e successivamente con l'art. 9, legge 23 dicembre 2000 n. 388, il legislatore è tornato sul punto con la Legge Finanziaria per il 2008 accogliendo alcuni dei suggerimenti della c.d. Commissione Biasco ⁽⁹²¹⁾. La Commissione ha proposto la reintroduzione del modello di tassazione proporzionale del reddito di impresa individuale o del reddito di partecipazione in società di persone commerciali osservando che, rispetto al passato in cui il credito di imposta garantiva una trasparenza di fatto e favoriva la costituzione di società di capitali, ora lo scenario legislativo è mutato. L'introduzione del meccanismo di esclusione da tassazione dei dividendi distribuiti da società di capitali ha reso le società momento definitivo di tassazione ⁽⁹²²⁾, rovesciando la precedente impostazione e facendo così venir meno la parità di trattamento tra utili distribuiti dalle società di capitali e redditi imputati per trasparenza dalle società di persone. Il regime attualmente vigente, chiarisce la Commissione, tende a tassare in modo ancor più elevato le società di capitali, rispetto ad una impresa soggetta IRPEF; la riforma del 2003 ha, infatti, innalzato la tassazione per i soci delle società di capitali con redditi medio – bassi che non possono più avvalersi della possibilità di usufruire del credito di imposta.

Complessivamente, il sistema tributario risultante dal d.lgs. n. 344 del 2003 si connota per la circostanza che, a fronte di una determinazione del reddito di impresa basata sui medesimi presupposti, vi sono aliquote e sistemi di imposizione molto diversi fra soggetti che esercitano attività di impresa attraverso una ditta individuale o una società di persone, da un lato, o una società di capitali, dall'altro. Nella prospettiva della Commissione, ciò imponeva un urgente intervento sicché la Commissione suggeriva ricomprendere tutte le imprese commerciali, indipendentemente dalla forma giuridica assunta, in un'unica

⁽⁹¹⁹⁾ C. COSCIANI, *I problemi dell'imposizione delle persone giuridiche in una lettera di Einaudi*, cit., pag. 949.

⁽⁹²⁰⁾ A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3476.

⁽⁹²¹⁾ COMMISSIONE DI STUDIO SULL'IMPOSIZIONE FISCALE DELLE SOCIETÀ (c.d. COMMISSIONE BIASCO, dal nome del Presidente) istituita con decreto del Vice Ministro dell'Economia del 27 giugno 2006 e “incaricata di condurre un lavoro di ricognizione ed approfondimento sull'applicazione della nuova disciplina dell'Ires per verificarne gli effetti e valutare l'eventuale necessità di correttivi”

⁽⁹²²⁾ G. VISENTINI, F. MARCHETTI, G. MELIS, *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*, cit., pag. 3.

CAPITOLO SESTO

categoria fiscale, assoggettando a tassazione proporzionale il risultato dell'esercizio di impresa in quanto tale. Un regime unico per le imprese, nella prospettiva della Commissione, avrebbe reso più trasparente la distinzione tra fiscalità delle persone e fiscalità delle imprese ⁽⁹²³⁾. Per ottenere questo risultato venivano suggerite due ipotesi:

- a) tassare in sede IRPEF con tassazione separata, alla stessa aliquota dell'IRES, il reddito che risulta dall'attività imprenditoriale. Tuttavia, precisa ancora la Commissione, questa scelta non garantirebbe l'equiparazione della tassazione complessiva (personale e societaria) dei redditi di impresa, indipendentemente dalla natura dell'impresa o della società che li ha prodotti sicché sarebbe preferibile l'ulteriore ipotesi di;
- b) tassare le imprese soggette all'IRPEF allo stesso modo delle società di capitali, assoggettando a doppia tassazione gli utili distribuiti e, in caso di cessione delle quote e realizzo di plusvalenze, gli utili non distribuiti che hanno contribuito a generarle.

La Commissione Biasco inseriva tali osservazioni nell'ambito di un generale ripensamento della struttura dell'IRES ove pure veniva suggerita l'introduzione di un'aliquota IRES, estesa a tutte le tipologie di impresa, indipendentemente dalla struttura utilizzata, di tipo progressivo. Conseguentemente la Commissione chiudeva i propri lavori formulando la *"proposta di mettere allo studio l'unificazione fiscale della categoria "impresa", oggi bipartita tra società di capitali e impresa individuale e di persone, al fine di rendere il sistema impositivo più neutrale rispetto alla scelta della forma giuridica attraverso cui è effettuata l'attività di impresa, senza determinare salti d'imposta"* ⁽⁹²⁴⁾.

Tali suggerimenti sono stati prontamente accolti dal legislatore che, ispirandosi anche alla recente riforma del sistema tributario tedesco ⁽⁹²⁵⁾ e scegliendo l'ipotesi meno invasiva di quelle ispirate dalla Commissione Biasco, ovvero quella *sub a*), ha concesso, con l'art. 1, commi 40, 41 e 42, Legge Finanziaria per il 2008 (Legge 24 dicembre 2007, n. 244) ⁽⁹²⁶⁾, la facoltà di

⁽⁹²³⁾ COMMISSIONE DI STUDIO SULLA IMPOSIZIONE FISCALE SULLE SOCIETÀ (C.D. COMMISSIONE BIASCO), *Relazione finale*, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto sul sito *internet* del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento per le politiche fiscali al seguente indirizzo: http://www.finanze.gov.it/commissioneires/documenti/commissione_biasco_relazione_finale2.pdf, pag. 86 punto 6.3

⁽⁹²⁴⁾ COMMISSIONE DI STUDIO SULLA IMPOSIZIONE FISCALE SULLE SOCIETÀ (C.D. COMMISSIONE BIASCO), *Relazione finale*, cit. pag. 90.

⁽⁹²⁵⁾ Cfr. paragrafo 12.3. – *La recente esperienza tedesca.*

⁽⁹²⁶⁾ Testualmente la norma così recita:

"Comma 40: A decorrere dal periodo d'imposta 2008, le persone fisiche titolari di redditi d'impresa e di redditi da partecipazione in società in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato possono optare per l'assoggettamento di tali redditi a tassazione separata con l'aliquota del 27,50 per cento, a condizione che i redditi prodotti ovvero imputati per trasparenza non siano prelevati o distribuiti. In caso di successivo prelievo o distribuzione, i redditi soggetti a tassazione separata concorrono a formare il reddito complessivo imponibile e l'imposta già versata si scomputa dall'imposta corrispondente ai redditi prelevati o distribuiti.

Comma 41. L'opzione prevista dal comma 40 non è esercitabile se le imprese o le società sono in contabilità semplificata. In apposito prospetto della dichiarazione dei redditi deve essere data indicazione del patrimonio netto formato con gli utili non distribuiti dei periodi d'imposta nei

opzione per la tassazione proporzionale con aliquota del 27,50 per cento dei redditi d’impresa prodotti da persone fisiche e soci di società di persone, in regime di contabilità ordinaria ⁽⁹²⁷⁾.

Come chiarito dalla relazione illustrativa, la disciplina si sostanzia nell’applicazione al reddito prodotto dai soggetti IRPEF esercenti attività d’impresa della medesima aliquota proporzionale del 27,50 per cento cui sono soggetti i redditi dei soggetti IRES. La medesima Legge ha, infatti, modificato l’aliquota IRES riducendola al 27,50 per cento.

Il legislatore dimostra di utilizzare ora un diverso approccio da quello utilizzato con la Legge Finanziaria per il 2001. Mentre allora interveniva al livello delle società concedendo a queste di esercitare l’opzione per essere considerate soggetti passivi di imposta e escludendo, quindi, l’operatività della trasparenza, ora, invece, viene conservata l’operatività di tale meccanismo. La Legge Finanziaria per il 2008 interviene a livello dei singoli soci prevedendo che il reddito da partecipazione non concorra alla determinazione del reddito complessivo.

Si segnala, invece, una continuità tra le due Leggi Finanziarie quanto alle modalità di tassazione del reddito di impresa conseguito da imprenditori individuali; entrambe le leggi ne dispongono il separato assoggettamento a tassazione. Si segnala solo una differenza terminologica, mentre la Legge Finanziaria per il 2001, con più felice formulazione ⁽⁹²⁸⁾, prevedeva che “il

quali è applicato il regime di cui al comma 40 e delle altre componenti del patrimonio netto. Le somme trasferite dal patrimonio dell’impresa a quello personale dell’imprenditore o dei soci, al netto delle somme versate nello stesso periodo d’imposta, costituiscono prelievi degli utili dell’esercizio in corso e, per l’eccedenza, di quelli degli esercizi precedenti. L’importo che supera il patrimonio si considera prelievo degli utili dei periodi d’imposta successivi, da assoggettare a tassazione in tali periodi. In caso di revoca dell’opzione, si considerano prelevati o distribuiti gli utili ancora esistenti al termine dell’ultimo periodo d’imposta di applicazione del regime opzionale.

Comma 42: Con decreto del ministro dell’Economia e delle finanze sono dettate le disposizioni attuative del regime di cui ai commi 40 e 41, con particolare riferimento, tra l’altro, ai termini e alle modalità dell’opzione, al regime di imputazione delle perdite, al trattamento delle riserve di utili, al versamento dell’imposta e al coordinamento con le altre disposizioni del Testo unico delle imposte sui redditi e in materia di accertamento”.

⁽⁹²⁷⁾ L. MIELE, *Riduzione dell’aliquota IRES, ampliamento della base imponibile e semplificazione degli adempimenti*, in *Corr. Trib.*, 2007, pag. 3223, osserva che i soggetti che potranno trarre vantaggio dalla tassazione separata al 27,50 per cento sono quelli con redditi medio alti sicché l’AUTORE, in considerazione di ciò e del livello dei redditi dichiarati dalle imprese in Italia, prevede che l’opzione non farà molti proseliti. E ciò anche in ragione del particolare meccanismo applicativo della norma che tassa secondo le aliquote progressive ordinarie gli utili che vengono prelevati o distribuiti; i redditi che non sono mantenuti nell’impresa vengono, cioè, assoggettati a tassazione ordinaria. Tale disposizione contrasta con la prassi delle piccole imprese di procedere sistematicamente al prelievo degli utili.

⁽⁹²⁸⁾ In entrambe le ipotesi il legislatore assoggetta ad imposizione sostitutiva i redditi di impresa realizzati da imprenditori individuali o i redditi di partecipazione in società di persone commerciali. In entrambi i casi, è altresì previsto che, pur non concorrendo tali redditi alla determinazione del reddito complessivo del contribuente, siano comunque indicati nella dichiarazione dei redditi dello stesso. Si ritiene sistematicamente più corretto parlare di separato assoggettamento a tassazione di tali redditi in quanto la dicitura “tassazione separata” utilizzata dal legislatore della Legge Finanziaria per il 2008, rinvia ad una precisa categoria del Testo Unico. L’art. 17 t.u.i.r. individua la categoria dei redditi soggetti a tassazione separata; si tratta di una categoria eterogenea in cui sono raggruppate differenti tipologie di redditi. Senza pretesa di

reddito d'impresa degli imprenditori individuali ... può essere ... assoggettato separatamente all'imposta sul reddito delle persone fisiche", la Legge Finanziaria per il 2008 prevede che *"le persone fisiche titolari di redditi d'impresa ... possono optare per l'assoggettamento di tali redditi a tassazione separata"*. In sostanza quello che in entrambe le ipotesi viene realizzato è un meccanismo di tassazione sostitutiva dell'IRPEF altrimenti applicabile.

Dal punto di vista soggettivo, possono accedere al regime di tassazione separata (*rectius* sostitutiva) di cui alla Legge Finanziaria per il 2008 i soggetti esercenti attività di impresa in forma diversa dalle società di capitali. Si tratta degli imprenditori individuali e dei soci di società in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato cui sono imputati per trasparenza i relativi redditi (⁹²⁹).

completezza, si ricorda che un primo gruppo ricomprende i proventi riconducibili ad attività di lavoro dipendente ed autonomo come i trattamenti di fine rapporto, gli arretrati di lavoro dipendente relativi ad anni precedenti, le indennità per la cessazione di rapporti di agenzia e di collaborazione coordinata e continuativa; un secondo gruppo assoggetta a tassazione separata i redditi derivanti da attività esercitate per un periodo di tempo minimo come le plusvalenze derivanti dalla cessione di aziende possedute da più di cinque anni o di terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria secondo gli strumenti urbanistici vigenti al momento della cessione; un terzo gruppo è costituito dai redditi conseguiti in occasione del recesso da società di persone o di capitali a condizione che il periodo di maturazione di tali utili in capo alla società ecceda i cinque anni. Esistono poi altre tipologie di proventi non riconducibili sistematicamente all'uno o all'altro gruppo.

I redditi appena elencati sono accomunati dalla circostanza che, pur manifestandosi in un solo periodo di imposta, si sono formati nell'arco di un orizzonte temporale più lungo. In relazione a tale circostanza, il legislatore ha ritenuto di accordare a tali redditi un regime di tassazione di favore che consente di assoggettarli a tassazione secondo un'aliquota ridotta rispetto a quella ordinaria. Diversamente, essi sarebbero stati colpiti al momento della percezione che è altresì l'evento che segna il venir meno della fonte produttiva. Tali redditi non concorrono alla determinazione del reddito complessivo del soggetto che li percepisce; essi sono separatamente indicati in dichiarazione ed assoggettati ad una aliquota calcolata, di norma, quale media delle aliquote applicate nei periodi di imposta precedenti (F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 801; M. BEGHIN, *Determinazione dell'imponibile e dell'imposta*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 164).

Gli elementi che caratterizzano tali redditi sono la percezione *una tantum* e la formazione pluriennale. Nessuna di tali due circostanze si verifica per i redditi di impresa assoggettati a tassazione separata ai sensi dell'art. 1, comma 40, Legge Finanziaria per il 2008. Tali redditi vengono, infatti, annualmente percepiti dal contribuente e sono redditi prodotti nell'arco di un solo periodo di imposta. Non sussistono, quindi, gli elementi che connotano e giustificano la categoria dei redditi soggetti a tassazione separata. L'unico elemento che accomuna i redditi di cui all'art. 17 t.u.i.r. e i redditi di cui all'art. 1, comma 40, Legge Finanziaria per il 2008, è esclusivamente la scelta di non farli concorrere alla determinazione del reddito complessivo del contribuente e di prevederne la separata indicazione in dichiarazione. Anche con riferimento all'aliquota applicabile vi sono differenze: mentre i redditi di cui all'art. 17 t.u.i.r. scontano un'aliquota variabile in funzione di quelle applicate nei periodi di imposta precedenti, i redditi di cui all'art. 1, comma 40, Legge Finanziaria per il 2008, scontano un'aliquota individuata in misura fissa.

Per tali ragioni, pare infelice la formulazione del legislatore della Legge Finanziaria per il 2008, mentre risulta preferibile quella più asettica utilizzata dal legislatore della Legge Finanziaria per il 2001. L'art. 1, comma 40, Legge Finanziaria per il 2008, in sostanza, individua un meccanismo di imposizione sostitutiva dell'aliquota IRPEF altrimenti applicabile.

(⁹²⁹) Osserva S. CAPOLUPO, *La tassazione separata del reddito d'impresa*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3808, che l'opzione può essere esercitata dalle sole persone fisiche ancorché con riferimento ai redditi di partecipazione in "tutte" le società di persone ed equiparate (cioè alle

Requisito condizionante l'esercizio dell'opzione ⁽⁹³⁰⁾ è che i soggetti menzionati si trovino in regime di contabilità ordinaria. Come noto, ai sensi degli artt. 13 e 18, d.P.R. n. 600 del 1973, le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice e le società ad esse equiparate, nonché le persone fisiche che esercitano imprese commerciali ai sensi dell'art. 55 t.u.i.r. possono tenere la contabilità in forma semplificata qualora i ricavi da questi conseguiti non superino le soglie ⁽⁹³¹⁾ di cui all'art. 18, d.P.R. n. 600 del 1973. I contribuenti che superano tali soglie sono obbligati alla tenuta delle contabilità nei modi ordinari; i contribuenti che non superano tali soglie sono tenuti alla contabilità in forma semplificata, salvo che non optino per tenerla nei modi ordinari. La tenuta della contabilità in forma semplificata si risolve, in sostanza, nell'obbligo della tenuta dei solo registri IVA ⁽⁹³²⁾.

La previsione di tale limitazione impone di verificarne il fondamento tenendo conto che tra i soggetti menzionati il regime contabile semplificato risulta quello comunemente applicato e l'adozione di un regime contabile piuttosto che un altro non muta la natura del reddito; esso rappresenta solo un mezzo tecnico per misurare la medesima capacità contributiva ⁽⁹³³⁾. La scelta di condizionare l'esercizio dell'opzione per la tassazione separata del reddito di partecipazione o del reddito di impresa alla circostanza che la società produttrice di tale reddito o l'imprenditore individuale rappresentino il risultato della propria attività sulla base della contabilità ordinaria si giustifica per le maggiori garanzie che implicitamente derivano da questo metodo di registrazione. La contabilità ordinaria consente, infatti, non solo una più puntuale registrazione delle operazioni che svolge la società, ma consente anche una più dettagliata descrizione delle scelte inerenti la distribuzione degli utili. La contabilità ordinaria consente di verificare, attraverso le scritture contabili, che l'utile tassato in modo proporzionale non venga trasferito dal patrimonio dell'impresa a quello personale del titolare o dei soci ⁽⁹³⁴⁾. Si è quindi ritenuto ⁽⁹³⁵⁾ che la predisposizione dei diversi regimi contabili,

società in nome collettivo, in accomandita semplice, alle società di fatto, alle società di armamento ed alle imprese familiari). L'AUTORE giunge a tale conclusione, che supera il tenore letterale della norma in esame (che, testualmente, rinvia solo alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato) argomentando a partire dall'art. 5, comma 3, t.u.i.r. che assimila, ai fini delle imposte dirette, alle società richiamate dalla Legge Finanziaria per il 2008, le società di fatto e gli altri organismi societari ivi previsti, nei limiti in cui producono reddito di impresa.

⁽⁹³⁰⁾ La norma non disciplina la durata dell'opzione. In dottrina (A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3477), è stato ritenuto ipotizzabile o l'applicare la medesima durata prevista per l'opzione della trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r. attese le analogie tra gli istituti o ritenere che l'opzione di cui alla Legge Finanziaria per il 2008 sia priva di vincoli temporali e sia esercitabile in sede di dichiarazione singolarmente per ogni periodo di imposta

⁽⁹³¹⁾ Soglie che variano in funzione dell'attività svolta e sono pari a lire seicento milioni (euro 309.874,14), per le imprese aventi per oggetto prestazioni di servizi, ovvero di lire un miliardo (euro 516.456,90) per le imprese aventi per oggetto altre attività.

⁽⁹³²⁾ P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, cit., pag. 237.

⁽⁹³³⁾ S. CAPOLUPO, *La tassazione separata del reddito d'impresa*, cit., pag. 3811.

3811

⁽⁹³⁴⁾ A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3476.

⁽⁹³⁵⁾ S. CAPOLUPO, *La tassazione separata del reddito d'impresa*, cit., pag. 3811; R. RINALDI R., *Alcune considerazioni in tema di impresa minore nell'imposta sul reddito (tra*

anche quando scaturisce da scelte discrezionali, non può essere considerata priva di conseguenze giuridiche, se non altro per gli effetti che ne conseguono a carico dello stesso contribuente quali, ad esempio, la legittimazione dell'accertamento induttivo al verificarsi di determinati presupposti ovvero l'assoggettamento alla determinazione del reddito mediante applicazione degli studi di settore.

La contabilità ordinaria, quindi, è stata considerata ⁽⁹³⁶⁾ quale elemento di discriminazione soltanto dal punto di vista formale, mentre il vero elemento differenziatore è costituito dall'autonoma scelta del contribuente che, senza alcun condizionamento (se non quello, soggettivo, della convenienza fiscale), opta per un sistema o per l'altro. Il fondamento della scelta di limitare il campo di applicazione della opzione ai soli soggetti in contabilità ordinaria è stato inoltre rinvenuto nella circostanza che i soggetti IRPEG sono obbligati alla tenuta delle scritture contabili a prescindere dai ricavi conseguiti nel periodo d'imposta per cui, a parità di prelievo fiscale, è logico richiedere i medesimi obblighi ⁽⁹³⁷⁾.

Si deve, poi, osservare che l'applicazione del meccanismo di tassazione separata è subordinata al mantenimento del reddito prodotto all'interno dell'impresa. Il requisito sostanziale ai fini dell'accesso all'agevolazione è legato alla scelta di capitalizzare l'impresa mediante il reinvestimento degli utili conseguiti ⁽⁹³⁸⁾. In sostanza, ciò che viene accantonato a riserva è premiato dal legislatore mediante l'applicazione dell'aliquota proporzionale, mentre l'eventuale maggiore imposizione IRPEF, derivante dall'applicazione degli scaglioni ed aliquote progressive, graverà solo in relazione agli importi effettivamente percepiti dai soci ⁽⁹³⁹⁾.

Allo scopo di monitorare la consistenza e la stratificazione temporale degli utili maturati viene disposto che, in sede di dichiarazione dei redditi, deve essere compilato un apposito prospetto con l'indicazione degli utili non distribuiti relativi ai periodi in cui opera la tassazione proporzionale e le altre componenti di patrimonio netto ⁽⁹⁴⁰⁾. Per quanto concerne i prelevamenti dell'imprenditore e dei

norme vigenti e prospettive di riforma), in *Rass. trib.*, 2006, pag. 515; ID., *Profili soggettivi della piccola impresa, con particolare riguardo all'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, pag. 1841.

⁽⁹³⁶⁾ S. CAPOLUPO, *La tassazione separata del reddito d'impresa*, cit., pag. 3811 secondo cui viene così operata una sorta di recupero della rilevanza giuridica delle scritture contabili fortemente ridimensionata dall'introduzione dei regimi catastalizzati e della politica fiscale degli ultimi anni.

⁽⁹³⁷⁾ Si è anche sostenuto di non poter ignorare i caratteri del sistema sanzionatorio amministrativo e penale quali emergono, rispettivamente, dai decreti legislativi 18 dicembre 1997, nn. 471, 472 e 473 e 10 marzo 2000, n. 74 i quali, sostanzialmente, assumono come punto di riferimento la dichiarazione annuale ed i dati ivi indicati, sebbene non perfettamente aderenti alle scritture contabili annotate nel corso del periodo d'imposta.

⁽⁹³⁸⁾ A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3477.

⁽⁹³⁹⁾ A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3477, ove osserva che resta da definire il trattamento delle riserve di utili maturati prima di accedere al nuovo regime che hanno già concorso per trasparenza al reddito complessivo e che, necessariamente, per evitare una doppia imposizione degli stessi, dovranno essere liberamente prelevabili.

⁽⁹⁴⁰⁾ Il testo normativo non prevede il trattamento fiscale delle eventuali perdite maturate durante i periodi di opzione per la tassazione separata. Per A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3479, in considerazione del fatto che non si è in presenza di un vero e proprio nuovo regime di tassazione

soci, in assenza di regole civilistiche previste per le società di capitali, la legge introduce alcune presunzioni assolute⁽⁹⁴¹⁾:

- 1) le somme trasferite nel corso dell'esercizio dal patrimonio dell'impresa a quello personale dell'imprenditore o dei soci, al netto delle somme versate nello stesso periodo d'imposta, sono considerate prelievi dell'utile in corso;
- 2) se l'importo prelevato, al netto dei versamenti, è eccedente rispetto all'utile dell'esercizio, l'eccedenza è imputata agli utili degli esercizi precedenti;
- 3) se le somme prelevate eccedono gli utili precedenti, l'eccedenza è considerata restituzione delle poste di patrimonio iniziale;
- 4) le somme che superano anche il patrimonio iniziale sono considerate prelievo di utili dei successivi periodi d'imposta e verranno assoggettate a tassazione in tali periodi;
- 5) con una previsione di chiusura e salvaguardia viene stabilito che, in caso di revoca dell'opzione, gli utili ancora esistenti si considerano prelevati e concorrono, quindi, a formare il reddito complessivo dell'imprenditore, del collaboratore o del socio da assoggettare a imposizione progressiva⁽⁹⁴²⁾.

Altre previsioni si occupano anche delle conseguenze fiscali delle possibili differenti scelte dell'imprenditore o dei soci in ordine al prelevamento di utili precedentemente non distribuiti, ma già tassati con l'aliquota proporzionale. Ebbene, in questo caso, gli utili distribuiti o prelevati successivamente concorrono a formare il reddito complessivo imponibile del beneficiario nell'anno di imposta in cui avviene la distribuzione o il prelievo e l'imposta già versata⁽⁹⁴³⁾.

Alla luce di tali precisazioni, il regime in esame manifesta la sua maggiore convenienza allorché la società non proceda ad alcuna delibera di distribuzione di utili⁽⁹⁴⁴⁾. Il nuovo regime si risolve, quindi, nel riconoscimento ai soci o agli imprenditori individuali di una tassazione con aliquota ridotta del

delle imprese soggette ad IRPEF, le perdite potranno essere computate, nel rispetto dei vincoli imposti dall'art. 8 t.u.i.r., in diminuzione dei futuri redditi d'impresa se, e nella misura in cui, gli stessi concorreranno al reddito complessivo del contribuente. Si ritiene, inoltre, che anche le perdite maturate precedentemente potranno essere utilizzate per abbattere i redditi conseguiti anche dopo l'opzione. Una ulteriore questione aperta è rappresentata dal trattamento da riservare alle perdite ancora utilizzabili in capo al soggetto in caso di revoca del nuovo regime. In sostanza, dovrà essere disciplinato il corretto *modus operandi* per le perdite maturate, ma non utilizzate, nell'ipotesi in cui le stesse possano legittimamente essere ancora scomputabili, in quanto non superati i limiti temporali di cui all'art. 8 t.u.i.r..

Con riferimento alle perdite, si ritiene che questi siano alcuni degli aspetti su cui di dovrà soffermare l'emanando decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze previsto dal comma 42 dell'art. 1, Legge Finanziaria per il 2008.

⁽⁹⁴¹⁾ Secondo S. CAPOLUPO, *La tassazione separata del reddito d'impresa*, cit., pag. 3813 l'attenzione, inevitabilmente, si concentra sulla natura della presunzione e porta a chiedersi se fosse davvero necessario sancirne il carattere assoluto, soprattutto ove si consideri che l'Amministrazione, per effetto anche del citato prospetto, è nelle condizioni di poter compiutamente monitorare il trattamento degli utili realizzati nel periodo di operatività dell'agevolazione rispetto alle altre categorie di riserve, nonché di quelle costituite prima dell'opzione per il regime agevolato

⁽⁹⁴²⁾ A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3478.

⁽⁹⁴³⁾ A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3476.

⁽⁹⁴⁴⁾ L. MIELE, *Riduzione dell'aliquota IRES, ampliamento della base imponibile e semplificazione degli adempimenti*, cit., 2007, pag. 3224.

reddito imputato per trasparenza o dagli stessi prodotto. L'effettiva apprensione di tale reddito resta una vicenda autonoma che giustifica la tassazione nei modi ordinari. Al fine di evitare una doppia tassazione del reddito, si consente che l'imposta applicata in via separata costituisca un acconto della successiva imposta dovuta in sede di distribuzione ⁽⁹⁴⁵⁾ ⁽⁹⁴⁶⁾.

Gli schemi impositivi dei redditi derivanti dalla partecipazione di persone fisiche in società di persone sono, quindi, i seguenti:

- a) uno ordinario che prevede la concorrenza del reddito prodotto dalla società al reddito complessivo dei soci e la conseguente soggezione ad IRPEF secondo le relative aliquote e l'irrelevanza fiscale dei dividendi successivamente distribuiti;
- b) uno opzionale che continua a non prevedere la soggezione del reddito della società a IRES, ma, salva l'operatività del meccanismo di imputazione per trasparenza, dispone l'avulsione del reddito di impresa o di partecipazione del socio dal reddito complessivo e la sua tassazione con aliquota differenziata determinata *per relationem* in misura pari a quella dell'aliquota IRES. Al momento della successiva distribuzione dei dividendi, l'imposta già versata si scomputa dall'imposta corrispondente ai redditi prelevati o distribuiti ⁽⁹⁴⁷⁾.

⁽⁹⁴⁵⁾ Nel caso di mutamenti nella compagine sociale, ritiene A. TREVISANI, *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, cit. pag. 3480, dovrà essere disciplinato se sia possibile scomputare l'imposta proporzionale eventualmente assolta dai vecchi soci nell'ipotesi di prelievi da parte dei nuovi soci di utili già tassati ad aliquota del 27,50 per cento.

Ancora per l'ipotesi di mutamenti nella compagine sociale, L. LOVECCHIO, *La nuova imposizione proporzionale sugli utili d'impresa dei soggetti IRPEF*, in *Boll. trib.*, 2008, pag. 109, affida all'emando decreto del Ministero dell'Economia e della Finanze il compito di disciplinare il valore fiscalmente riconosciuto delle quote delle società personali. Secondo le regole ordinarie, il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione in capo al cedente è aumentato della quota parte delle riserve di utili già tassate per trasparenza. Si tratta allora di stabilire se tale criterio operi anche nei confronti delle riserve di utili assoggettate a tassazione separata. Secondo l'AUTORE, la risposta dovrebbe essere positiva sicché, per l'effetto, il socio subentrante dovrà far concorrere al proprio reddito complessivo l'importo degli utili distribuiti successivamente, corrispondenti ai redditi assoggettati a imposizione separata in capo al cedente, deducendo l'imposta proporzionale da quest'ultimo corrisposta. Un'altra questione da chiarire riguarda le interrelazioni tra gli accertamenti e l'imposizione separata. Lo stesso AUTORE osserva che, ove il decreto ritenesse di assoggettare tali somme ad imposizione progressiva, tale scelta potrebbe essere sistematicamente accettabile in relazione ai maggiori redditi accertati per effetto di accertamenti induttivi, non sarebbe altresì giustificata con riferimento ai recuperi analitici relativi, ad esempio, a costi indeducibili

⁽⁹⁴⁶⁾ La norma consente, quindi, di detrarre l'imposta versata. Osserva S. CAPOLUPO, *La tassazione separata del reddito d'impresa*, cit., pag. 3811 che la norma, tuttavia, non chiarisce la qualificazione giuridica di tale diritto. Secondo l'AUTORE, esso potrà essere ritenuto o meno un credito d'imposta. Nel primo caso, ovviamente, l'imposta sostitutiva sarà considerata come un vero e proprio acconto detraibile ai sensi dell'art. 22 t.u.i.r., sicché, laddove l'ammontare complessivo dei crediti sarà superiore all'imposta netta sul reddito complessivo, il contribuente avrà diritto a chiedere il rimborso ovvero a computare l'eccedenza in diminuzione nel periodo d'imposta successivo. Viceversa, se sarà considerata una detrazione, l'eventuale eccedenza sarà in detraibile. L'AUTORE preferisce la prima soluzione in quanto, laddove l'emanando decreto ministeriale optasse per tale ipotesi, si esporrebbe a sicure censure, tenuto conto che la detrazione non presuppone un pagamento anticipato, bensì un abbattimento dell'imposta lorda.

⁽⁹⁴⁷⁾ Dallo scomputo dell'imposta potrà risultare una quota di maggiore imposta dovuta dal socio, (e, quindi, l'obbligo di provvedere al relativo versamento), o un'eccedenza da questi versata (e, quindi, il diritto al rimborso della stessa). Infatti, se l'aliquota marginale del socio è superiore al

La vicenda impositiva si esaurisce in capo al socio il quale è l'unico destinatario degli obblighi; la società ne resta del tutto esclusa. Ogni singolo socio, il solo autorizzato ad esercitare l'opzione, dovrà, quindi, valutare la convenienza all'esercizio dell'opzione. Le differenti scelte condizioneranno poi il voto che verrà espresso al momento dell'assunzione della delibera di distribuzione degli utili. I soci, infatti, a seconda che abbiano esercitato o meno l'opzione, risulteranno portatori di interessi contrapposti: chi non l'avrà esercitata avrà interesse ad acquisire la provvista necessaria per il pagamento delle imposte, chi l'avrà esercitata non avrà interesse ad acquisire gli utili per continuare a minimizzare il carico fiscale.

La Legge Finanziaria per il 2008 consente di differire il momento in cui si realizza l'imposizione piena. Il legislatore pare così comprendere che il diritto di apprensione degli utili, che, ai sensi dell'art. 2262 cod. civ., sorge immediatamente a seguito dell'approvazione del rendiconto, costituisce qualcosa di meno dell'effettiva apprensione degli utili a seguito dell'assunzione della delibera di distribuzione degli stessi e conseguentemente frammenta il realizzarsi del presupposto di imposta. Questa norma è stata però introdotta con finalità agevolative, non con finalità sistematiche. Se il legislatore avesse voluto integralmente rimeditare il regime di tassazione per trasparenza e dimostrare di ritenere non sufficientemente integrato il presupposto di imposta, avrebbe reso il nuovo meccanismo non opzionale, bensì obbligatorio. La norma della Legge Finanziaria per il 2008 si ritiene, quindi, debba esclusivamente essere considerata una norma finalizzata ad evitare una discriminazione quantitativa nella tassazione del reddito. Occorre ora verificare se tale risultato sia stato integralmente raggiunto.

Nel caso di società di capitali, invece, dall'attribuzione a loro di soggettività tributaria, consegue la possibilità di includerle tra i soggetti passivi dell'IRES e applicare la relativa aliquota. In questa ipotesi, è oggetto di tassazione l'intero reddito prodotto in capo alla società. In caso di successiva distribuzione di tale reddito in capo ai soci, la tassazione del dividendo dipenderà dalla natura qualificata o meno della partecipazione. In caso di partecipazione non qualificata ai sensi dell'art. 67 t.u.i.r., è prevista l'applicazione di un'imposta sostitutiva del 12,50 per cento ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461; in caso di partecipazione qualificata, opera il regime di parziale esclusione di cui all'art. 47 t.u.i.r.. L'art. 1, comma 38, Legge Finanziaria per il 2008 ha attribuito, a fronte della riduzione dell'aliquota IRES al 27,50 per cento, al Ministro dell'Economia e delle Finanze il potere di stabilire, con proprio decreto, le percentuali di esclusione di cui agli artt. 47, comma 1, 58, comma 2, 59 e 68, comma 3 t.u.i.r. necessarie al fine di garantire l'invarianza del livello di tassazione dei dividendi e delle plusvalenze relativi a partecipazioni qualificate. Secondo la Relazione illustrativa alla Legge Finanziaria, in base ad un calcolo di equivalenza con il pregresso prelievo complessivo teorico società – socio, la quota imponibile dei dividendi dovrebbe essere del 51,6 per cento (e, simmetricamente, quella di esenzione delle plusvalenze del 49,4 per cento).

27, 50 per cento, sarà dovuta la maggior imposta pari alla differenza tra aliquota marginale del socio e aliquota applicata al momento della tassazione separata. Altrimenti, se l'aliquota marginale del socio è inferiore, sarà riconosciuto il diritto al rimborso.

CAPITOLO SESTO

L'esercizio dell'opzione per la trasparenza consente ai soci delle società di capitali di sottrarsi a tale regime e far concorrere il reddito derivante dalla partecipazione in società al reddito complessivo IRPEF indipendentemente dall'effettiva percezione. L'opzione per la trasparenza comporta l'ulteriore effetto di rendere fiscalmente irrilevanti le operazioni di successiva distribuzione di utili.

Gli schemi impositivi dei redditi derivanti dalla partecipazione in società di capitali sono, quindi, i seguenti:

- c) uno ordinario che prevede la soggezione del reddito della società a IRES secondo la relativa aliquota e la concorrenza (parziale) dei dividendi distribuiti al reddito complessivo dei soci e la conseguente soggezione ad IRES o IRPEF di questi ultimi secondo le relative aliquote (o tassazione con imposta sostitutiva);
- d) uno opzionale che prevede l'imputazione per trasparenza del reddito prodotto dalla società ai soci e quindi la concorrenza di questo reddito al reddito complessivo dei soci e la conseguente soggezione ad IRES o IRPEF secondo le relative aliquote. Ne consegue, per evitare il realizzarsi di un fenomeno di doppia imposizione, la regola dell'irrelevanza fiscale dei dividendi successivamente distribuiti.

Confrontando i modelli impositivi delle società di persone e delle società di capitali, pare, allora, che la Legge Finanziaria per il 2008 permetta effettivamente di raggiungere una maggiore simmetria tra i due schemi. Residua comunque un maggior favore per il ricorso al modello delle società di capitali. Infatti, analogamente a quanto avviene in Germania ⁽⁹⁴⁸⁾, il carico fiscale complessivo sopportato da una società di persone o da un'impresa individuale resta più elevato ove si proceda alla distribuzione di utile, dal momento che l'aliquota proporzionale del 27,50 per cento vale solo per l'utile conseguito e non prelevato. Se, invece, il socio preleva l'utile, torna a pagare le imposte secondo le aliquote ordinarie e l'intera somma prelevata concorre alla determinazione del reddito imponibile. Nelle società di capitali, invece, il regime di parziale concorrenza del reddito imponibile del dividendo distribuito consente, comunque, di ridurre il carico fiscale.

Si tratta di una differenza ridotta, nonostante la quale pare di poter ritenere superate le differenze quantitative nella tassazione del reddito prodotto dalle società di persone e dalle società di capitali. Per raggiungere questo risultato sono utilizzati schemi comparabili dal punto di vista economico (tassazione con aliquota IRES o tassazione con aliquota IRPEF dei redditi), ma concettualmente differenti dal punto di vista giuridico: nelle società di capitali la tassazione si concentra sulle società stesse o sui soci, nelle società di persone, sono, comunque, i soci a risultare coinvolti; nelle società di capitali, la tassazione si realizza in via definitiva in capo alla società o ai soci, nelle società di persone la tassazione separata del reddito di impresa avviene a titolo provvisorio.

Il legislatore si è concentrato solo sui profili quantitativi della vicenda, lasciando impregiudicati i profili qualitativi per i quali valgono le considerazioni sin qui svolte. Ciò conferma l'impossibilità di qualificare la norma della Finanziaria per il 2008 quale norma di sistema, essa appare esclusivamente finalizzata a correggere una situazione di disparità di trattamento.

⁽⁹⁴⁸⁾ S. MAYR, *La riforma fiscale in Germania per le imprese*, cit., pag. 1432.

Questa scelta del legislatore consente allora di comprendere anche le ragioni dell'esclusione tra i redditi oggetto di tassazione separata (*rectius* sostitutiva) dei redditi di impresa conseguiti da persone fisiche dalla partecipazione in società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria che hanno esercitato l'opzione per la trasparenza ⁽⁹⁴⁹⁾. La Legge Finanziaria per il 2008 non estende, infatti, il nuovo regime ai redditi imputati per trasparenza ai sensi dell'art. 116 t.u.i.r.. I redditi imputati per trasparenza ai sensi dell'art. 116 t.u.i.r. confluiranno, senza possibilità di esclusioni, nel reddito complessivo del soggetto percipiente e scontreranno l'IRPEF secondo le ordinarie aliquote progressive previste per le persone fisiche, di regola, ben superiori a quelle del 27,50 per cento. Il legislatore pare aver considerato il regime di tassazione separata dei redditi di impresa prodotti da imprenditori individuali e società commerciali e il regime di tassazione per trasparenza di cui all'art. 116 t.u.i.r. come alternativi tra loro in quanto preordinati al conseguimento del medesimo risultato: consentire ai soci di società trasparenti, siano esse società di capitali o società di persone, di veder tassati i redditi così conseguiti o con l'aliquota prevista per l'IRES o con le aliquote previste per l'IRPEF.

Concentrandosi sul piano quantitativo, tale scelta si giustifica per la circostanza che viene comunque garantita l'alternativa consentita da legislatore: o tassazione con aliquota IRES non esercitando l'opzione di cui all'art. 116 t.u.i.r. o tassazione con aliquota IRPEF in caso di esercizio dell'opzione di cui all'art. 116 t.u.i.r.. Anche la possibilità di avvantaggiarsi del differimento della tassazione al momento della distribuzione degli utili, viene loro garantito dagli ordinari meccanismi di tassazione dei dividendi distribuiti da società di capitali. Diventa in questa prospettiva più conveniente non esercitare l'opzione per la trasparenza di cui all'art. 116 t.u.i.r. e beneficiare del regime di parziale concorrenza al reddito imponibile dei dividendi distribuiti.

Peraltro, consentendo l'esercizio dell'opzione anche per i redditi imputati per trasparenza dalle società di cui all'art. 116 t.u.i.r., si sarebbero di fatto annullati gli effetti dell'esercizio dell'opzione per la trasparenza: il reddito sarebbe tornato tassabile secondo gli schemi IRES. Per essendovi alcune differenze sul piano soggettivo (l'opzione per la trasparenza di cui all'art. 116 t.u.i.r. deve essere esercitata dai soci collettivamente, quella di cui all'art. 3, comma 5, Legge Finanziaria per il 2008 dai soci singolarmente) pare coerente la

⁽⁹⁴⁹⁾ Secondo S. CAPOLUPO, *La tassazione separata del reddito d'impresa*, cit., pag. 3810 l'esclusione delle società a responsabilità limitata il cui volume di ricavi non superi la soglia per l'applicazione degli studi di settore e con compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche in numero non superiore a 10 o a 20 nel caso di società cooperativa costituisce un punto da chiarire. Per l'AUTORE, una volta effettuata l'opzione per la tassazione per trasparenza in capo ai soci, la posizione di questi ultimi è perfettamente identica, per quanto attiene al regime di tassazione, a quella dei soci delle società di persone. Ne risulterebbe una mancanza di omogeneità del sistema proprio una volta stabilito e affermato dal diritto positivo che la forma giuridica utilizzata non deve modificare il regime di tassazione. Per l'AUTORE, allora, non si comprendono le ragioni per non applicarlo anche nell'ipotesi di cui all'art. 116 t.u.i.r., posta la identità della natura giuridica del reddito, della tassazione in capo ai soci e della rilevanza fiscale degli utili a prescindere dalla loro distribuzione.

scelta del legislatore di non estendere il neointrodotta regime di tassazione separata anche ai redditi imputati per trasparenza ai sensi dell'art. 116 t.u.i.r. ⁽⁹⁵⁰⁾.

Le modifiche introdotte dalla Finanziaria per il 2008 non risultano, quindi, aver modificato l'approccio legislativo al problema della tassazione delle società di persone; esse, al più, si inseriscono in quel processo di progressiva accentuazione dei caratteri di realtà dell'ordinamento nazionale. Il meccanismo della trasparenza non viene, però, messo in discussione dalla nuova normativa. Il sistema delineato dal codice civile continua a restare un adeguato fondamento per il legislatore tributario per imputare ai soci il reddito così prodotto. Le condizioni che si sono delineate (regime di ripartizione degli utili, titolarità del potere di amministrazione, responsabilità per le obbligazioni sociali) consentono di imputare ai soci l'attività e i relativi risultati reddituali, pur nell'assenza della materiale disponibilità di tali risultati. Queste condizioni delineano l'esistenza di un legame significativo tra la società e i soci che la dottrina ⁽⁹⁵¹⁾ definisce di "immedesimazione" tra società e soci. La trasparenza delle società di persone si giustifica così, non sulla base della mancanza di personalità giuridica delle società a base personale, in quanto esse sono, comunque dotate di quel minimo di capacità giuridica che consentirebbe di riferire loro i redditi ⁽⁹⁵²⁾, ma sulla base della incapacità di trattenere presso di sé le somme in assenza di un'apposita decisione dei soci (si ricorda che nelle società di persone, per effetto dell'inciso "salvo patto contrario" contenuto nell'art. 2262 cod. civ, occorre la concorde volontà dei soci per trattenere nella società gli utili, mentre nelle società di capitali, gli stessi utili sono automaticamente conservati presso la società, salvo assunzione della delibera di distribuzione degli stessi).

Pur riconoscendosi che "l' *imputazione*" è cosa diversa dal "possesso" del reddito, quindi la relativa disciplina si presenta come eccezionale rispetto ai principi generali in materia di riferibilità ai soggetti dei fatti indice di capacità contributiva" ⁽⁹⁵³⁾, la struttura stessa delle società di persone diviene una valida giustificazione, anche costituzionale, per l'applicazione di tale principio di tassazione.

Osservando, quindi, la struttura delle società di persone, il ricorso a tale meccanismo appare ragionevole e giustificato. Poste tali premesse, la trasparenza delle società di persone si può considerare quale "trasparenza in senso forte" in quanto la ricostruzione civilistica (e processualcivilistica) del fenomeno consente al legislatore tributario di ritenere surrogato il presupposto dell'imposizione sui redditi, ovvero sia il possesso del reddito inteso, secondo l'opinione dominante in dottrina successivamente all'emanazione del Testo Unico, quale titolarità della fonte produttiva ⁽⁹⁵⁴⁾.

⁽⁹⁵⁰⁾ L'esclusione dei redditi imputati per trasparenza ai sensi dell'art. 115 t.u.i.r. deriva dalla circostanza che, in questa ipotesi, il regime di trasparenza opera all'interno dell'IRES e non viene coinvolta l'IRPEF. Non si pone, quindi, alcun problema di discriminazione quantitativa dei redditi.

⁽⁹⁵¹⁾ R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 125.

⁽⁹⁵²⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 552.

⁽⁹⁵³⁾ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit. pag. 553; R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, cit., pag. 135.

⁽⁹⁵⁴⁾ Precisa tale circostanza F. MARCHETTI, *Profili fiscali di fattispecie innovative in tema di OICR: il trattamento fiscale di un fondo comune chiuso che investa in opere d'arte*, cit.,

29. – LA TRASPARENZA “IN SENSO DEBOLE” DEL *TRUST* ED IL DIRITTO DEI BENEFICIARI A RICEVERE IL *TRUST FUND*.

Come osservato in precedenza ⁽⁹⁵⁵⁾, il comma 74 dell’articolo unico della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. Legge Finanziaria per il 2007), ha inserito il *trust* fra i soggetti passivi IRES ⁽⁹⁵⁶⁾. La medesima disposizione ha altresì previsto che, nel caso in cui i beneficiari del *trust* siano individuati, i redditi conseguiti dal *trust* saranno ad essi imputati in proporzione alla quote di partecipazione individuate nell’atto di costituzione del *trust*. Il legislatore così facendo avrebbe incluso nell’ordinamento nazionale un’ulteriore ipotesi di trasparenza: quella del *trust* con beneficiari individuati. Si ritiene, pertanto, necessario ora verificare l’esatta portata di tale affermazione ed i connotati anche di questo nuovo regime.

Dal tenore dell’art. 73 t.u.i.r., deriva la possibilità di distinguere i *trust* in due tipologie ⁽⁹⁵⁷⁾:

1. *trust trasparenti* e;
2. *trust opachi*.

La menzionata distinzione rileva esclusivamente ai fini dell’individuazione del soggetto obbligato al pagamento dell’imposta relativa alla base imponibile

pag. 10, ove elenca quali esempi della circostanza che il t.u.i.r. riconduca la titolarità del reddito al titolare giuridico della relativa fonte produttiva, il fatto che i soggetti passivi del tributo sono individuati nel proprietario dell’immobile, nel proprietario del capitale, nel proprietario delle azioni, nel titolare dell’impresa. Lo stesso AUTORE ricorda che risulta significativa a tal proposito l’abrogazione, ad opera del t.u.i.r., della disposizione prevista dal d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 dell’imputazione del reddito prodotto in caso di “amministrazione senza obbligo di resa del conto” all’amministratore (mandatario), e cioè al titolare apparente e non già al titolare effettivo. Il t.u.i.r., invece, riconduce il reddito sempre al titolare effettivo.

⁽⁹⁵⁵⁾ Cfr. paragrafo 10. – *Nozione di soggettività tributaria – i recenti sviluppi in tema di soggettività tributaria: il trust.*

⁽⁹⁵⁶⁾ Per i primi commenti di questa normativa si rinvia a G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 227; N. ARQUILLA, *Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 5357; P. FERRARETTI, M. PIAZZA, *Novità in materia di trust: prime possibili interpretazioni pratiche. Imposte dirette e imposta di donazione*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 2438; M. LUPOI, *Imposte dirette e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 253; F. GUFFANTI, *Problemi aperti sul trust ai fini delle imposte sui redditi*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 1190; ID., *I redditi derivanti dai beni in trust*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 1611; A. BUSANI, *Imposta di donazione su vincoli di destinazione e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, n. 369; ID., *Doppio prelievo a sorpresa per i trust*, in *Il Sole 24 ore*, 31 gennaio 2007, pag. 5; N. L. DE RENZIS SONNINO, *Il trust ed i redditi dei beneficiari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 361; F. SQUEO, *L’imposizione diretta dei trust in Italia: un orizzonte da definire*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 369; A. CONTRINO, *L’atto di trust fra presenta costituzione di “rendita” e rilevanza nel tributo successorio (nota a CTR Lombardia, Sez. staccata Brescia, 22 maggio 2007, n. 130)*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 2504; G. SEMINO, *Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 44.

⁽⁹⁵⁷⁾ Tale distinzione è suggerita dall’Amministrazione Finanziaria nella circolare 6 agosto 2007, n. 48/E che si segnala per la particolare ampiezza ed il contenuto quasi normativo, necessario data l’esiguità delle disposizioni legislative. Cfr. E. DELLA VALLE, *Luci ed ombre della Circolare sui trust: le imposte sui redditi (nota a Circolare Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso n. 48/E/2007 e Risoluzione Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso n. 278/E/2007)*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 724; F. GUFFANTI, *I trust nelle imposte sui redditi alla luce delle indicazioni dell’Agenzia delle Entrate*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3336.

unitariamente determinata. Come più volte ribadito, lo spostamento della tassazione dal *trust* ai beneficiari può avvenire solo nel caso in cui si constati oggettivamente la “trasmigrazione” della capacità contributiva dal *trust* soggetto al beneficiario individuato. Per beneficiario individuato pare possa considerarsi un soggetto indicato negli elementi caratterizzanti ed identificativi, dotato di capacità contributiva attuale ⁽⁹⁵⁸⁾ ovvero sia un soggetto che vanti il diritto a vedersi riconoscere i frutti (redditi) del patrimonio organizzato in *trust*, a cui è ovviamente correlato l’obbligo del *trustee* di trasferire al beneficiario tali redditi ⁽⁹⁵⁹⁾. Agli effetti fiscali, dunque, perché l’imposta sia dovuta non dal *trust*, ma dal beneficiario, occorre che questo sia precisamente indicato e sia anche il soggetto che possa manifestare la capacità contributiva in luogo del *trust*: affinché ciò accada è necessario che il beneficiario abbia il diritto di pretendere dal *trustee* il pagamento dei redditi prodotti dal patrimonio in *trust* ⁽⁹⁶⁰⁾.

⁽⁹⁵⁸⁾ Sul punto sia consentito rinviare a F. MARCHETTI, F. RASI, *Finanziaria 2007: nuove disposizioni in materia di fiscalità dei “trust”*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 2007, pag. 31.

⁽⁹⁵⁹⁾ Questa ricostruzione è confermata dall’Agenzia delle Entrate nella circolare 6 agosto 2007, n. 48/E, che, applicando i principi generali del diritto tributario, precisa che “*per beneficiario individuato*” è da intendersi il beneficiario di “reddito individuato”, vale a dire il soggetto che esprime, rispetto a quel reddito, una capacità contributiva attuale”, circostanza che si verifica allorché “il beneficiario non solo sia puntualmente individuato, ma ... risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l’assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza”, anche se detta assegnazione, sulla base del regolamento del *trust*, potrà essere materialmente realizzata soltanto in un momento successivo distante nel tempo. La stessa Agenzia precisa così che per beneficiario individuato si deve intendere il beneficiario del reddito, non del capitale. Si ipotizzi il caso in cui il disponente trasferisce in *trust* un patrimonio di 100 in beni immobili locati disponendo che i canoni di locazione siano attribuiti a Tizio e Caio, mentre alla scadenza dei singoli contratti di locazione i beni immobili siano trasferiti a Mevio. Mevio non partecipa dei risultati reddituali dell’operazione e, stante la definizione fornita dall’Agenzia, non si può ritenere egli esprima una capacità contributiva attuale.

⁽⁹⁶⁰⁾ Non si può però fare a meno di osservare che tali conclusioni sono parzialmente smentite dalla stessa Agenzia delle Entrate nella risoluzione 4 ottobre 2007, n. 278/E ove l’Amministrazione osserva che “*per individuare il soggetto cui imputare il reddito conseguito dal trust, occorre esaminare l’atteggiarsi del singolo trust nel caso concreto*” e, nel fare applicazione di tale principio nel caso posto alla sua attenzione, distingue tra “beneficiario dei redditi del *trust*” e “beneficiario dell’attività del *trust*” ed ascrive alla prima categoria colui che risulta beneficiario dei beni del *trust* al momento della liquidazione dello stesso. Nel caso da ultimo citato, l’Agenzia delle Entrate è stata invitata a valutare i riflessi fiscali di un *trust* irrevocabile cosiddetto “di scopo”, che presenta i seguenti tratti caratteristici: non è residente nel territorio dello Stato, in quanto la richiesta verte sull’applicabilità dell’art. 73, comma 1, lett. d), t.u.i.r.; è costituito a favore di un soggetto disabile incapace di intendere e di volere, per assicurarne l’assistenza necessaria “vita natural durante”, in modo che, in nessun caso, dovrà trascorrere la propria vita in istituti di assistenza per invalidi; ques’ultimo è nominato dal disponente “beneficiario dei beni del *trust*”. Inoltre, l’atto istitutivo del *trust* prevede che una volta che il *trust* abbia esaurito il suo scopo, il *settlor*, se vivente, darà disposizioni al *trustee* per l’assegnazione dei beni residui; nel caso in cui il *settlor* sia deceduto ovvero, se vivente, sia nell’impossibilità di darle, il *trustee* dovrà disporre dei beni residui in favore dei parenti del *settlor* e del di lui coniuge. In merito l’Agenzia delle Entrate osserva che nel caso in esame il soggetto disabile non può correttamente qualificarsi in senso giuridico come “beneficiario dei beni del *trust*” in questione, quanto piuttosto dell’assistenza in cui risiede lo scopo della costituzione del *trust*. Pertanto, il *trust* non può configurarsi quale *trust* con beneficiario individuato *ex ultimo periodo*, comma 2, art. 73 t.u.i.r., ma va inteso alla stregua di un *trust* senza beneficiari individuati, derivandone che i redditi maturati dallo stesso saranno assoggettati ad imposizione da parte del *trust*, e che non si verifica, in particolare, l’imputazione per trasparenza in capo all’unico beneficiario L’Agenzia concentra la

La distinzione tra *trust* opaco (in cui la tassazione avviene in capo al *trust*) e *trust* trasparente (in cui la tassazione avviene in capo ai beneficiari) riposa sulla circostanza i beneficiari vantino un vero e proprio diritto soggettivo a vedersi riconoscere i frutti del patrimonio in *trust*. Soltanto in presenza di questo diritto soggettivo, la capacità contributiva si manifesta in capo ai beneficiari anziché al *trust*, altrimenti la tassazione permane in capo al *trust* che in via ordinaria è il soggetto passivo d'imposta. Il problema di comprendere quando un beneficiario possa vantare nei confronti di un *trust* una posizione giuridicamente rilevante risulta ulteriormente complicato dall'impossibilità di individuare un quadro civilistico di riferimento. Nell'ordinamento italiano manca un complesso normativo che disciplini l'istituto in esame sicché, qualora un soggetto voglia istituire un *trust*, deve provvedere ad individuare una legge straniera che conosca tale istituto. Non potendosi in questa sede procedere all'analisi delle leggi straniere eventualmente applicabili ⁽⁹⁶¹⁾, si ricorda soltanto che, di norma, l'istituzione di un *trust* per atto tra vivi si realizza attraverso una fattispecie a formazione progressiva, le cui fasi sono:

- l'atto dichiarativo del *trust* con cui il disponente manifesta l'intenzione di costituire un *trust* per un dato scopo e a favore di determinati beneficiari;
- l'atto istitutivo del *trust* che è un atto unilaterale con cui il *settlor* affida un dato patrimonio ad un *trustee*, perché questi lo amministri per gli scopi e secondo le regole stabiliti nello stesso atto istitutivo;
- l'accettazione del *trustee* che è atto unilaterale del *trustee* successivo all'atto istitutivo del *trust*.

In tale scansione non si ravvisa il coinvolgimento dei beneficiari. Neppure la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sul *trust*, ratificata dall'Italia, impone la partecipazione dei beneficiari alla vicenda istitutiva del *trust*. Infatti, l'art. 2 di tale Convenzione, enumerando i tratti essenziali del *trust*, non prevede il coinvolgimento del beneficiario ove nominato. Detto articolo precisa che il “*il trust presenta le seguenti caratteristiche:*”

a) *i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;*

propria attenzione sulla circostanza che, secondo quanto risulta dall'atto istitutivo a sua disposizione, il disabile si avvantaggia non dei redditi del *trust* ma dell'attività che il *trustee* svolge con l'utilizzo dei beni e , “*quando il trust avrà esaurito il suo scopo, il settlor, se vivente, darà disposizioni al trustee per l'assegnazione dei beni residui; nel caso che il settlor sia deceduto o se vivente, sia nell'impossibilità di darle, ... il trustee dovrà disporre dei beni residui in favore dei parenti del settlor e del di lui coniuge*”. Secondo l'Agenzia, ciò comporta che il soggetto disabile non sia il destinatario finale dei beni in *trust* né percettore dei redditi durante la vita del *trust*, sicché non può essere definito come un beneficiario. L'Agenzia nell'interpello in esame, che solleva non poche perplessità, sembra far coincidere la posizione di beneficiario dei redditi in quella di futuro beneficiario del patrimonio conferito in *trust*. La perfetta equivalenza tra beneficiario del reddito e beneficiario del capitale pare una semplificazione non del tutto corretta. Cfr. A. BUSANI, *Disabile “detassato” con il trust*, in *Il Sole 24 ore* del 5 ottobre 2007; F. GUFFANTI, *Ris. 4 ottobre 2007, n. 278/E – Il Commento*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3456; A. MASTROBERTI, *Non sempre al beneficiario (individuato) i redditi del trust*, in *Pratica fiscale e professionale*, 2007, n. 42, pag. 17.

⁽⁹⁶¹⁾ Al riconoscimento delle quali deve provvedere l'Italia a seguito della ratifica, con legge 16 ottobre 1989, n. 364, della Convenzione del L'Aja del 1° luglio 1985 sul diritto applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento.

- b) *i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee;*
- c) *il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge*".

Si osserva come ai fini del perfezionamento della fattispecie non sia, quindi, richiesta la partecipazione del beneficiario. Questa costituisce, in generale, una componente accidentale del *trust*, ma anche allorquando il ricorso a tale istituto sia effettuato per favorire un soggetto, questo soggetto resta del tutto esterno alla vicenda. Diversamente, ravvisare un obbligo di partecipazione del beneficiario alla vicenda istitutiva del *trust* consentirebbe di meglio accertare la costituzione di una situazione di diritto soggettivo a suo favore e di comprendere se sia possibile verificare una trasferimento di capacità contributiva.

Atteso che né le normative straniere né la normativa convenzionale impongono necessariamente il coinvolgimento del beneficiario, si può allora verificare come si atteggi la questione dal punto di vista del diritto interno. Nell'ordinamento nazionale, l'art. 1372 cod. civ. stabilisce il principio della relatività del contratto per il quale ogni soggetto assume vincoli solo se presti il proprio consenso. Più precisamente, detta disposizione stabilisce che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge. È, dunque, previsto che in alcuni casi un contratto possa produrre direttamente effetti nei confronti di un terzo ad esso estraneo e, precisamente, quando si tratta di effetti favorevoli provvisori purché al terzo sia data facoltà di rifiuto⁽⁹⁶²⁾. L'art. 1372 cod. civ., conseguentemente, impedisce che un soggetto terzo rispetto alle parti contraenti sia vincolato senza che anch'egli presti il suo consenso⁽⁹⁶³⁾. Anche allorquando un soggetto con un suo atto dispositivo arrechi un vantaggio ad un altro soggetto, l'ordinamento nazionale richiede un coinvolgimento di tale soggetto. Tale coinvolgimento può essere:

- di tipo positivo: così nel contratto di donazione nel quale l'accettazione del donatario costituisce requisito indispensabile per la perfezione del contratto che, prima di essa, non può considerarsi ancora concluso, o;
- di tipo negativo: così nel contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 cod. civ.. In questa fattispecie contrattuale, il terzo rimane estraneo alla conclusione del contratto sicché non risulta necessaria una sua positiva accettazione⁽⁹⁶⁴⁾. Egli acquista il diritto per effetto della sola stipulazione, tuttavia il terzo beneficiario può far venir meno gli effetti a suo favore *ex tunc* manifestando il proprio rifiuto. Per consentire al terzo di esercitare tale potere, le parti devono comunicargli, senza particolari forme, la stipulazione. Il terzo deve comunicare l'adesione o il rifiuto a entrambi i contraenti⁽⁹⁶⁵⁾.

Le disposizioni appena esaminate pongono il principio secondo cui l'ordinamento nazionale prevede che i contraenti non possano imporre contro la volontà modifiche favorevoli e tanto meno sfavorevoli alla sfera giuridica di un

⁽⁹⁶²⁾ U. CARNEVALI, *Gli effetti del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2004, pag. 634.

⁽⁹⁶³⁾ G. ALPA, *Il contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2004, pag. 504.

⁽⁹⁶⁴⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 926.

⁽⁹⁶⁵⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 928.

terzo. Se così non fosse, verrebbe pregiudicato il principio dell'autonomia contrattuale di un soggetto il quale dovrebbe sottostare ad una regolamentazione dei propri interessi imposta da altri ⁽⁹⁶⁶⁾.

Tale ricostruzione pare applicabile anche al *trust*: il principio della relatività degli effetti di un contratto quale espressione della regola dell'autonomia contrattuale è un principio di portata generale al quale non si ritiene di poter derogare e che potrebbe trovare applicazione, nel caso in esame, per il tramite dell'art. 17, legge 31 dicembre 1995, n. 218, di riforma del sistema del diritto internazionale privato L'articolo da ultimo menzionato prende atto della presenza nell'ordinamento nazionale di norme che, in ragione del loro oggetto e dello specifico fine cui tendono, si applicano, oltre che alle situazioni e ai rapporti giuridici totalmente interni, anche a quelli che presentano elementi di estraneità rispetto al foro e che potrebbero essere regolati da una legge straniera ⁽⁹⁶⁷⁾. Si tratta di disposizioni che esprimono principi generali dell'ordinamento ai quali non è possibile derogare. Tali disposizioni operano quale limite preventivo all'applicazione di norme straniere.

La previsione di un necessario coinvolgimento del terzo beneficiario di un *trust* al fine di rendere definitiva l'attribuzione a suo favore potrebbe così considerarsi quale norma di applicazione necessaria tanto da prevedere che, ai fini del riconoscimento di un *trust* nell'ordinamento nazionale, debba essere consentito al beneficiario di esprimere il suo assenso o il suo rifiuto ⁽⁹⁶⁸⁾. Non pone ostacoli a questa ricostruzione neppure la Convenzione dell'Aja, il cui art. 16 precisa che “*la Convenzione non pregiudica le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi*”.

Il riconoscimento in capo al beneficiario del potere di accettare o di rifiutare la nomina faciliterebbe l'individuazione di quando un beneficiario si possa considerare individuato e faciliterebbe la verifica circa la possibilità di individuare se effettivamente a sua favore si verifichi un trasferimento di capacità contributiva.

In conclusione non si può fare a meno di evidenziare una possibile obiezione a tale ricostruzione: essa rischia di provare troppo. Potrebbero anche aversi casi in cui un *trust* di scopo, nell'attuazione delle sue finalità, eroghi una donazione e sia, quindi, necessario ottenere il consenso del donatario. Ciò non sarebbe sufficiente per modificare, la natura a fini fiscali del *trust*. L'acquisizione dell'accettazione (o il mancato rifiuto) del beneficiario possono in altri termini costituire un mero indice, ma non pare potersi ravvisare una corrispondenza

⁽⁹⁶⁶⁾ U. CARNEVALI, *Gli effetti del contratto*, cit., pag. 634

⁽⁹⁶⁷⁾ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale – parte generale e contratti*, Torino, 2004, pag. 191.

⁽⁹⁶⁸⁾ L'unico precedente rinvenuto in giurisprudenza è del Tribunale di Firenze che, con sentenza del 7 luglio 2004, ha stabilito che il giudice tutelare può autorizzare il tutore del beneficiario interdetto a prestare il consenso alla modifica di clausole di un atto istitutivo di *trust*, avvalendosi di poteri che la legge regolatrice del *trust* attribuisce al giudice, quando ciò costituisce migliore e maggiore tutela degli interessi del beneficiario. Il caso sembrerebbe, quindi, richiedere la partecipazione del beneficiario (o, se interdetto, del suo curatore) anche successivamente all'istituzione del *trust* nel caso si debba procedere a modifiche del regolamento del *trust*. La sentenza in esame consentirebbe di ritenere necessaria una partecipazione del beneficiario anche al momento genetico della vicenda.

biunivoca tra qualificazione, a fini fiscali, di un *trust* come trasparente e obbligo dell'accettazione del beneficiario.

La possibilità di un soggetto di vantare nei confronti del patrimonio attribuito in *trust* (o dei suoi incrementi reddituali) un posizione giuridica riconducibile al diritto soggettivo ad apprendere tali beni costituisce, comunque, il criterio discrezionale tra i due meccanismi impositivi previsti per il *trust* dall'art. 73 t.u.i.r.. Solo in presenza di tali condizioni si verifica la menzionata traslazione della capacità contributiva dal *trust* (naturale soggetto passivo d'imposta indicato dalla norma fiscale) al beneficiario.

Data la naturale flessibilità del *trust*, ben può accadere che all'individuazione dei beneficiari si proceda non in sede di istituzione del *trust*, ma in un momento successivo. Solo una volta individuati i beneficiari sarà possibile imputare loro un reddito. Può parimenti verificarsi l'ipotesi della contemporanea presenza di beneficiari individuati e non, in quanto parte del reddito di un *trust* è previsto sia accantonata a capitale e parte sia invece attribuita ai beneficiari. Le disposizioni previste dall'art. 73 t.u.i.r. conducono a ritenere che, in questa circostanza, trovino contemporanea applicazione sia l'IRPEF, sia l'IRES⁽⁹⁶⁹⁾. Un *trust* potrà così essere contemporaneamente opaco e trasparente: si tratta di una novità nel sistema nazionale che dall'applicazione della trasparenza, di norma, fa seguire una destinazione unitaria del reddito. Sia nell'ipotesi di cui all'art. 5 t.u.i.r., sia nelle ipotesi di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., alla società trasparente si sostituiscono integralmente i soci in quanto il modulo della trasparenza si applica necessariamente in modo esclusivo, nel senso che una società o un ente associativo è sempre totalmente trasparente oppure totalmente soggetto passivo di imposta⁽⁹⁷⁰⁾. Infatti, come si è cercato di dimostrare, l'applicazione del meccanismo di tassazione per trasparenza dovrebbe trovare la propria giustificazione in particolari elementi strutturali dell'ente cui si applica che consentono di imputare ai componenti dell'ente l'intera attività da questo svolta e i complessivi risultati reddituali conseguiti. Come chiarito, sorreggono l'applicazione del meccanismo di tassazione per trasparenza alle società di persone la riferibilità ai soci attraverso il meccanismo di cui all'art. 2262 cod. civ. dei risultati dell'attività, la possibilità per soggetti terzi di aggredire tali somme, l'attribuzione ai soci del potere di amministrazione, il particolare regime di responsabilità per le obbligazioni sociali che individua nei soci gli ultimi responsabili delle obbligazioni della società. Queste circostanze suggeriscono l'opportunità di considerare le società di persone integralmente incapaci di essere considerate quali destinatarie dell'obbligazione tributaria dal momento che non consentono di imputare la fonte del reddito alla società, bensì ai soci. Nel caso del *trust*, il legislatore, per correttamente riferire il reddito a chi è

⁽⁹⁶⁹⁾ Ancora l'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 48 del 2007 secondo cui *“in questo caso, il reddito accantonato sarà tassato in capo al trust mentre il reddito attribuito ai beneficiari, qualora ne ricorrano i presupposti, vale a dire quando i beneficiari abbiano diritto di percepire il reddito, sarà imputato a questi ultimi. Dopo aver determinato il reddito del trust, il trustee indicherà la parte di esso attribuito al trust - sulla quale il trust stesso assolverà l'IRES - nonché la parte imputata per trasparenza ai beneficiari - su cui questi ultimi assolveranno le imposte sul reddito -”*.

⁽⁹⁷⁰⁾ G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, cit., pag. 235

titolare della relativa capacità contributiva ⁽⁹⁷¹⁾, ha ritenuto di attribuire l'obbligazione tributaria a tutti i soggetti cui il reddito viene attribuito: potenzialmente, quindi, sia il *trust*, sia i beneficiari. Ciò consente di giustificare la coesistenza del regime di imputazione del reddito ai beneficiari con quello dell'imputazione del reddito al *trust*, dal momento che, ai fini dell'individuazione del soggetto che possiede il reddito, si può distinguere tra le situazioni dei singoli beneficiari e del *trust* stesso in funzione dei rispettivi diritti e, quindi, della relazione con il presupposto ⁽⁹⁷²⁾. È stato così scelto di ascrivere l'obbligazione tributaria in capo a tutti coloro che traggono vantaggio, pur se in un momento differito, dell'accrescimento patrimoniale che si è realizzato.

Proseguendo nell'analisi dell'istituto del *trust*, si osserva che i redditi determinati in capo al *trust* ⁽⁹⁷³⁾ e tassati in capo al beneficiario costituiscono per quest'ultimo reddito di capitale. Ciò risulta dalla lettera *g-sexies*) dell'art. 44, comma 1, t.u.i.r.. Si tratta questa di una novità nel sistema tributario italiano atteso che elemento indefettibile, comune a tutti i regimi di trasparenza, è che la diretta imputazione ai soggetti passivi non modifica la natura del reddito che si imputa, il quale va necessariamente classificato nella categoria in cui si inquadra la relativa fonte produttiva ⁽⁹⁷⁴⁾. Ciò si verifica nell'ipotesi di cui all'art. 5 e di cui agli artt.

⁽⁹⁷¹⁾ G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, cit., pag. 227; M. NUSSI, *L'imputazione del reddito tra soggetto interposto ed effettivo possessore: profili procedurali*, in *Rass. trib.*, 1998, pag. 735.

⁽⁹⁷²⁾ G. PALADINI, *Appunti sulla soggettività passiva d'imposta del trust*, in corso di pubblicazione, dattiloscritto per gentile concessione dell'Autore.

⁽⁹⁷³⁾ Con riferimento alle modalità di determinazione della base imponibile del *trust*, l'Agenzia precisa che occorre procedere unitariamente alla determinazione del reddito prodotto dal *trust* (la c.d. “base imponibile uniforme”) quale che sia la configurazione civilistica dello stesso (sul punto sia consentito rinviare a F. MARCHETTI, F. RASI, *Finanziaria 2007: nuove disposizioni in materia di fiscalità dei “trust”*, cit., pag. 31 nonché ID., *Finanziaria 2007: trattamento fiscale del “trust”*, in *Diritto e pratica delle Società*, 2007, pag. 82). Viene, infatti, puntualizzato che “dopo aver determinato il reddito del trust, il trustee indicherà la parte di esso attribuito al trust - sulla quale il trust stesso assolverà l'IRES - nonché la parte imputata per trasparenza ai beneficiari - su cui questi ultimi assolveranno le imposte sul reddito - “. Conformemente a quanto avviene nei modelli di trasparenza esistenti nell'ordinamento nazionale, la determinazione della base imponibile avviene al livello dell'ente trasparente sulla base della sua natura commerciale o meno. Posta tale premessa, l'Agenzia ne illustra i successivi corollari. In particolare, anche il regime delle eventuali ritenute operate sui redditi conseguiti dal *trust* dipenderà dalla natura dello stesso *trust*. L'Agenzia puntualizza, infatti, che “un trust che non esercita attività commerciale, ... che possiede, ad esempio, titoli soggetti alle disposizioni del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239 vede gli interessi, premi ed altri frutti relativi a detti titoli sottoposti ad imposizione sostitutiva, ai sensi dell'articolo 2 del decreto sopra richiamato” come pure “i redditi delle obbligazioni e titoli similari indicati nell'articolo 26, comma 1, del DPR n. 600 del 1973”, nonché i “redditi diversi di natura finanziaria indicati nell'articolo 67, comma 1, lettere da c-bis) a c-quinquies) del TUIR”. Dal punto di vista dei beneficiari, ne consegue che, al momento della successiva imputazione dei redditi conseguiti dal *trust*, i redditi che hanno scontato una tassazione a titolo d'imposta o di imposta sostitutiva in capo al *trust* che lo ha realizzato, non concorrono alla formazione della base imponibile, né in capo al *trust* opaco né, in caso di imputazione per trasparenza, in capo ai beneficiari. Dall'applicazione del criterio della c.d. base imponibile uniforme discende anche che i beneficiari devono imputare il reddito attribuito dal *trust* nel periodo di imposta in corso alla data di chiusura del periodo di gestione del *trust* che, similmente a quanto avviene per le società di persone, si limiterà a comunicare il relativo risultato agli eventuali beneficiari.

⁽⁹⁷⁴⁾ M. CANTILLO, *Il regime fiscale del trust dopo la Finanziaria 2007*, in *Rass. trib.*, 2007, pag. 1047.

115 e 116 t.u.i.r.. In queste fattispecie, il reddito, determinato in conformità all'attività svolta dalla società è imputato come tale ai singoli soci, nei limiti della quota di partecipazione, per essere tassato come componente del reddito globale di ciascuno; inoltre, l'imputazione avviene indipendentemente dalla effettiva percezione, perché il reddito si acquisisce *pro quota* direttamente dai soci ⁽⁹⁷⁵⁾.

Ciò non si verifica, invece, nel caso del *trust* il cui reddito imputato per trasparenza riceve in capo ai soci una differente qualificazione giuridica, quella, appunto di reddito di capitale. La novella legislativa ha così creato un conflitto tra norme in tema di imputazione per trasparenza e regole di determinazione dei redditi di capitale ⁽⁹⁷⁶⁾. La qualificazione dei redditi imputati per trasparenza da un

⁽⁹⁷⁵⁾ M. CANTILLO, *Il regime fiscale del trust dopo la Finanziaria 2007*, cit., pag. 1050

⁽⁹⁷⁶⁾ Ha cercato di risolvere tale conflitto l'Agenzia nella circolare n. 48 del 2007 relegando, correttamente, l'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies*, t.u.i.r. a norma di mera qualificazione del reddito imputato e tassabile e svalutandone fortemente la portata applicativa (Sul punto sia consentito rinviare a F. MARCHETTI, F. RASI, *Finanziaria 2007: trattamento fiscale del "trust"*, in *Diritto e pratica delle Società*, 2007, pag. 89). L'Agenzia attribuisce efficacia all'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies*, t.u.i.r. solo nell'ipotesi di beneficiari non residenti. L'Agenzia, infatti, afferma che *"in tale ultimo caso, il reddito attribuito al beneficiario non residente, viene tassato in Italia: trattandosi di reddito di capitale corrisposto da soggetto residente, infatti, lo stesso si considera prodotto in Italia ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del TUIR"*. L'Agenzia dimostra di ritenere la potestà impositiva dello Stato italiano muovendo dalla disposizione dell'art. 23 applicabile ai redditi di capitale secondo la quale essi sono tassabili in Italia quando sono *"corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti, con esclusione degli interessi e altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali"*. Detta norma è coerente con il sistema di tassazione dei redditi di capitale di cui agli artt. 44 e ss. t.u.i.r. per effetto dei quali la tassazione di tali redditi è subordinata alla loro effettiva corresponsione al contribuente. Facendo riferimento all'art. 23, comma 1, lett. b), t.u.i.r., l'Agenzia sembrerebbe allora condizionare la tassazione dei non residenti alla circostanza dell'effettiva corresponsione dei redditi ai beneficiari da parte del *trust*. Tale conclusione sarebbe quella imposta dalla qualificazione di tali redditi quali redditi di capitale. L'Agenzia così, da un lato, svaluta la qualificazione dei redditi imputati dal *trust* quale reddito di capitale qualora il percettore sia un residente, dall'altro la prende in considerazione nell'ipotesi dei non residenti creando, peraltro, una evidente disparità di trattamento. Per le due categorie di beneficiari opererebbero differenti momenti di rilevanza temporale: per il beneficiario non residente quello in cui apprende il reddito secondo un rigido criterio di cassa, per il beneficiario residente, il momento dell'imputazione secondo le regole della trasparenza (F. GUFFANTI, *I trust nelle imposte sui redditi alla luce delle indicazioni dell'Agenzia delle Entrate*, cit., pag. 3338). Questa disparità si potrebbe allora superare valorizzando il tenore dell'art. 73 t.u.i.r. secondo cui *"Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali"*. La norma in esame non farebbe alcuna distinzione tra beneficiari residenti e non, prevedendo indistintamente che operino le regole dell'imputazione per trasparenza. Si dovrebbe allora ulteriormente svalutare la norma di cui all'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies*) t.u.i.r. e il riferimento operato dall'Agenzia all'art. 23, comma 1, lett. b), t.u.i.r. per ritenere che, in caso di beneficiari non residenti, ferma restando la sussistenza delle potestà impositive dello Stato italiano, la norma di cui all'art. 44, comma 1, lett. g-*sexies*) t.u.i.r. ha rilevanza solo al fine di qualificare, a fini convenzionali, il reddito dei beneficiari. Infatti, ai sensi dell'art. 3, comma 2, Convenzione Modello OCSE, *"as regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State"*, talché ne deriva che spetta allo Stato della fonte qualificare un reddito a fini convenzionali. Nel caso in esame, il legislatore vi avrebbe adempiuto con la norma in esame.

trust quali redditi di capitali ⁽⁹⁷⁷⁾ trova unica giustificazione nella circostanza che il reddito imputato ai beneficiari designati non sarebbe potuto essere qualificato come “reddito da partecipazione”, perché i beneficiari non hanno nessuna partecipazione al patrimonio segregato assimilabile ad una partecipazione societaria tenuto conto che trattasi di un reddito che ha la sua origine in un patrimonio segregato ⁽⁹⁷⁸⁾. Ne consegue, quindi, che la qualificazione del reddito imputato ai beneficiari di un *trust* quale reddito di capitale risulta necessitata dalla configurazione di tale fenomeno, ma non ha ulteriore efficacia, neppure quanto al criterio di imputazione temporale. Infatti, contrariamente, a quanto avviene in via ordinaria per i redditi di capitale tassati secondo il principio di cassa, opera anche nel caso del *trust* la regola secondo cui, nella tassazione per trasparenza, il medesimo reddito viene imputato al beneficiario indipendentemente dall’effettiva percezione, secondo il principio della competenza economica. La successiva percezione dei redditi da parte dei beneficiari rimane una mera movimentazione finanziaria ininfluente ai fini della determinazione del reddito.

Anche nel caso del *trust* si può verificare il problema della discrasia tra reddito imputato e reddito distribuito in quanto potrà verificarsi che i beneficiari individuati ricevano, anche a distanza di un considerevole lasso di tempo, i redditi loro imputati ⁽⁹⁷⁹⁾. Peraltro, diversamente che dalle società di persone a cui ai soci, come osservato in precedenza, solo, comunque, riconosciuti taluni diritti sui redditi, nel caso del *trust*, i diritti attribuiti ai beneficiari sono minori e largamente dipendenti dalle decisioni assunte dal *settlor* in sede di atto istitutivo.

Viste le difficoltà interpretative e operative che derivano dalla scelta del legislatore, questi meglio avrebbe fatto a integrare la lett. b) del menzionato art. 23 per includere l’ipotesi del *trust* o correggere la lett. g) dello stesso articolo che concerne i redditi imputabili per trasparenza. È quest’ultima disposizione ad apparire sistematicamente più corretta ad individuare il criterio di collegamento operante in caso di redditi imputati per trasparenza.

Peraltro la qualificazione dei redditi conseguiti da un beneficiario non residente quali redditi di capitale non risulta la più corretta dal punto di vista convenzionale. Infatti, a fini convenzionali, le somme corrisposte dal *trust* ai beneficiari dovrebbero essere correttamente inquadrate tra gli *Other incomes* di cui all’art. 23 Modello OCSE. Cfr. G. CORASANITI, *Il Modello OCSE di convenzione bilaterale contro la doppia imposizione e i trusts*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005, pag. 749.

⁽⁹⁷⁷⁾ Su tale categoria reddituale R. RINALDI, *Alcune considerazioni in tema di “riordino della tassazione dei redditi di capitale”*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1999, pag. 65; F. MARCHETTI, *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1997, *passim*; ID., *Alcune riflessioni sulla nozione di reddito di capitale*, in *Rass. trib.*, 1990, pag. 781; ID., *Riordino del regime tributario dei redditi di capitale e diversi: un’ipotesi di disciplina normativa*, in *Rass. trib.*, 1994, pag. 1753; G. ESCALAR, *Contributo allo studio della nozione di reddito di capitale*, in *Rass. trib.*, 1997, pag. 285; ID., *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di “riforma dell’imposizione sul reddito delle società”*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1922.

⁽⁹⁷⁸⁾ FONDAZIONE LUCA PACIOLI, Documento n. 12 del 7 giugno 2007 – estratto in *Corr. trib.*, 2007, pag. 2388; F. GUFFANTI, *I trust nelle imposte sui redditi alla luce delle indicazioni dell’Agenzia delle Entrate*, cit., pag. 3333.

⁽⁹⁷⁹⁾ La circostanza che possa intercorrere un apprezzabile periodo di tempo tra il pagamento delle imposte e la materiale apprensione dei redditi, come chiarito, non costituisce violazione del principio di capacità contributiva. Pur tuttavia presenta alcune criticità di ordine pratico. Atteso che il beneficiario potrebbe essere privo della relativa provvista, in via pratica, si ritiene opportuno che il regolamento istitutivo del *trust* preveda, almeno, la corresponsione periodica al beneficiario delle somme necessarie per il pagamento delle imposte.

Potrebbe, inoltre, accadere che il beneficiario, nel momento previsto dal *settlor*, non riceva alcun reddito o lo riceva in misura inferiore alle imposte pagate in quanto è diminuito l'ammontare del *trust fund* (pur avendo lo stesso beneficiario, durante la vita del *trust*, pagato le relative imposte sugli incrementi reddituali). Si potrebbe allora sostenere che, similmente alle ipotesi conosciute di trasparenza dall'ordinamento nazionale, non solo si dovrebbe provvedere all'imputazione al beneficiario degli utili, ma anche delle perdite maturate dal *trust*. Occorre precisare che il trasferimento di perdite potrebbe essere possibile solo ove le stesse abbiano rilievo per il *trust*: si tratta dell'ipotesi di *trust* commerciali o del reddito di impresa prodotto da un *trust* non commerciale⁽⁹⁸⁰⁾. Supporta tale interpretazione la formulazione letterale delle norme che utilizzano l'espressione "redditi" anziché "utili". Tuttavia, differentemente dalle altre forme di trasparenza, i redditi così attribuiti sono espressamente qualificati quali "redditi di capitale", categoria entro la quale assumono rilievo solo redditi di capitale di segno positivo, non anche redditi di segno negativo⁽⁹⁸¹⁾.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, pare di poter concludere ritenendo che quella del *trust* sia una "trasparenza in senso debole". Non si ravvisano in tale istituto gli elementi tipici che connotano tale meccanismo impositivo. Ad esso ha fatto ricorso il legislatore esclusivamente in quanto consente l'imputazione del risultato reddituale realizzato da un determinato soggetto ad un altro soggetto che vanta nei confronti del primo una posizione giuridicamente rilevante. Il meccanismo della trasparenza viene, quindi, usato nei confronti del *trust* solo negli aspetti tecnici o, più precisamente, soltanto in alcuni (a titolo di esempio, nulla viene detto circa il regime delle perdite eventualmente realizzate dal *trust*, è stata fissata un'autonoma qualificazione a fini reddituali per il beneficiario dei redditi imputati dal *trust*, ecc.).

Il legislatore, stante l'assenza di un quadro civilistico di riferimento e di una categorizzazione dell'istituto nell'ordinamento giuridico nazionale, ha dimostrato di aver dovuto adottare alcune soluzioni di compromesso. Se ha riconosciuto la possibilità di attribuire al *trust* autonoma soggettività tributaria, pur tuttavia ha ritenuto di dover valorizzare, in capo di beneficiari individuati, la natura necessariamente temporanea del *trust* e l'impossibilità, in questo caso, del *trust* di trattenere i redditi dallo stesso prodotti. Potendo allora in taluni casi individuare un altro soggetto quale ultimo destinatario dei beni, ha ritenuto poter riferire a questo la relativa capacità contributiva e, quindi, far ricadere su di lui il peso dell'obbligazione tributaria. Se, anche solo parzialmente ciò non è possibile, allora l'obbligazione resta in capo al *trust* stesso.

Ne è derivato che, sistematicamente l'impostazione della legge fiscale è stata, dunque, quella di aver individuato il *trust* (il patrimonio organizzato in *trust*) come un'organizzazione di beni suscettibile di una propria capacità giuridica tributaria (norma generale), salvo prevedere a certe condizioni (norma speciale)

⁽⁹⁸⁰⁾ Neppure, l'Agenzia, nella più volte menzionata circolare, prende posizione sul trattamento di eventuali perdite, situazione che, invece, avrebbe meritato attenzione. Maggiormente preferibile sarebbe però un preciso intervento legislativo.

⁽⁹⁸¹⁾ Cfr. sul tema delle "perdite di capitale" F. MARCHETTI, *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, cit., pag. 91.

l'imputazione del reddito prodotto dal *trust* – organizzazione ai beneficiari ⁽⁹⁸²⁾. Non si tratta però di trasparenza in senso stretto, bensì di trasparenza solo in senso tecnico, in quanto non sussistono quegli elementi che, anche in presenza di beneficiari individuati, consentono di imputare loro non solo i risultati dell'attività, ma la stessa attività svolta: i beneficiari non possono ingerirsi nella gestione alla quale restano del tutto estranei, né gli stessi sono responsabili per le obbligazioni del *trust*, né gli stessi o i loro creditori possono apprendere i redditi prodotti dal *trust* fino al realizzarsi delle condizioni previste dall'atto istitutivo.

Si registrano, in definitiva, significative differenze tra la trasparenza delle società di persone e quella del *trust* che evidenziano come il legislatore utilizzi lo stesso meccanismo impositivo per diverse esigenze.

30. – LA TRASPARENZA “VOLONTARISTICAMENTE RINFORZATA” DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI E DELLE SOCIETÀ A RISTRETTA BASE PROPRIETARIA.

Come osservato nella premessa di questo lavoro ⁽⁹⁸³⁾, il meccanismo di tassazione per trasparenza rappresenta uno dei meccanismi teoricamente applicabili per l'eliminazione della doppia imposizione. Questo problema nasce dall'osservazione più generale ⁽⁹⁸⁴⁾ secondo cui le società, in quanto strumenti organizzativi attraverso cui le persone esercitano collettivamente un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, producono utili non già a proprio beneficio, bensì a beneficio delle persone che direttamente o indirettamente ne sono soci. Ne deriva allora l'idea secondo cui, sotto il profilo economico, la tassazione degli utili societari in capo ai soci, ove si aggiunga alla tassazione dei redditi propri in capo alla società, costituisce un'indesiderabile doppia tassazione per evitare la quale occorre tassare quei redditi una volta sola o in capo alla società ovvero in capo ai soci.

Prima della riforma del 2003, era stata abbandonata la scelta di tassare tali redditi solo in capo alla società in quanto essa mal si adattava ad un sistema tendenzialmente ispirato alla tassazione progressiva dei redditi. Atteso che l'art. 53 Cost. prescrive la progressività del sistema tributario e che tale precetto è stato attuato sostanzialmente mediante le aliquote crescenti dell'imposta sui redditi delle persone fisiche, in passato il legislatore aveva dato priorità alla tassazione progressiva dei redditi in capo ai soci. Solo per le società di persone si era ritenuto di poter prescindere dalla effettiva distribuzione degli utili, disponendo l'imputazione diretta dei redditi societari in capo ai soci; in altri termini, si era scelto di ricorrere alla “trasparenza fiscale”. Per le società di capitali, invece, si era scelto di tassare le società in via provvisoria e i soci, soltanto a seguito della distribuzione, in via definitiva attraverso il meccanismo del credito d'imposta ⁽⁹⁸⁵⁾.

⁽⁹⁸²⁾ F. MARCHETTI, F. RASI, *Finanziaria 2007: nuove disposizioni in materia di fiscalità dei “trust”*, cit., pag. 31.

⁽⁹⁸³⁾ Cfr. paragrafo I. – *Considerazioni introduttive.*

⁽⁹⁸⁴⁾ A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, a cura di F. PAPARELLA, Milano, 2006, pag. 17.

⁽⁹⁸⁵⁾ A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, cit., pag. 17.

CAPITOLO SESTO

La dottrina ⁽⁹⁸⁶⁾ non aveva, però, mancato di sottolineare come un'imposizione di tipo personale, generalizzata e con aliquota progressiva, di tutti i redditi non fosse in concreto realizzabile in un contesto di economia globalizzata; in particolare, si obiettava la circostanza che il credito di imposta, se coerente in una prospettiva meramente interna, non era accettabile in una prospettiva esterna in quanto escludeva la convenienza a produrre reddito all'estero (c.d. *Capital Export Neutrality*) riducendo così le possibilità di crescita degli operatori nazionali.

Il sistema delineato dalla delega di cui alla legge 7 aprile 2003, n. 80, tradisce questa impostazione e muta profondamente il sistema italiano della tassazione sui redditi passando proprio, come risulta dai documenti preparatori, alla tassazione delle persone (imposte personali) alla tassazione delle cose (imposte reali) ⁽⁹⁸⁷⁾, con un parziale abbandono della pregressa struttura dell'imposizione sui redditi delle persone fisiche basata sulla tassazione progressiva.

La riforma collega l'imposizione direttamente ed esclusivamente al momento della produzione del reddito, dunque all'organizzazione materiale cui si collegano i risultati economici dell'impresa ⁽⁹⁸⁸⁾, riducendo così la progressività delle aliquote e, quindi, la personalità del tributo.

Questo cambiamento nell'impostazione teorica ha attenuato l'esigenza di correlare la tassazione dei redditi societari alla misurazione della capacità contributiva delle persone fisiche quali ultime beneficiarie degli utili. Ne è derivata la possibilità di risolvere il problema della doppia tassazione economica dei redditi societari, rendendo definitiva la tassazione in capo alle società di capitali, attraverso la sostituzione del metodo del credito d'imposta con quello dell'esenzione che, in un'economia globalizzata, offre uguali condizioni di accesso a tutti i mercati (c.d. *Capital Import Neutrality*). Il legislatore, in attuazione del principio informatore espresso dalla formula "dalle persone alle cose", ha così deciso di accentrare la tassazione non più sul socio, inteso come destinatario finale della imposizione, per lo meno in termini economici, ma sul soggetto che svolge l'attività commerciale da cui deriva il reddito.

Il ricorso al meccanismo dell'esenzione diviene così sintomo dell'abbandono dell'idea che la tassazione dei dividendi costituisca una duplicazione d'imposizione, con implicita affermazione della legittimità della doppia imposizione (economica, non giuridica) di tali redditi societari ⁽⁹⁸⁹⁾. Infatti,

⁽⁹⁸⁶⁾A. FEDELE, *La nuova disciplina IRES: i rapporti fra soci e società*, in cit., pag. 465.

⁽⁹⁸⁷⁾ Osserva ancora A. FEDELE, *I rapporti fra società e soci*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, a cura di F. PAPARELLA, Milano, 2006, pag. 45 come passare dalle persone alle cose implica l'accettazione di una naturale ed originaria diversificazione di redditi in funzione delle diverse fonti; pertanto se, come di regola avviene per le imposte a carattere reale, l'incidenza del prelievo fiscale non è identica per tutte le categorie reddituali, la discriminazione tende a giustificarsi strutturalmente, per la diversità delle fonti: da un'imposta unitaria sul reddito si passa ad una pluralità di distinti tributi, uno per ciascuna categoria di fonti reddituali.

⁽⁹⁸⁸⁾ Così A. FEDELE, *I rapporti fra società e soci*, cit., pag. 44 che avvisa come questa impostazione sia quella delineata secondo la nota metafora del "capannone".

⁽⁹⁸⁹⁾ A. FANTOZZI, *La nuova disciplina IRES: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 498, nonché in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 175.

l'applicazione del meccanismo di esenzione, non essendo generalizzata, ma variamente articolata, lascia residuare uno spazio per forme di doppia tassazione, ove, invece, questa fosse pienamente illegittima, le norme esistenti non risulterebbero coerenti ⁽⁹⁹⁰⁾. Con la riforma IRES, il legislatore ha, invece, dimostrato di apprezzare diversamente rispetto al passato i rapporti soci – società così da legittimare lo spazio di una, seppure parziale, doppia imposizione ⁽⁹⁹¹⁾.

In questo rinnovato contesto, pur tuttavia, il legislatore ha attribuito rinnovato vigore all'istituto della trasparenza fiscale disponendone l'applicazione non più alle sole società di persone, ma anche alle società di capitali. Tale meccanismo è destinato ad applicarsi nei casi in cui il collegamento fra il socio e la società appare connotato da un'effettiva, o comunque presumibile, partecipazione del socio alle attività dell'impresa partecipata, e dove, quindi, l'investimento del capitale è funzionale o, comunque, correlato allo svolgimento di attività di impresa e al conseguimento del relativo reddito ⁽⁹⁹²⁾.

La trasparenza delle società di capitali, pur introdotta nell'ambito della riforma IRES, muove da premesse opposte a quelle appena illustrate: essa trasla l'obbligazione tributaria dalla società (divenuta, invece, momento definitivo di tassazione nel nuovo impianto sistematico del t.u.i.r.) ai soci coerentemente con un sistema di tassazione di tipo personale e non reale e consente l'integrale eliminazione della doppia imposizione. Il sistema delineato dalla riforma IRES, come anticipato, si dovrebbe, invece, caratterizzare per i caratteri di realtà e per tollerare, seppur limitate, forme di doppia imposizione. Il meccanismo dell'esenzione, volto ad esaurire la tassazione in capo alla società, è, infatti, coerente con un sistema di imposizione sui redditi a connotazione più reale che personale e progressiva; invece, la trasparenza (come il credito d'imposta) riporta la tassazione in capo ai soci e, quindi, appare più coerente con un sistema a connotazione personale e progressiva come quello precedente la riforma del 2003. Nella specie, quindi, tenuto conto che il legislatore dell'ultima riforma (almeno quello delegante) ha inteso passare da connotazioni fortemente personali e progressive a connotazioni prevalentemente reali, se da un lato appaiono chiare le ragioni che hanno orientato la sostituzione del credito d'imposta con il regime di esenzione dei dividendi, non pare altrettanto chiara la scelta di ampliare ulteriormente il campo di applicazione della trasparenza ⁽⁹⁹³⁾.

L'ampliamento dell'operatività del meccanismo di trasparenza rompe, così con entrambi i cardini del nuovo sistema tributario: l'accentuazione dei caratteri di

⁽⁹⁹⁰⁾ A. FEDELE, *I rapporti fra società e soci*, cit., pag. 51.

⁽⁹⁹¹⁾ A tale conclusione non osta l'art. 163 t.u.i.r. tradizionalmente interpretato nel senso di vietare la doppia imposizione esclusivamente giuridica e non quella economica. Come noto, la doppia imposizione in senso giuridico si verifica nelle ipotesi in cui una stessa imposta venga applicata più volte nei confronti dello stesso soggetto passivo in relazione alla medesima situazione di base codificata dalla legge tributaria. Si parla, invece, di doppia imposizione economica quando i contribuenti sono formalmente diversi, ma economicamente unici; in sostanza, lo stesso reddito viene colpito da imposta più volte, come si verifica nel caso dei rapporti soci – società. Cfr. A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, cit. pag. 224; P. ADONNINO, *Doppia imposizione (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, pag. 1015; G. PORCARO, *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno: profili costituzionali, interpretativi e procedurali*, Padova, 2001, pag. 164; M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pag. 2109.

⁽⁹⁹²⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4827.

⁽⁹⁹³⁾ A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, cit., pag. 22.

realtà ⁽⁹⁹⁴⁾ dell'imposizione e la tollerabilità di attenuate forme di doppia imposizione. La trasparenza, infatti, esclude del tutto la doppia imposizione, poiché salta ⁽⁹⁹⁵⁾ il passaggio di tassazione in capo alla società, e risulta priva di logica in un sistema connotato dall'esenzione ⁽⁹⁹⁶⁾.

Non si può però trascurare la natura opzionale del regime in esame: rendere facoltativo l'accesso al regime in esame è la possibilità per rendere gli art. 115 e 116 t.u.i.r. coerenti con un sistema quale quello descritto. Se il sistema avesse, invece, continuato ad avere carattere progressivo e a non tollerare alcuna forma di doppia imposizione, allora il ricorso al meccanismo di tassazione per trasparenza sarebbe dovuto essere obbligatorio. La natura opzionale del meccanismo in esame suggerisce allora di ampliare il campo dell'indagine per verificare se la trasparenza possa essere messa in relazione anche con altri istituti caratterizzanti il sistema tributario.

In proposito, essa si rivela parte di un più complesso disegno legislativo nel quale è chiara l'esigenza di un coordinamento con gli effetti di discipline contigue all'interno del nuovo sistema della fiscalità delle società di capitali a loro volta partecipate da altre società di capitali in una struttura di gruppo. Si può così verificare se l'introduzione della trasparenza possa giustificarsi sulla base di logiche particolaristiche. A questo proposito viene in mente la circostanza che essa consente di raggiungere risultati quali la trasmissione delle perdite che il divieto attualmente esistente di procedere a svalutazione delle partecipazioni impedisce di conseguire ⁽⁹⁹⁷⁾.

Si ricorda, infatti, che dall'abolizione del credito di imposta e dal ricorso al meccanismo dell'esenzione, il legislatore nazionale ha correttamente fatto discendere una serie di conseguenze. In primo luogo, per garantire uniformità nell'ambito della tassazione dei redditi derivanti da attività finanziarie, si è dovuto procedere a modificare anche le modalità di tassazione delle plusvalenze (e minusvalenze) da cessioni di partecipazioni. Poiché per il percettore, il realizzo di plusvalenze a seguito di cessione di partecipazioni altro non è se non il presente incasso dei futuri dividendi, sarebbe incoerente assoggettare tali cespiti a regimi impositivi differenti. Il dividendo e la plusvalenza derivante dalla cessione della partecipazione rappresentano, in altre parole, redditi della stessa natura che devono essere assoggettati al medesimo meccanismo di tassazione ⁽⁹⁹⁸⁾. Pertanto,

⁽⁹⁹⁴⁾ A. FEDELE, *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002, pag. 467.

⁽⁹⁹⁵⁾ A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, cit., pag. 21.

⁽⁹⁹⁶⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1519 e ancora A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, cit., pag. 21.

⁽⁹⁹⁷⁾ V. FICARI, *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, cit., pag. 150.

⁽⁹⁹⁸⁾ G. MELIS, *Le modifiche al regime della c.d. "participation exemption" a seguito della L. n. 248/05: "coerenza" o "capriccio" del legislatore fiscale?*, in AA.VV., *Annali dell'Università degli Studi del Molise - Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione*, Napoli, 2006, pag. 253; V. FICARI, *La cessione delle partecipazioni e l'imposizione delle plusvalenze*, in *Boll. trib.*, 2005, pag. 1769; T. DI TANNO, *Sacrifici eccessivi per i capital gain*, in *Il Sole 24 ore*, 26 agosto 2005; ID., *Pex, le modifiche portano fuori rotta*, in *Il Sole 24 ore*, 3 novembre 2005; A. MANZITTI, *Una "pex" limitata perde la sua utilità*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 settembre 2005; ID., *La norma salva-plusvalenze non va toccata*, in *Il Sole 24 ore*, 23 luglio 2005; R. LUPI, *La "pex" non ha bisogno di correzioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 agosto 2005. In generale cfr. F. GALLO, *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, in *La riforma*

per le società è stato introdotto il meccanismo della c.d. *participation exemption* per effetto del quale, soddisfatti determinati requisiti (⁹⁹⁹), le plusvalenze derivanti da cessione di partecipazioni societarie sono integralmente esenti.

Senonché, disposta l'esenzione dei dividendi ed introdotto il meccanismo della *participation exemption* per le plusvalenze da cessione di partecipazione, non restava al legislatore nazionale che modificare le disposizioni in tema di plusvalenze e minusvalenze da valutazione di partecipazioni. Per le prime, nulla è cambiato: il sistema fiscale attuale, come quello precedente, ne dispone l'irrilevanza. Le minusvalenze, al contrario, mentre prima, in presenza di talune condizioni, potevano essere deducibili, ora, se relative a titoli per i quali si applica il regime di esenzione, sono assolutamente indeducibili. In definitiva, esiste una sostanziale simmetria nei meccanismi di tassazione di dividendi, plusvalenze e minusvalenze da cessione e da valutazione. Applicato ai primi il regime di esenzione, esigenze di coerenza suggeriscono di estendere il medesimo meccanismo alle seconde ed alle terze.

Se l'adozione di un regime di esenzione delle plusvalenze da cessione porta a sancire l'irrilevanza fiscale delle plusvalenze e delle minusvalenze da valutazione, ciò comporta la perdita per le società della possibilità di tenere conto delle svalutazioni delle partecipazioni nella determinazione del reddito; per ovviare a tale circostanza, il legislatore ha previsto l'introduzione di meccanismi di tassazione che consentissero di trasferire le perdite delle società partecipate.

Ci si riferisce ai meccanismi di tassazione di gruppo su base nazionale di cui all'art. 117 t.u.i.r. e su base mondiale di cui all'art. 130 t.u.i.r. che consentono forme di compensazione degli utili e delle perdite tra le società del gruppo (¹⁰⁰⁰). Possono, però, accedere ad un perimetro di tassazione di gruppo solo società tra le quali esistono quegli specifici rapporti di controllo che il legislatore ha elencato agli artt. 117 e 120 t.u.i.r. . L'art. 117 t.u.i.r. richiede, in via preliminare, che tra la controllante e la controllata sussista il rapporto di controllo di cui dell'art. 2359 comma 1, n. 1 cod. civ.; richiede, in altre parole, la disponibilità da parte del

dell'imposta sulle società, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 39; R. LUPI, *Delega fiscale, redditi finanziari e redditi d'impresa: un'imposizione reale onerosa per i redditi elevati?*, in *Rass. trib.* 2003, pag. 107; ID., *Corte di giustizia e dividendi esteri: un'imposizione surrettizia del sistema dell'esenzione?*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 1181; M. C. PANZERI, *La riforma della tassazione del risparmio: criteri di delega ed effetti sul sistema della finanza*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, pag. 675; M. BASILAVECCHIA, *La difficile individuazione degli utili da partecipazione*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 365; M. C. FREGNI, *I dividendi*, cit., pag. 129; P. PACITTO, *Aspetti fiscali dei nuovi strumenti finanziari partecipativi*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 289; R. ALBO, *I redditi di capitale – Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 387; L. CARPENTIERI, *Le prospettive evolutive dell'Ires: la participation exemption*, *Relazione al convegno “Contributi alla riforma dell'IRES”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 371; M. BEGHIN, *L'imposta sul reddito delle società e le “simmetrie fiscali” nel quadro dei rapporti partecipativi delineati dalla c.d. “Riforma Tremonti”*, *Relazione al convegno “Contributi alla riforma dell'IRES”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 380.

⁽⁹⁹⁹⁾ Il regime di esenzione si applica ai titoli ininterrottamente posseduti per almeno dodici mesi, iscritti nelle immobilizzazioni finanziarie, rappresentativi di partecipazioni in società residenti in Stati diversi da quelli a regime fiscale privilegiato che, al momento del realizzo da parte della partecipante della plusvalenza, esercitano un'attività commerciale.

⁽¹⁰⁰⁰⁾ A. FANTOZZI, *La nuova disciplina IRES: i rapporti di gruppo*, cit., pag. 489; P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 332.

CAPITOLO SESTO

soggetto controllante della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata. Rispettata tale condizione, l'art. 120 t.u.i.r. esige che siano rispettati due ulteriori requisiti che la relazione illustrativa specifica essere concorrenti tra loro ⁽¹⁰⁰¹⁾. La controllante dovrà partecipare, direttamente o anche indirettamente, ad una percentuale del capitale della controllata superiore al 50 per cento e, direttamente o indirettamente, ad una percentuale degli utili di bilancio di questa superiore al 50 per cento. Ai fini della verifica di entrambe le condizioni, si terrà conto dell'eventuale effetto demoltiplicativo prodotto dall'esistenza di una catena societaria di controllo ⁽¹⁰⁰²⁾, mentre non si terrà conto delle azioni prive del diritto di voto. La scelta di tenere conto degli effetti demoltiplicativi prodotti dall'esistenza di una catena societaria di controllo, effettuata già in sede di delega, dovrebbe cercare di far prevalere la sostanza economica dei fatti e permettere l'accesso a tale forma di tassazione solo a società sottoposte realmente ad un'effettiva direzione unitaria. Tali condizioni devono sussistere all'inizio di ogni esercizio nel quale le società si avvalgono dell'opzione per il consolidamento ⁽¹⁰⁰³⁾.

L'accesso ad un perimetro di consolidamento su base mondiale è descritto dagli artt. 130 e 133 t.u.i.r.. Il primo, oltre a richiedere che tra la controllante e la controllata sussista il rapporto di controllo di cui dell'art. 2359 comma 1, n. 1 cod. civ., aggiunge che possono esercitare l'opzione solo le società enti commerciali residenti che si qualificano quali enti controllanti di grado più elevato ⁽¹⁰⁰⁴⁾. Il legislatore, tramite tale previsione, ha voluto evitare che i contribuenti aggirassero l'obbligo della necessaria inclusione di tutte le società estere (principio del c.d. *all in all out*) creando più società *holding* residenti alle quali conferire le partecipazioni solo in alcune controllate estere. L'art. 133 t.u.i.r., invece, precisa che il ruolo di controllata può essere rivestito da società o enti non residenti di ogni tipo con o senza personalità giuridica le cui azioni, quote, diritti di voto e di partecipazione agli utili sono posseduti, direttamente o indirettamente, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dall'esistenza di una catena

⁽¹⁰⁰¹⁾ Così anche la successiva circolare illustrativa dell'Agenzia delle Entrate 20 dicembre 2004, n. 53/E.

⁽¹⁰⁰²⁾ Si ipotizzi il caso di una società A che detiene l'80 di una società B. Quest'ultima detiene il 70% di una terza società C. A risulterà così detenere il 56% di C (70% * 80%). In una simile ipotesi l'opzione per il consolidamento potrà essere esercitata da A e B e C contemporaneamente, da A e B escludendo B, ma anche da B e C escludendo A capogruppo in senso civile, o da A e C escludendo B. Il sistema si presenta, quindi, estremamente elastico.

⁽¹⁰⁰³⁾ L. BUCCI, *Il consolidato fiscale nazionale*, cit., pag. 69.

⁽¹⁰⁰⁴⁾ Si qualificano quali società di grado più elevato:

- le società quotate in mercati regolamentati: opportunamente il legislatore non ha specificato a quale mercato debba farsi riferimento, così da consentire di qualificare quali controllate di grado più elevato società quotate anche in mercati regolamentati diverso da quello italiano, oppure
- le società controllate ai sensi dell'art. 2359, numero 1, cod. civ., da persone fisiche o dallo Stato a condizione che detti soggetti non si qualificano a loro volta quali soggetti controllanti di altre società o enti commerciali residenti, o non, ai sensi dell'art. 2359 c.c. non solo numero 1 ma anche numero 2, cod. civ.. I soggetti da ultimo menzionati non devono, quindi, né disporre della maggioranza di voti in assemblea, né disporre di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di qualunque altra società.

societaria di controllo, dalla controllante per una percentuale superiore al 50%⁽¹⁰⁰⁵⁾.

Già alla luce di tali brevi osservazioni, risulta che il campo di applicazione dei “consolidati” è alquanto ristretto rispetto al precedente campo di applicazione della svalutazione delle partecipazioni per l’operatività del quale la precedente disciplina non apponeva limitazioni.

È stata così introdotta la trasparenza delle società di capitali che ha consentito di allargare ulteriormente il perimetro entro cui può avvenire il trasferimento di perdite. La trasparenza, intervenendo in un zona in cui non operano i “consolidati”⁽¹⁰⁰⁶⁾ (quella delle partecipazioni inferiori al 50 per cento), consente di ulteriormente compensare gli effetti derivanti dal divieto di procedere a svalutazioni di partecipazioni che, rispetto al precedente regime, lascia scoperte, in particolare, le ipotesi di svalutazione di partecipazioni in società non residenti⁽¹⁰⁰⁷⁾, il caso di partecipazioni societarie inferiori al 10 per cento e comunque, in generale, tutti i casi in cui non siano soddisfatti i requisiti di accesso al consolidato.

Tali osservazioni consentono di recuperare una coerenza dell’intervento legislativo. Se, infatti, è evidente, nel caso dei rapporti intersocietari che l’introduzione della trasparenza fiscale non interviene sul problema della doppia tassazione dei redditi sociali, è parimenti evidente che attraverso di essa è stata ripristinata la trasmissione delle perdite in un ambito non coperto dalla tassazione di gruppo, seppure più limitato rispetto a quello *ante* riforma e a condizioni più rigide e onerose⁽¹⁰⁰⁸⁾.

La conclusione che, in un sistema caratterizzato dal regime di esenzione, meccanismi di tassazione di gruppo⁽¹⁰⁰⁹⁾, come la trasparenza, non abbiano rilevanza alcuna se non quella di consentire la trasmissione delle perdite pare

⁽¹⁰⁰⁵⁾ V. CAPOZZI, *Il consolidato mondiale*, cit., pag. 127.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ Osserva A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell’IRES: quale continuità con l’istituto disciplinato nell’art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 486 che “La trasparenza, così come il consolidato, opera nella direzione di ripristinare la trasmissibilità delle perdite, ma i due istituti sono l’uno l’inverso dell’altro: con il consolidato la trasmissione delle perdite avviene in testa alla capogruppo che accentra in sé i redditi di tutte le partecipate secondo un movimento centripeto, con la trasparenza, invece, le perdite rifluiscono in testa a tutte le società partecipanti seguendo un opposto movimento centrifugo”.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ Tale osservazione consente a P. PISTONE, *Profili internazionali e comunitari*, cit., pag. 99, di analizzare l’istituto nella prospettiva internazionale per escludere che la trasparenza, in realtà, consenta la trasmissione delle perdite così da valorizzare il ruolo di tale istituto quale meccanismo per l’eliminazione della doppia imposizione. L’AUTORE muove dall’osservazione secondo cui soltanto il regime di tassazione consolidata su base mondiale consente alle società residenti di includere nella propria base imponibile il risultato economico di tutte le società estere. Diversamente, il regime di trasparenza non consente di attribuire alcuna rilevanza alle perdite di società estere. Rispetto al precedente regime in cui era consentita la svalutazione delle partecipazioni, indipendentemente dalla residenza della società partecipata, nel nuovo regime viene attribuita rilevanza a perdite di società estere solo per mezzo del consolidato mondiale. Secondo l’AUTORE, tali osservazioni consentono di escludere che la tassazione per trasparenza sia un meccanismo per attribuire rilevanza alle perdite e consentono di concludere che la sua reale funzione sia quella di eliminare la doppia imposizione economica.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, cit., pag. 24.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 688.

CAPITOLO SESTO

rafforzata dalla Legge Finanziaria per il 2008 che ha profondamente modificato l'istituto del consolidato ⁽¹⁰¹⁰⁾.

Le lettere r), s), t) v) e z) del comma 33 dell'art. 1, Legge Finanziaria per il 2008 hanno modificato gli artt. 119, 122, 123, 134 e 135 t.u.i.r. e introdotto l'art. 139-bis. In particolare, sono stati abrogati gli artt. 123 (neutralità dei trasferimenti infragruppo) e 135 (determinazione delle relative plusvalenze) t.u.i.r., mentre sono stati riformulati gli artt. 122 e 134 t.u.i.r. per sopprimere le rettifiche di consolidamento in precedenza previste e segnatamente:

- a) quella in diminuzione, corrispondente alla quota imponibile (5 per cento) dei dividendi distribuiti da società consolidate;
- b) quella in diminuzione (o in aumento) derivante dalle rideterminazione del pro rata patrimoniale, conseguente all'abrogazione dell'art. 98 t.u.i.r.;
- c) quella in diminuzione derivante dal regime di neutralità per i trasferimenti infragruppo, parimenti soppresso per effetto dell'abrogazione dell'art. 123.

Di particolare interesse è la modifica *sub a)* in quanto l'eliminazione della rettifica di consolidamento relativa alla quota imponibile dei dividendi distribuiti dalle società controllate ⁽¹⁰¹¹⁾ determina il venir meno di uno dei principali

⁽¹⁰¹⁰⁾ R. MICHELUTTI, *Modifiche alla disciplina del consolidato fiscale nazionale*, in *corr. trib.*, 2008, pag. 277.

⁽¹⁰¹¹⁾ I rapporti tra esenzione e tassazione di gruppo possono essere apprezzati anche in chiave comparata.

Paesi	Applicazione del regime di esenzione:	
	sulla base di rapporti di gruppo	sulla base di regole generali
Paesi Bassi	Si integralmente	
Francia		Si (regime ordinario)
Italia	Si integralmente	
Spagna	Si integralmente	
Polonia		Si (regime ordinario)
Regno Unito		Si (regime ordinario)
Svezia		Si (regime ordinario)
Germania	N/A	N/A

Dall'analisi comparata, si ricava che l'applicazione di meccanismi di tassazione di gruppo non si accompagna necessariamente a discipline che consentono l'esenzione da tassazione dei dividendi. Occorre, infatti, distinguere due ipotesi:

- 1) quella in cui l'esenzione da tassazione dei dividendi deriva dall'accesso ad un gruppo;
- 2) quella in cui l'applicazione di regime di esenzione discende dai principi generali dell'ordinamento interessato.

Nell'ipotesi *sub 1)*, in altri termini, l'esenzione deriva dall'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo, sicché alle società viene applicata un regime di esenzione loro altrimenti non applicabile. L'esenzione dei dividendi si pone così quale norma speciale. Nell'ipotesi *sub 2)*, l'esenzione da tassazione dei dividendi si pone quale norma generale: in taluni casi i legislatori esteri hanno voluto distinguere tra partecipazioni qualificate e non qualificate anche a livello di partecipazioni societarie di modo che l'applicazione del regime di esenzione dipenda non dall'esistenza di un gruppo, ma dall'esistenza di rapporti qualificati tra le società coinvolte.

Non si pongono problemi di tassazione dei dividendi nel modello dell'*Organschaft* (sul quale P. MARONGIU, *L'istituto del consolidato fiscale nell'esperienza tedesca dell'Organschaft*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 193) in quanto la stipula del contratto di consolidamento comporta l'assunzione dell'obbligo, da parte delle controllate, di trasferire alla controllante tutti i profitti da queste realizzate. Tale obbligazione non ha rilevanza solo fiscale, ma anche civilistica (e comporta

vantaggi del consolidato, penalizzando la struttura verticale dei gruppi societari. Di fatto, gli unici elementi che differenziano i consolidati fiscali rispetto alla applicazione autonoma dell'imposta sono ora costituiti dal trasferimento alla controllante delle perdite fiscali delle società partecipanti, dal computo del credito per imposte estere e dalla possibilità di utilizzare l'eventuale eccedenza indeducibile di interessi passivi e oneri assimilati per abbattere il reddito complessivo di gruppo se, e nei limiti in cui, altri partecipanti presentino, per lo stesso periodo d'imposta, un risultato operativo lordo capiente non integralmente sfruttato per la deduzione. Giustificazione di tale scelta pare potersi esclusivamente rinvenire nella circostanza che, nella prospettiva del legislatore, l'accesso al regime di consolidamento rappresenti di per sé un beneficio e che, dunque, non siano strettamente necessari ulteriori benefici per incentivare l'applicazione di una disciplina già di per sé agevolativa ⁽¹⁰¹²⁾.

Al di là delle ragioni che possono avere indotto il legislatore a tale modifica, essa consente di prendere atto della circostanza che l'eliminazione della doppia imposizione non costituisce conseguenza indefettibile del consolidato ⁽¹⁰¹³⁾ il cui effetto principale diviene allora quello di consentire la trasmissibilità delle perdite.

La trasparenza delle società di capitale partecipate da altre società di capitale può allora, anche alla luce delle recenti modifiche legislative, apprezzarsi quale consolidato *minor* ⁽¹⁰¹⁴⁾ riservato alle società non in possesso dei requisiti quantitativi di partecipazione necessari per accedere al regime del vero e proprio consolidato (per quanto anche le società che possiedono i requisiti per l'applicazione del consolidato possono, in taluni casi, optare per la trasparenza).

La trasparenza dei rapporti intersocietari svela così la propria logica agevolativa e l'impossibilità di ricondurla a norma di sistema in quanto essa risulta esclusivamente finalizzata a consentire ai soci l'utilizzo delle perdite della partecipata in un contesto orientato all'imposizione reale ⁽¹⁰¹⁵⁾.

Tale conclusione vale però solo per l'ipotesi di cui all'art. 115 t.u.i.r., non già anche per quella di cui all'art. 116 t.u.i.r. in quanto neppure il previgente regime consentiva alle persone fisiche la svalutazione delle partecipazioni ⁽¹⁰¹⁶⁾.

le corrispondenti rilevazioni nella contabilità della società). Tale trasferimento non è considerato distribuzione di dividendi. In caso di trasferimento di riserve di precedenti esercizi, ad esse si applica l'ordinario regime di esenzione (sia inoltre consentito rinviare a F. RASI, *Modelli di tassazione di gruppo*, materiale presentato in occasione del incontro “Modelli di tassazione delle società nell'Europa Allargata – presentazione ricerca CERADI, 2007, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, sul sito *internet* Archivio CERADI – Rivista online a cura del Centro di Ricerca per il Diritto dell'impresa - Luiss G. Carli: al seguente indirizzo: http://www.archivioceradi.luiss.it/20071124_orvioto/files/Rasi.pdf).

⁽¹⁰¹²⁾ B. IZZO, *Le modifiche alla tassazione di gruppo*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3418.

⁽¹⁰¹³⁾ Tale conclusione risulta ulteriormente suffragata da un'indagine di tipo comparato (F. RASI, *Modelli di tassazione di gruppo*, cit.). Solo Paesi Bassi e Spagna fanno discendere dall'accesso alla tassazione di gruppo l'effetto dell'integrale eliminazione della doppia imposizione. La maggior parte degli altri Paesi dell'Unione Europea (in particolare, Francia, Polonia, Regno Unito e Svezia), conseguono lo stesso risultato applicando il meccanismo di esenzione, che di per sé consente tale risultato, indipendentemente dall'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo.

⁽¹⁰¹⁴⁾ Questa l'espressione di L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1505.

⁽¹⁰¹⁵⁾ A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, cit., pag. 23.

⁽¹⁰¹⁶⁾ V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 149.

Per questa seconda ipotesi, si devono allora cercare differenti argomentazioni. In particolare, pare possano trovare applicazione alcune di quelle giustificazioni che, in precedenza, erano state scartate. Nel caso di soci – persone fisiche, la trasparenza torna ad assumere il significato suo proprio di istituto che consente la tassazione progressiva dei redditi societari (soltanto) in capo al socio ⁽¹⁰¹⁷⁾ e la completa eliminazione della doppia imposizione in capo al percettore finale degli utili. Peraltro, si osserva che, nel caso di soci – persone fisiche, si pone un più accentuato problema di eliminazione della doppia imposizione. Sia alla luce della riforma IRES del 2004, sia alla luce della recente Legge Finanziaria per il 2008 ⁽¹⁰¹⁸⁾, infatti, i dividendi percepiti da persone fisiche scontano una seppur limitata doppia imposizione che l'opzione per la trasparenza supera, come consentiva nel previgente regime il meccanismo del credito di imposta. Nel caso delle società con soci – persone fisiche, la trasparenza diviene un meccanismo attraverso il quale sopperire agli effetti distorsivi dell'accentuazione della doppia imposizione economica dei redditi societari.

Parrebbe, però, allora che il legislatore, nel caso di persone fisiche, abbia effettuato una scelta di segno opposto a quella di orientare il sistema verso una tendenziale realtà ⁽¹⁰¹⁹⁾ da cui è conseguita anche un maggior grado di tolleranza verso il fenomeno della doppia imposizione. Come si è chiarito, questi sono i principi attorno a cui risulta conformato l'attuale sistema tributario con i quali la trasparenza contrasta. Trattasi, tuttavia, di un contrasto soltanto apparente in quanto la trasparenza delle società di capitali di cui all'art. 116 t.u.i.r. ha un campo di applicazione particolarmente ristretto. Pare allora potersi ritenere che il legislatore abbia tradito i principi della riforma IRES in presenza di situazioni in cui l'attività di impresa viene esercitata in modi diversi da quello ordinari. L'art. 116 t.u.i.r. si rivolge, infatti, a quelle “piccole” società di capitali a vocazione non propriamente industriale nel quale il ruolo dei soci è predominante in ragione del frequente e quasi fisiologico controllo esercitato da una ristretta cerchia di soci sulla gestione dell'impresa e sull'appropriazione del risultato ⁽¹⁰²⁰⁾. Si tratta del modello organizzativo tipico della società di persone. La possibilità di poter individuare in questi casi un socio tiranno o un socio la cui partecipazione è estremamente esigua non confuta questa conclusione in quanto il rinnovato contesto civilistico di riferimento ⁽¹⁰²¹⁾ consente, comunque, di ritenere che, nelle società il cui numero di soci è inferiori a dieci, la gestione dell'attività sociale sia, in ogni caso, esercitata da tutti i soci.

La particolare composizione delle compagine sociale consente di stabilire una diretta connessione fra l'attività del socio e l'utile societario, che si qualifica come reddito d'impresa e non di capitale. Si spiega allora il diverso regime, non in funzione di “rimedio” alla doppia imposizione, ma quale “conseguenza” di un

⁽¹⁰¹⁷⁾ V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 150.

⁽¹⁰¹⁸⁾ Per effetto della futura rimodulazione delle percentuali di cui agli artt. 47, comma 1, 58, comma 2, 59 e 68, comma 3, t.u.i.r. prevista dalla Legge Finanziaria per il 2008.

⁽¹⁰¹⁹⁾ F. PAPARELLA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pag. 777.

⁽¹⁰²⁰⁾ V. FICARI, *L'imposizione “per trasparenza” delle “piccole” società di capitali*, cit., pag. 150.

⁽¹⁰²¹⁾ Ci si riferisce alle possibilità offerte dalla recente riforma del diritto societario che consentono di utilizzare nelle società a responsabilità limitata modelli di gestione tipici delle società di persone.

diverso modulo organizzativo. Si comprende allora la reale *ratio* della trasparenza delle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria: rispondere ad una logica di assimilazione del regime impositivo a quello delle società di persone capace di evitare la (parziale) doppia tassazione dei dividendi in capo ai soci persone fisiche ⁽¹⁰²²⁾ e capace di affrontare, e risolvere, il problema della discriminazione tra il modello di imposizione delle società di persone e delle società di capitali

Questa conclusione vale, però, non solo per la trasparenza di cui all'art. 116 t.u.i.r., ma si aggiunge come giustificazione anche per la trasparenza precedentemente esaminata, quella di cui all'art. 115 t.u.i.r.. Ciò risulta per effetto dei particolari limiti partecipativi ivi previsti: quello superiore (il 50 per cento dei diritti di voto esercitabili in assemblea generale) impedisce di individuare un socio tiranno, quello inferiore (il 10 per cento dei diritti di voto esercitabili in assemblea generale), evita un'eccessiva polverizzazione della compagine sociale, congiuntamente garantiscono la possibilità di un'effettiva partecipazione di tutti i soci all'attività sociale.

Le osservazioni che precedono consentono, in definitiva, di individuare la reale portata dei meccanismi di tassazione di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r.: si tratta di modelli di tassazione fondati sulle caratteristiche organizzative dell'impresa sociale. Il numero necessariamente ridotto dei soci consente di presumere che essi siano in grado di esercitare un effettivo dominio sulle scelte di gestione e, quindi, di apprendere in maniera diretta i risultati reddituali della società stessa ⁽¹⁰²³⁾. Il modello di tassazione per trasparenza diviene così applicabile in tutti i casi in cui il diaframma tra socio e società evapora tanto da ammettere una considerazione unitaria dell'attività di impresa ⁽¹⁰²⁴⁾. In queste situazioni, come osservato in dottrina ⁽¹⁰²⁵⁾, si può derogare alla regola generale per la quale il socio rileva essenzialmente come titolare di un capitale impiegato e remunerato con una partecipazione agli utili, in quanto gode, in via di fatto, di poteri maggiori di quelli di cui comunemente dispone.

Semberebbero allora esservi giustificazioni sufficienti per considerare tale meccanismo come naturale meccanismo di tassazione di tali modelli societari così da rendere incomprensibile la scelta del legislatore di limitarsi a considerare tali meccanismi come meramente opzionali. Tale scelta appare, invece, corretta ⁽¹⁰²⁶⁾

⁽¹⁰²²⁾ Ancora L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1505 e A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, cit., pag. 688.

⁽¹⁰²³⁾ A. FEDELE, *I rapporti fra società e soci*, cit., pag. 51; V. FICARI, *L'evoluzione delle vicende processuali dei rapporti tra soci e società trasparenti*, in *Rass. trib.*, 2007, pag. 1135.

⁽¹⁰²⁴⁾ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, cit., pag. 240 secondo cui si tratta della stessa logica del consolidato in quanto, anche tale meccanismo di tassazione, trova la propria giustificazione nell'impossibilità di considerare la società partecipata, benché giuridicamente titolare dei propri redditi, capace di imprimere ad essi una destinazione autonoma rispetto alle scelte dei soci. Ciò conferma ulteriormente la possibilità di tracciare un parallelismo tra gli istituti della trasparenza e del consolidato e di considerare il primo un consolidato *minor*.

⁽¹⁰²⁵⁾ A. FEDELE, *La nuova disciplina IRES: i rapporti fra soci e società*, cit., pag. 465.

⁽¹⁰²⁶⁾ Per tacere delle difficoltà di ordine pratico sottolineate da A. FEDELE, *I rapporti fra società e soci*, in cit., pag. 51, che osserva come non potevano non essere prese in considerazione le oggettive difficoltà di accertare, in concreto, l'effettivo e determinante concorso del socio

stante l'assenza di un definito quadro civilistico di riferimento. Se da un lato è vero che la riforma del diritto societario ha accentuato gli spazi concessi all'autonomia privata nel definire i modelli organizzativi, in generale, delle società di capitali e, in particolare, delle società a responsabilità limitata, dall'altro, non ha superato, ne avrebbe potuto, lo schermo societario garantito dai modelli associativi di tipo capitalistico. Nel diritto commerciale, le società di capitali conservano il loro elevato grado di autonomia rispetto ai soci che le compongono, ma, ancor più rilevante a fini tributari, risulta la circostanza che il diritto soggettivo dei soci ad apprendere la propria quota di utile resta, comunque, mediato dall'assunzione di una specifica delibera dell'assemblea sociale.

Mentre nelle società di persone, il meccanismo di cui all'art. 2262 cod. civ. consente di imputare ai soci in via immediata e diretta il risulta reddituale delle società, altrettanto non accade per le società di capitali. Al legislatore restava, quindi, o di modificare il diritto societario introducendo l'obbligo per le società con i summenzionati requisiti di procedere alla ripartizione degli utili ⁽¹⁰²⁷⁾ o, più

all'attività sociale. Di qui, la necessaria limitazione della disciplina alle sole ipotesi in cui sono gli interessati a richiederne l'applicazione.

⁽¹⁰²⁷⁾ Nel sistema tributario italiano esiste un solo caso in cui il legislatore nazionale abbia introdotto, per ragioni fiscali, un obbligo di distribuzione degli utili realizzati. È il caso delle "Società di investimento immobiliare quotate" (cc.dd. SIIQ) disciplinate dai commi da 119 e segg., art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria per il 2007), dal d.m. 7 settembre 2007, n. 174, e dal comma 374, art. 1, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria per il 2008). Dette società sono rese destinatarie di un particolare regime opzionale civilistico e fiscale la cui completa configurazione è stata definita dal d.m. 7 settembre 2007, n. 174.

Si tratta di un regime opzionale il cui accesso è consentito alle le società per azioni:

- residenti nel territorio dello Stato;
- svolgenti in via prevalente l'attività di locazione immobiliare;
- i cui titoli di partecipazione sono negoziati in mercati regolamentati italiani;
- nelle quali nessun socio possieda, direttamente o indirettamente, più del 51 per cento dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria e più del 51 per cento dei diritti di partecipazione agli utili;
- ed almeno il 35 per cento delle azioni sia detenuto da soci che non possiedano direttamente o indirettamente più dell'2 per cento dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria e più dell'2 per cento dei diritti di partecipazione agli utili.

L'attività di locazione immobiliare si considera svolta in via prevalente:

- a) se gli immobili posseduti a titolo di proprietà o di altro diritto reale ad essa destinati rappresentano almeno l'80 per cento dell'attivo patrimoniale e;
- b) se, in ciascun esercizio, i ricavi da essa provenienti rappresentano almeno l'80 per cento dei componenti positivi del conto economico.

Agli effetti della verifica di detti parametri, assumono rilevanza anche le partecipazioni costituenti immobilizzazioni finanziarie ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, detenute in altre SIIQ, nonché quelle detenute nelle società che esercitino l'opzione di cui al comma 125, Legge Finanziaria per il 2007, e i relativi dividendi formati, a loro volta, con utili derivanti dall'attività di locazione immobiliare svolta da tali società. In caso di alienazione degli immobili e dei diritti reali su immobili, anche nel caso di loro classificazione tra le attività correnti, ai fini della verifica del parametro reddituale, concorrono a formare i componenti positivi derivanti dallo svolgimento di attività diverse dalla locazione immobiliare soltanto le eventuali plusvalenze realizzate. La società che abbia optato per il regime speciale, deve tenere contabilità separate per rilevare i fatti di gestione dell'attività di locazione immobiliare e delle altre attività, dando indicazione, tra le informazioni integrative al bilancio, dei criteri adottati per la ripartizione dei costi e degli altri componenti comuni.

L'opzione deve intervenire entro il termine del periodo d'imposta precedente a quello dal quale la società intende avvalersi del regime SIIQ ed è irrevocabile, salve le decadenze qual., ad esempio, il sopravvenuto esercizio dell'attività di locazione immobiliare in forma non prevalente; la sopravvenuta composizione dell'azionariato in termini non conformi a quanto illustrato.

correttamente di rendere opzionale il meccanismo di tassazione per trasparenza delle società di capitali.

Il comma 123 della legge in esame precisa che l'esercizio dell'opzione per il regime speciale comporta l'obbligo, in ciascun esercizio, di distribuire ai soci almeno l'85 per cento dell'utile netto derivante dall'attività di locazione immobiliare e dal possesso delle partecipazioni indicate al comma 121 Legge Finanziaria per il 2007; se l'utile complessivo di esercizio disponibile per la distribuzione è di importo inferiore a quello derivante dall'attività di locazione immobiliare e dal possesso di dette partecipazioni, la percentuale suddetta si applica su tale minore importo. A tal fine, le società che abbiano optato per il regime fiscale delle SIIQ dovranno tenere apposite contabilità separate per rilevare i fatti di gestione dell'attività di locazione immobiliare e delle altre attività, dando indicazione, nella nota integrativa, dei criteri adottati per la ripartizione dei costi e delle spese generali. La mancata distribuzione degli utili comporta la definitiva cessazione del regime speciale SIIQ a decorrere dallo stesso esercizio di formazione degli utili non distribuiti.

L'opzione per il regime speciale delle SIIQ comporta che:

- 1) il reddito d'impresa derivante dall'attività di locazione immobiliare sia esente dall'IRES e dall'IRAP;
- 2) gli utili distribuiti ai partecipanti, in qualunque forma, siano soggetti ad una ritenuta del 20 per cento (da applicarsi a cura dei soggetti residenti aderenti al sistema di deposito accentrato gestito dalla Monte Titoli S.p.A.). La ritenuta è prevista a titolo d'acconto nei confronti degli imprenditori individuali, se le partecipazioni sono detenute da imprese commerciali ovvero dalle società in nome collettivo, in accomandita semplice ed equiparate, dalle società di capitali ed enti commerciali residenti, nonché dalle stabili organizzazioni in Italia di società non residenti. Mentre è a titolo d'imposta nei confronti di tutti gli altri soggetti, ivi compresi quelli esenti o esclusi dall'IRES. La predetta ritenuta, invece, non si applica nei confronti degli utili corrisposti alle forme di previdenza complementare, agli organismi di investimento collettivo del risparmio costituiti in Italia, come pure agli utili che concorrono a formare il risultato maturato delle gestioni individuali di portafoglio. La ritenuta non si applica poi agli utili corrisposti ad altre SIIQ.

Le partecipazioni detenute nelle società che abbiano optato per il regime speciale, non beneficiano comunque del regime di esenzione della *participation exemption* previsto dagli artt. 58, 68, comma 3, e 87 t.u.i.r..

Il regime in esame si caratterizza per prevedere l'esenzione da tassazione della società che produce il reddito e la sua tassazione in capo ai soci. Solo apparentemente tale regime pare assimilabile a quello della trasparenza fiscale, ma, contrariamente a quanto avviene, comunemente, nella ordinaria tassazione per “trasparenza”, l'imposizione a carico dei soci delle SIIQ non avviene mediante imputazione ai medesimi del reddito imponibile prodotto dalla società, ma a seguito dell'obbligatoria distribuzione degli utili (S. CAPOLUPO, *Finanziaria 2007: società di investimento immobiliare quotate (SIIQ)*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 4665; R. PARISOTTO, A. LO PRESTI, *Società di investimento immobiliari quotate (SIIQ): fiscalità dei conferimenti e delle distribuzioni di utili*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 5171; L(uca) DEL FEDERICO, *Regime fiscale delle società di investimento immobiliare quotate (SIIQ)*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 1682; D. AVOLIO, *Definito il regime SIIQ*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 365).

Per quanto qui di interesse, merita sottolineare la circostanza che, per la prima volta nel sistema nazionale, il legislatore abbia fatto discendere da un'opzione fiscale l'obbligo di procedere alla distribuzione di una quota significativa dell'utile; l'applicazione di un regime di tassazione agevolato risulta, quindi, condizionato alla materiale apprensione degli utili da parte dei soci. Tale obbligo non pare essere stato introdotto per il rispetto del principio di capacità contributiva: non trovando applicazione il meccanismo dell'imputazione, neppure si pone il problema di fornire ai soci la necessaria provvista per provvedere al pagamento delle imposte (il momento impositivo coincide con l'incasso degli utili). Pare, piuttosto, trovi la propria giustificazione in motivi di cautela fiscale: serve a impedire di allocare nelle SIIQ rilevanti redditi in esenzione di imposta.

È, comunque, significativa la commistione tra opzioni fiscali e obblighi civilisti che ne deriva. Tale soluzione appare non agevolmente percorribile nel caso della trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., salvo modificare, in maniera del tutto asistemica, il contesto civilistico.

CAPITOLO SESTO

L'impossibilità di modificare il quadro civilistico di riferimento ha obbligato il legislatore a considerare tale meccanismo opzionale così da consentire, tramite l'esercizio di un'opzione unanime da parte dei soci, il superamento degli ostacoli cui si trovava di fronte. Come osservato in dottrina ⁽¹⁰²⁸⁾, l'unanime consenso dei soci all'origine della tassazione per trasparenza ricomponete le diversità con la società di persone: mentre per queste ultime il diritto all'immediata percezione degli utili è direttamente sancito dal codice civile e la norma fiscale si limita a prenderne atto, per le società di capitali, invece, lo stesso diritto, non attribuito dalla legge civile, è implicitamente, ma ragionevolmente, dato per presupposto dalla norma fiscale. Alle spalle della scelta (fiscale) di optare per la trasparenza, vi sarà infatti, verosimilmente, l'intesa tra i soci (magari recepita in un patto parasociale se non addirittura nello statuto) di procedere alla distribuzione periodica degli utili onde consentire ad essi di far fronte al prelievo gravante sui medesimi. Ciò consente di ritenere, secondo il canone dell'*id quod plerumque accidit*, che per i soci che avranno optato per la trasparenza vi sia un diritto simile a quello vantato dal socio di una società di persone alla percezione degli utili emergenti dal bilancio approvato ⁽¹⁰²⁹⁾. Condizionare l'accesso al regime di trasparenza all'opzione unanime dei soci consente di rafforzare la presunzione, sottesa ai meccanismi in esame, della diretta partecipazione di soci all'attività di gestione o, quanto meno, della possibilità di apprensione degli utili. Dovendo l'opzione trovare l'accordo di tutti i soci, ne deriva che anche quelli la cui partecipazione alla gestione risulta minima, possono esercitare una sorta di diritto di veto condizionando il loro parere favorevole alla stipula di patti parasociali che regolino la distribuzione di utili.

La struttura di fatto (la ridotta base azionaria), in termini teorici, consente, quindi, il superamento degli ordinari meccanismi di tassazione e il ricorso a quelli propri della società di persone. Il fenomeno delle società a ristretta base proprietaria merita in questo senso una specifica disciplina legislativa l'accesso alla quale deve, per coerenza sistematica, avvenire solo attraverso un'apposita manifestazione di volontà. Tale requisito consente al legislatore tributario di riservare al fenomeno delle società di capitali a ristretta base proprietaria una disciplina legislativa opportuna, ma altrimenti di per sé non applicabile. Per questi modelli societari, salve modifiche civilistiche, può essere solo opzionale. La trasparenza delle società di capitali di cui all'art. 115 t.u.i.r. e quella delle società a responsabilità limitata di cui all'art. 116 t.u.i.r. si può considerare allora un modello di "*trasparenza volontaristicamente rinforzata*".

Si evidenzia così un ulteriore profilo di criticità, di ordine sostanziale, di quella giurisprudenza della Cassazione, esaminata in precedenza ⁽¹⁰³⁰⁾, secondo cui nel caso di società a ristretta base sociale, è ammissibile la presunzione di distribuzione ai soci degli utili non contabilizzati. Si è chiarito che il rispetto del principio di capacità contributiva richiede di dimostrare l'esistenza di una relazione giuridicamente rilevante tra il soggetto passivo (il socio) ed il reddito

⁽¹⁰²⁸⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 326.

⁽¹⁰²⁹⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 326.

⁽¹⁰³⁰⁾ Cfr. paragrafo 15. – *Il superamento della soggettività delle società di capitali ad opera della giurisprudenza: il caso delle società a ristretta base proprietaria.*

oggetto di tassazione (gli utili della società) che una ristretta base sociale di per sé non garantisce. Serve un elemento ulteriore che è stato individuato nell’adesione volontaristica dei soci. La ricerca di tale ulteriore elemento è del tutto assente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione che dimostra, invece, di fermarsi solo al primo passaggio del ragionamento (la dimostrazione della ristretta base sociale), per completare il quale (la dimostrazione di un accordo tra i soci) la stessa ricorre alla logica presuntiva. L’utilizzo dello strumento presuntivo manifesta, però, in questo frangente, un’estrema debolezza. Esso non fornisce né la prova dell’apprensione del reddito da parte dei soci, né la prova dell’esistenza di un accordo tra loro. L’esistenza di una ristretta base sociale è, infatti, una circostanza non sufficiente per inferire l’esistenza di un accordo tra i soci (risulta, ad esempio, perfettamente compatibile con una situazione di conflittualità tra gli stessi). Essendo, quindi, parimenti possibile uno scenario alternativo a quello ipotizzato dalla Cassazione, la presunzione da questa utilizzata pare difettare dei requisiti di gravità, precisione, concordanza⁽¹⁰³¹⁾.

Proseguendo nell’analisi delle condizioni alle quali è consentito il superamento della soggettività delle società di capitali, pare che le conclusioni cui si è pervenuti offrano lo spunto per ulteriori osservazioni sulla reale portata dei due menzionati elementi attorno a cui ruota il meccanismo di tassazione per trasparenza:

- a) la ristrettezza della base sociale;
- b) l’unanime consenso dei soci.

Il legislatore qualifica una società quale “società a ristretta base sociale” allorché il numero dei soci è inferiore a dieci. Tale circostanza è testuale nell’ipotesi di cui all’art. 116 t.u.i.r., mentre risulta implicitamente nell’ipotesi di cui all’art. 115 t.u.i.r. per effetto delle percentuali di partecipazioni richieste (in tale ipotesi addirittura il numero dei soci deve essere compreso tra due e dieci). Le due fattispecie risultano però solo apparentemente simili in quanto, se quantitativamente il numero dei soci è, comunque, compreso nella forbice menzionata, qualitativamente i rapporti tra i soci possono differire. Si è già osservato che nell’ipotesi di cui all’art. 116 t.u.i.r. resta possibile individuare un solo socio al quale ricondurre la gestione, mentre nell’ipotesi di cui all’art. 115 t.u.i.r. è effettivamente possibile presumere l’esistenza di una gestione collegiale. Ciò deriva dall’utilizzo da parte del legislatore di differenti criteri: nell’art. 115 t.u.i.r. vengono utilizzate come parametro determinate soglie di partecipazioni, nell’ipotesi successiva, il numero effettivo dei soci.

Ne risulta allora una nozione non univoca di ristretta base sociale il che offre il fianco ad alcune osservazioni critiche. In particolare, si potrebbe profilare l’esistenza di una perdurante discriminazione (parzialmente superata dalla Legge Finanziaria per il 2008 attraverso l’istituto della tassazione separata del reddito di impresa) tra società di persone e società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria. Alla luce delle considerazioni che precedono si potrebbe sostenere che, quanto alle modalità di partecipazione dei soci alla gestione sociale, non vi siano significative differenze tra una società di persone con un numero di soci superiore a dieci e una società a responsabilità limitata con un numero di soci

⁽¹⁰³¹⁾ In generale sul tema delle presunzioni cfr. G. M. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, *passim*.

inferiori a dieci, ma neppure con una stessa società la cui compagine sociale conti più di dieci soci. Allo stato attuale, una società di persone con più di dieci soci viene tassata sulla base del regime di trasparenza, ma lo stesso trattamento fiscale non è applicabile ad una società a responsabilità limitata con 11 soci.

La possibilità di lamentare un'eccessiva ristrettezza del campo di applicazione del regime di trasparenza si ha anche nell'ipotesi di cui all'art. 115 t.u.i.r.. Se come chiarito in precedenza, tale regime è finalizzato a consentire di ovviare all'impossibilità di procedere alla svalutazione delle partecipazioni, allora la scelta di limitare l'ambito di applicazione di tali istituti non appare sorretta da adeguate giustificazioni ⁽¹⁰³²⁾.

La possibilità di ampliare il campo di applicazione dell'istituto della trasparenza trova conferme se si muove lo sguardo verso altre esperienze giuridiche. Ci si riferisce, in particolare, all'esperienza americana ove ⁽¹⁰³³⁾ possono accedere al regime di trasparenza società con un elevato numero di soci (inferiore a 100). In questo caso, l'unico requisito realmente condizionante l'accesso al regime di trasparenza è l'esercizio di un'opzione unanime da parte di tutti i soci.

Il requisito dell'unanimità dell'opzione dei soci può, infatti, costituire elemento di per sé autonomo e sufficiente: l'esistenza di un accordo tra i soci può, infatti, divenire sintomatico della volontà dei soci di organizzare diversamente l'attività sociale e di garantire, se non la diretta partecipazione di tutti i soci, almeno la sussistenza di una disciplina preventiva delle modalità attraverso cui i soci possono materialmente apprendere gli utili realizzati dalla società.

Se, da una lato, vi potrebbero essere allora spazi per ulteriormente dilatare il campo di applicazione della trasparenza ⁽¹⁰³⁴⁾, dall'altro estenderlo a compagini sociali così elevate, quali quelle previste dalla legislazione americana, pare eccessivo: le norme fiscali non si limiterebbero più ad osservare una struttura organizzativa, ma esse stesse creerebbero una differente struttura organizzativa, sicché apparirebbe più opportuno intervenire, prima sul diritto commerciale, e, soltanto allora passare, al diritto tributario. Il mantenimento di un ristretto campo di applicazione per la trasparenza delle società di capitali trova peraltro il conforto di altre esperienze comparate, come quella francese ⁽¹⁰³⁵⁾.

Ciò non toglie che possa essere auspicabile un allargamento del perimetro di trasparenza per evitare il perdurare di possibili discriminazioni tra società di persone e società di capitali. La necessità di evitare perduranti discriminazioni nel trattamento fiscale di questi due modelli societari può risultare rilevante tenuto

⁽¹⁰³²⁾ Così A. FANTOZZI, *Note sull'IRES – Testo dell'audizione tenuta avanti la Commissione Biasco*, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto sul sito *internet* del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento per le politiche fiscali al seguente indirizzo: http://www.finanze.gov.it/commissioneires/audizioni/audizione_prof_fantozzi.pdf, pag. 2.

⁽¹⁰³³⁾ Cfr. paragrafo 12.2. – *L'esperienza americana*.

⁽¹⁰³⁴⁾ Nella dottrina straniera esprimono apprezzamento per l'applicazione del meccanismo di tassazione per trasparenza: C. E. McLURE Jr, *Integration of the Personal and Corporate Income Taxes: the Missing Element in Recent Tax Reform Proposals*, in *Harvard Law Review*, 1975, pag. 532; D. M. HOLLAND, *Some observations on full integration*, in *National Tax Journal*, 1975, pag. 353; M. BUCOVETSKY, R. M. BIRD, *Tax Reform in Canada: A Progress Report*, in *National Tax Journal*, 1972, pag. 15.

⁽¹⁰³⁵⁾ Cfr. paragrafo 12.1. – *L'esperienza francese*.

conto che le ultime riforme hanno inteso ravvicinare tali due modelli e che si tratta della stessa logica che ha ispirato proprio l'introduzione degli artt. 115 e 116 t.u.i.r..

31. – *RATIO* DEL MECCANISMO DI TASSAZIONE PER TRASPARENZA E LE “TRASPARENZE” NEL SISTEMA DEL TESTO UNICO DELLE IMPOSTE SUI REDDITI.

Si è così osservato come nel sistema del Testo Unico delle Imposte sui redditi, il legislatore tributario, rispetto all'impianto originario, abbia ampiamente dilatato il campo di applicazione del regime di trasparenza facendovi sempre più frequente ricorso.

L'analisi dei vari casi in cui questa circostanza si è verificata ha portato a concludere che ciò è possibile allorché il soggetto che produce un reddito non è in grado di trattenerlo o per ragioni di fatto (le società di capitali a ristretta base proprietaria o il *trust* con beneficiari individuati) o per ragioni di diritto (le società di persone). Si tratta di ipotesi in cui un ente collettivo, pur interponendosi realmente ⁽¹⁰³⁶⁾ nel flusso di ricchezza dalla fonte al percettore finale, in quanto privo di autonomia, non è in grado di imprimere a tale reddito una differente destinazione. Il grado di autonomia di cui gode l'ente collettivo risulta apprezzabile in base a differenti parametri tra i quali rientrano quelli prescelti dal legislatore purché si tratti di parametri sulla base dei quali predicare l'esistenza di una posizione giuridicamente rilevante del beneficiario finale nel confronti del reddito. Il ricorso alla trasparenza è, quindi, possibile ove, per differenti ragioni, il legislatore osservi che il reddito è in grado di fluire dal soggetto che lo produce ad un altro soggetto. Possono così valere a consentire il ricorso al regime di trasparenza:

- a) specifiche previsioni legislative: così nel caso delle società di persone ⁽¹⁰³⁷⁾ ad opera dell'art. 2262 cod. civ.;
- b) l'autonomia privata: così nel caso delle società di capitali o del *trust*.

Vi sono però alcune differenze tra questi modelli. La trasparenza delle società di capitali, in particolare, differisce da quelle delle società di persone e da quella del *trust* in quanto è l'unica ipotesi in cui la titolarità dei beneficiari del reddito di un diritto a ricevere tale reddito è solo presunta. Mentre nelle società di persone opera il più volte menzionato art. 2262 cod. civ. o nel *trust* si è chiarito che per beneficiario individuato si deve intendere colui che “*risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza*” ⁽¹⁰³⁸⁾, circostanza che deve risultare dall'atto istitutivo del *trust*, nelle società di capitali è solo sulla base dell'*id quod plerumque accidit* che si presume l'esistenza di un accordo tra i soci per la distribuzione. Non è, altresì necessaria prova diretta di tale accordo; tuttavia per la ragioni illustrate in precedenza, tale scelta del legislatore pare ragionevole in quanto se ne recupera prova indiretta (o si acquisisce prova dell'accettazione di tale situazione da parte dei soci) condizionando l'accesso al regime al consenso

⁽¹⁰³⁶⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 324.

⁽¹⁰³⁷⁾ O nel caso del GEIE per il quale la disciplina comunitaria e nazionale di riferimento prevedono l'obbligo di ripartizione degli utili in capo ai membri.

⁽¹⁰³⁸⁾ Così l'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 48 del 2007.

unanime dei soci. La volontà dei membri dell'ente sostituisce il substrato civilistico di riferimento indispensabile per l'applicazione delle trasparenza⁽¹⁰³⁹⁾.

In presenza delle condizioni di fatto e di diritto che si sono illustrate e che si pongono quali indici di un differente modello societario, il legislatore diviene allora in grado di poter derogare alle tradizionali regole in tema di soggettività.

I recenti interventi normativi dimostrano come il legislatore abbia modificato il proprio tradizionale approccio alla problematica della soggettiva passiva del diritto tributario affrancandosi dal diritto civile. Con il *trust* il legislatore ha ritenuto di poter attribuire soggettività ad un ente che ne è privo (e che forse neppure è ente) secondo il diritto civile, con la trasparenza delle società di capitali, ha negato la soggettività di enti sino ad ora pacificamente considerati soggetti tributari a pieno titolo. Nel descrivere la soggettività tributaria, il legislatore dimostra così di appoggiarsi non solo sulle situazioni giuridiche rinvenibili dalla trama delle disposizioni di diritto civile, ma anche su indici economici⁽¹⁰⁴⁰⁾ così da non considerare più la forma societaria quale parametro sufficiente a definire lo statuto fiscale dell'ente⁽¹⁰⁴¹⁾.

Si è quindi registrata una pluralità di ipotesi in cui è possibile il ricorso alla trasparenza tanto che parlare di "trasparenza" nell'ordinamento nazionale appare riduttivo. Pare, piuttosto, doversi parlare di "*trasparenze nel sistema del Testo Unico delle Imposte sui Redditi*". L'uso del singolare è consentito solo se si degrada la trasparenza a "meccanismo tecnico" astrattamente applicabile ogni qualvolta si debba attribuire il risultato di un ente con pluralità di partecipanti⁽¹⁰⁴²⁾ e l'ente non goda di un grado di autonomia sufficientemente apprezzabile.

Si è così dimostrata la molteplicità di situazioni nelle quali può essere utilizzato il meccanismo di tassazione per trasparenza, il passo successivo è verificare se la disciplina applicativa sia la stessa per tutte le ipotesi, ovvero se le differenze evidenziate giustificano modalità applicative in tutto o in parte diverse⁽¹⁰⁴³⁾.

Nei limiti della presente analisi, cercando, quindi, di rispondere a questa domanda nell'ottica dei soli rapporti tra trasparenza delle società di persone e trasparenza delle società di capitali, si ricorda che nel corso della trattazione si è più volte fatto riferimento alla disciplina delle società di persone per colmare lacune normative. Così, senza pretesa di completezza, si ricorda che si è fatto riferimento alle regole previste per le società di cui all'art. 5 t.u.i.r. per chiarire che, anche nelle ipotesi di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., la ripartizione del reddito avviene soltanto nei confronti di coloro che possiedono la qualifica di soci alla data di chiusura dell'esercizio; l'analogia tra i due modelli associativi ha consentito di confermare la qualificazione del reddito imputato ai sensi degli artt. 115 e 116 t.u.i.r. quale reddito di impresa da includere tra i redditi di

⁽¹⁰³⁹⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 324.

⁽¹⁰⁴⁰⁾ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione del reddito imponibile*, cit., pag. 324.

⁽¹⁰⁴¹⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 525.

⁽¹⁰⁴²⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 523; A. VOZZA, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 215.

⁽¹⁰⁴³⁾ A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 487.

partecipazione del socio (e ha altresì consentito nel caso del *trust* di evidenziare alcune aporie nelle scelte del legislatore); per determinare il costo della partecipazione, analogamente a quanto previsto per le società di persone, è stato chiarito che il costo fiscale della partecipazione aumenta e diminuisce, rispettivamente, dei redditi e delle perdite imputati al socio e diminuisce, fino a concorrenza dei redditi imputati, anche in caso di distribuzione di utili.

La possibilità di estendere regole valide per la trasparenza delle società di persone all'ipotesi della trasparenza delle società di capitali pare pienamente giustificata in quanto differenze tra i due modelli di trasparenza si rinvengono solo nella fase relativa alle condizioni di accesso al regime. Le differenze nei moduli organizzativi delle società di capitali e di persone hanno rilievo solo ai fini dell'identificazioni delle condizioni nel rispetto delle quali è consentito il ricorso al meccanismo di tassazione per trasparenza. Una volta identificate le condizioni alle quali l'accesso al regime è consentito, non si ravvisano nei due modelli societari differenze tali da giustificare deroghe agli ordinari meccanismi operativi della trasparenza.

Di tale circostanza ha tenuto conto anche il legislatore che ha tracciato una similitudine tra i due modelli impositivi all'art. 8, d.m. 23 aprile 2004, prevedendo che, analogamente a quanto avviene nelle società di persone, gli utili maturati in regime di trasparenza fiscale non concorrano a formare il reddito dei soci, anche qualora siano distribuiti dopo la vigenza dell'opzione, in regime di tassazione ordinaria e in misura eccedente il reddito imputato per trasparenza. Per la fase di accertamento, l'art. 115, comma 10, t.u.i.r. rinvia all'art. 40, d.P.R. n. 600 del 1963 che impone all'Amministrazione, che operi una rettifica nei confronti della società partecipata, di emanare un unico atto nei confronti di questa e dei soci (¹⁰⁴⁴).

Muovendo dall'assunto che la trasparenza prevista nelle tre disposizioni (artt. 5, 115 e 116 t.u.i.r.) sia un sistema di tassazione unico, i menzionati rinvii appaiono ridondanti e scontati (¹⁰⁴⁵), ma giustificabili solo dalla volontà del legislatore di fare chiarezza, per ragioni di estrema cautela, su questioni particolarmente delicate. Peraltro, tali chiarimenti appaiono forniti in relazione a problematiche applicative dell'art. 115 t.u.i.r. che non risulta coperto dal principio di cui alla legge delega n. 80 del 2003 che testualmente stabilisce un'analogia solo tra la trasparenza delle società di persone e quella delle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria.

Tale considerazioni aumentano le perplessità che desta il comma 8 dell'art. 115 t.u.i.r. ove stabilisce la corresponsabilità tra società partecipata e società partecipanti, ma ancora maggiori perplessità lascia l'affermazione dell'Agenzia delle Entrate secondo cui anche nella trasparenza di cui all'art. 116 t.u.i.r. opera il medesimo regime di responsabilità solidale tra socio e partecipata previsto al menzionato art. 115, comma 8, t.u.i.r..

La necessità di apprezzare in termini unitari l'istituto della trasparenza conduce a dubitare dei chiarimenti forniti dall'Agenzia: il generico rinvio che l'articolo 116 t.u.i.r. opera alle condizioni e modalità fissate dall'articolo

⁽¹⁰⁴⁴⁾ A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 489.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ Così A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico*, cit., pag. 489.

precedente non appare sufficiente a fondare le conclusioni dell'Amministrazione Finanziaria, tenuto soprattutto conto del richiamato principio della legge delega (¹⁰⁴⁶). Lo stesso ragionamento conduce pure a dubitare di per sé della correttezza sistematica dell'art. 115, comma 8, t.u.i.r..

L'unica giustificazione che ad esso si può trovare deriva dalla circostanza che non sia possibile l'assimilazione dei due modelli di trasparenza ove esplicano riflessi fiscali alcuni condizionamenti civilistici. La trasparenza delle società di capitali non supera la necessità dell'assunzione di una formale delibera di distribuzione degli utili per assegnarli ai soci, sicché diviene allora opportuno introdurre specifiche cautele fiscali per evitare che l'imposta sia dovuta da un soggetto a cui i dividendi non sono stati distribuiti (¹⁰⁴⁷).

L'art. 115, comma 8 t.u.i.r. sarebbe legittimo e sarebbe coerente la sua estensione anche all'ipotesi di cui all'art. 116 t.u.r. nei casi in cui i soci si dovessero trovare a pagare imposte per utili non distribuiti. Anche, in questa prospettiva, la soluzione del legislatore appare comunque inadatta in quanto destinata ad operare anche laddove non vi sia tale discrasia, ma il socio risulti inadempiente per fatti a lui esclusivamente imputabili (¹⁰⁴⁸).

Il regime di responsabilità previsto dal legislatore collide, inoltre, con la tradizionale ricostruzione che vuole la società trasparente del tutto priva di soggettività a fini tributari (se non relativamente a taluni aspetti procedurali). Di norma, infatti, gli enti trasparenti sono esclusivamente titolari di alcuni obblighi di attuazione, ma non dell'obbligazione al pagamento dell'imposta la cui titolarità è assunta dai soci. La trasparenza delle società di capitali non dovrebbe fare eccezione a questo schema e dovrebbe potersi pienamente predicare la perdita della soggettività passiva della società trasparente (¹⁰⁴⁹). Le disposizioni in tema di responsabilità presuppongono, invece, una perdurante soggettività passiva IRES della società partecipata (¹⁰⁵⁰), anche relativamente a taluni aspetti sostanziali del rapporto tributario.

È questa una delle incongruenze del regime di tassazione per trasparenza (si pensi poi ai profili comunitari dell'istituto valutati nel corso del lavoro) che suggeriscono l'opportunità di apportare talune modifiche agli art. 115 e 116 t.u.i.r..

In definitiva, la scelta del legislatore di estendere il campo di applicazione dell'istituto della trasparenza appare condivisibile. Si è così assistito ad un'evoluzione dell'istituto: esso non appare più limitato alle sole società di persone, ma diviene meccanismo di tassazione di tutti quegli enti non in grado di trattenere i redditi dagli stessi prodotti. Tale operazione richiede, però, alcuni ulteriori aggiustamenti.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1523.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, cit., pag. 527.

⁽¹⁰⁴⁸⁾ Unica possibilità lasciata al legislatore sarebbe allora stata quella di prevedere obblighi di distribuzione di dividendi ai soci.

⁽¹⁰⁴⁹⁾ L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., pag. 1504.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ S. DUS, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, cit., pag. 4824.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Gli effetti della trasparenza fiscale sul bilancio di esercizio*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 41;
- ABRIANI N., *Delle azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, pag. 209;
- ADONNINO P., *Sulla tassabilità in complementare in testa all'azionista del maggior reddito di R.M. di società accertato extra-bilancio*, in *Rass. trib.*, 1958, pag. 118;
- ADONNINO P., *Doppia imposizione (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, pag. 1015;
- ALBERTINI F. V., *Il processo con pluralità di parti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Il processo tributario*, diretta da F. TESAURO, Torino, 1998, pag. 261;
- ALBO R., *I redditi di capitale – Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 387;
- ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962;
- ALOISI B., *Il Consolidato mondiale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 169;
- ALPA G., *Il contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2004, pag. 495;
- ALTIERI E., *Accertamento nei confronti di società di persone e soci nel processo tributario: litisconsorzio necessario?*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 640;
- AMATUCCI A., *Soggettività tributaria*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 1;
- AMATUCCI F., *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2002, pag. 624;

BIBLIOGRAFIA

- ANDENAS M., GUTT T., PANNIER M., *Free movement of capital and national company law*, in *European Business Law Review*, 2005, pag. 757;
- ANTAL G., *Hungary – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati on line consultabile su internet all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007;
- ANTICO G., FUSCONI V., *Attività di accertamento nei confronti delle società di persone e nei confronti dei soci: rapporti con la chiusura delle liti pendenti. Refluenze sull'accertamento con adesione*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 5683;
- ANTONINI E., *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965;
- ANTONINI E., *Personalità giuridica e imposta sulle persone giuridiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1978, pag. 381;
- ARQUILLA N., *Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 5357;
- ASSONIME, *La politica di armonizzazione fiscale della Comunità economica europea. Quaderno n. XXXVII dell'Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime)*, Roma, 1982;
- ASTOLFI A., *Il contratto di joint venture*, Milano, 1981;
- AUDINO A., *Articolo 2411*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, pag. 1221;
- AVERY JONES J. F., DE BROE L., ELLIS M. J., VAN RAAD K., LE GALL J. P., TORRIONE H., MIYATAKE T., ROBERTS S. I., GOLDBERG S. H., KILLIUS J., MAISTO G., GIULIANI F., VANN R. J., WARD D. A., WIMAN B., *Characterization of other states' partnerships for income tax*, in *Bulletin*, 2002, pag. 288;
- AVERY JONES J. F., DE BROE L., ELLIS M. J., VAN RAAD K., LE GALL J. P., GOLDBERG S. H., KILLIUS J., MAISTO G., MIYATAKE T., TORRIONE H., VANN R. J., WARD D. A., WIMAN B., *The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by states*, in *Bulletin*, 2002, pag. 220;
- AVOLIO D., *Definito il regime SIIQ*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 365;
- BADINI CONFALONIERI A., *Disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Torino, 1999;
- BAFILE C., *Responsabile d'imposta*, in *Noviss. dig. it.*, App. VI, Torino, 1986, pag. 630;

BILIOGRAFIA

- BAFILE C., *Il nuovo processo tributario*, Padova, 1994;
- BARANGER S., *France – Corportate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007;
- BARTOLI P., DODERO A., *Le operazioni straordinarie nel regime di trasparenza e nella tassazione consolidata*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 2507;
- BASILAVECCHIA M., *Sostituzione tributaria*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XV, Torino, 1998, pag. 67;
- BASILAVECCHIA M., *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, pag. 48;
- BASILAVECCHIA M., *Ancora incertezze sugli accertamenti relativi a società e soci (Cass., sent. 22 giugno 2001, n. 8567)*, in *Corr. trib.*, 2002, pag. 28;
- BASILAVECCHIA M., *Effetti sui soci dell'accertamento con adesione della società di persone (nota a Cassazione, Sez. trib., sent. 1° aprile 2005, n. 14418)*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 3177;
- BASILAVECCHIA M., *La difficile individuazione degli utili da partecipazione*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 365;
- BASILAVECCHIA M., *La nuova “imposta sul reddito delle società” (IRES): lineamenti generali*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 3;
- BASILAVECCHIA M., *Rapporti tra sentenze nell'accertamento unitario su soci e società*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2007, pag. 757;
- BASILE M., FALZEA A., *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pag. 234;
- BASSI A., *Dividendi e ristorni nelle società cooperative*, Milano, 1979;
- BASSI A., *L'impresa societaria con scopo mutualistico – La partecipazione sociale*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 419;
- BASSI A., *L'impresa societaria con scopo mutualistico – Scopo e variabilità del capitale*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 402;
- BATISTONI FERRARA F., *Capacità contributiva*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1999, pag. 345;

BIBLIOGRAFIA

- BATISTONI FERRARA F., *Il nuovo sistema sanzionatorio. Principi generali*, in *Il Fisco*, 1999, pag. 1355;
- BATISTONI FERRARA F., *Considerazioni sparse sull'IRES*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 139;
- BATISTONI FERRARA F., *Presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito accertato nei confronti di una società familiare a ristretta base azionaria: una pronuncia non convincente (nota a Cass., sent. 17 ottobre 2005, n. 20078)*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, pag. 726;
- BATTISTONI FERRARA F., *Agevolazioni ed esenzioni fiscali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, I, Milano, 2006, pag. 175;
- BEGHIN M., *Determinazione dell'imponibile e dell'imposta*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 149;
- BEGHIN M., *La revisione del bilancio nella disciplina del “consolidato mondiale”*: profili funzionali e aspetti problematici della bozza di testo unico predisposta dal ministero dell'economia e delle finanze, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 11;
- BEGHIN M., *L'occulta distribuzione dei dividendi nell'ambito delle società di capitali a “ristretta base” tra automatismi argomentativi e prova per presunzioni (nota a Cass., 29 dicembre 2003, n. 19803)*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2004, pag. 431;
- BEGHIN M., *Il consolidato nazionale*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 558;
- BEGHIN M., *L'imposta sul reddito delle società e le “simmetrie fiscali” nel quadro dei rapporti partecipativi delineati dalla c.d. “Riforma Tremonti”*, *Relazione al convegno “Contributi alla riforma dell'IRES”*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 380;
- BELLE B., *Il processo tributario con pluralità di parti*, Torino, 2002;
- BELLETTINI S., *International tax problems of partnership – Report per l'Italia – Congresso IFA di Cannes*, in *Cahiers de droit fiscal international*, LXXXa, Kluwer, The Netherlands, 1995, pag. 293;
- BELLI CONTARINI E., *Il Gruppo europeo di interesse economico, struttura e aspetti fiscali*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, pag. 40;

BILIOGRAFIA

- BELLI CONTARINI E., *Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: aspetti fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, pag. 839;
- BELLUZZO L., LO PRESTI VENTURA E., *Trusts “interni” “discrezionali” ed imposizione diretta: note a margine della risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 3398;
- BENAZZI A., *Sulla attribuzione ai soci di società di capitali a ristretta base azionaria del maggior reddito accertato nei confronti della società*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2001, pag. 325;
- BENAZZI A., *Giudici di merito in contrasto con la Cassazione sulla presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito di società a ristretta base azionaria*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2007, pag. 893;
- BENAZZI A., *La ristrettezza della base sociale legittima l'accertamento basato su criteri presuntivi (nota a Cass., sent. 11 ottobre 2007, n. 21415)*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 212;
- BENAZZI A., *Elusiva l'interposizione fittizia di persona*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 2876;
- BERARDO G., DULCAMARE V., *I riflessi contabili dell'opzione per la trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 3525;
- BERGAMI D., *I rapporti infragruppo tra riforma fiscale e sviluppi UE*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 377;
- BERGAMIN BARBATO M., *Reddito imponibile e risultato economico di gestione: sancita la diversità o avvicinate le posizioni?*, in *Rass. trib.*, 1987, pag. 387;
- BERLIRI A., *La tassazione in complementare dei soci delle c.d. società familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 685;
- BERLIRI A., *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano 1965;
- BLASIO E., *Pianificazione fiscale internazionale*, Milano, 1992;
- BLOCH J., SORGATO L., *Il nuovo regime di tassazione con aliquota proporzionale*, in *Corr. trib.*, 2001, pag. 182;
- BORIA P., *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, pag. 635;

BIBLIOGRAFIA

- BORIA P., *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, Milano, 1996;
- BORTOLOTTI F., MORRESI M. R., Joint – ventures, in *Noviss. Dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, pag. 1;
- BRACCO P., *Dubbi ermeneutici sui profili transnazionali del regime della trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2006, pag. 163;
- BRANCADORO G.L., *Articolo 2411*, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. PICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, pag. 933;
- BRUNELLI F., *La S.r.l. unipersonale nell'imposizione sui redditi*, in *Rass. trib.*, 1997, pag. 1462;
- BRUZZONE M., *Notifica di atti tributari a coobbligati solidali e litisconsorzio necessario*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3087;
- BUCCI L., *Il consolidato fiscale nazionale*, in *La disciplina IRES dei gruppi di imprese*, di L. BUCCI, V. CAPOZZI, M. GALLUCCI, Milano, 2006, pag. 67;
- BUCCI L., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in *La disciplina IRES dei gruppi di imprese*, di L. BUCCI, V. CAPOZZI, M. GALLUCCI, Milano, 2006, pag. 29;
- BUCOVETSKY M., BIRD R. M., *Tax Reform in Canada: A Progress Report*, in *National Tax Journal*, 1972, pag. 15;
- BULGARELLI F., *Neutralità impositiva degli utili infragruppo*, in *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, a cura di A. DI PIETRO, Roma, 2003, pag. 560;
- BULGARELLI F., *Le recenti modifiche alla Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 115;
- BUONO B., VASCHETTO E., *Il consortium relief nel progetto di riforma fiscale*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 7397;
- BUONOCORE V., *L'organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata*, in *Riv. not.*, 2004, pag. 589;
- BUONOCORE V., *L'imprenditore società*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 116;

BILIOGRAFIA

- BUONOCORE V., *L'impresa societaria a base personale – La società in accomandita semplice*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 224;
- BUONOCORE V., *L'impresa societaria a base personale – La società semplice*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 170;
- BUONOCORE V., *L'impresa societaria a base personale – La società in nome collettivo*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 207;
- BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 345;
- BUSANI A., *Disabile “detassato” con il trust*, in *Il Sole 24 ore* del 5 ottobre 2007;
- BUSANI A., *Doppio prelievo a sorpresa per i trust*, in *Il Sole 24 ore*, 31 gennaio 2007, pag. 5;
- BUSANI A., *Imposta di donazione su vincoli di destinazione e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, n. 369;
- CACCIAPUOTI E., *La società residente stabile organizzazione di una società non residente*, in *Rass. trib.*, 2007, pag. 1175;
- CAGNASSO O., *Azioni di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, II, Torino, 1987, pag. 127;
- CAMPOBASSO G. F., *Obbligazioni di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1994, pag. 280;
- CANTILLO M., *Il regime fiscale del trust dopo la Finanziaria 2007*, in *Rass. trib.*, 2007, pag. 1047;
- CAPO G., *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, pag. 501;
- CAPOLUPO S., *Il socio può contestare l'accertamento definitivo della società personale*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 5828;
- CAPOLUPO S., *Tassazione del reddito d'impresa con aliquota proporzionale*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 3811;
- CAPOLUPO S., *L'ampliamento del principio di trasparenza*, in *Il Fisco*, 2002, pag. 6956;

BIBLIOGRAFIA

- CAPOLUPO S., *Ancora sulla tassazione per trasparenza*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 465;
- CAPOLUPO S., *Tassazione per trasparenza: emanate le norme di attuazione*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 3299;
- CAPOLUPO S., *D.L. n. 223/2006: le modifiche alla disciplina delle perdite*, in *Il Fisco*, 2006, pag. 4752;
- CAPOLUPO S., *La soggettività passiva del trust ai fini delle imposte sui redditi*, in *Il Fisco*, 2006, pag. 4421;
- CAPOLUPO S., *La tassazione separata del reddito d'impresa*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3808;
- CAPOLUPO S., *Finanziaria 2007: società di investimento immobiliare quotate (SIIQ)*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 4665;
- CAPOZZI V., *Il consolidato mondiale*, in *La disciplina IRES dei gruppi di imprese*, di L. BUCCI, V. CAPOZZI, M. GALLUCCI, Milano, 2006, pag. 123;
- CARINCI A., *L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi*, Padova, 2003;
- CARINCI A., *L'accertamento nel regime di trasparenza delle società: responsabilità, garanzie e tutele per la società e per i soci*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 171;
- CARLI C. C., *Ora, anche in Italia il GEIE - L'ordinamento giuridico della Comunità europea ha il suo consorzio*, in *Il Fisco* 1991, pag. 5573;
- CARLO C., *Regimi di esenzione sui dividendi e sulle plusvalenze, credito d'imposta per le imposte assolate all'estero e partnerships non residenti: attuale regime e proposte di modifica*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2005, pag. 445;
- CARNEVALI U., *Gli effetti del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2004, pag. 627;
- CAROBELLO A., *Sul litisconsorzio necessario nel processo tributario: cause inscindibili e rapporti plurisoggettivi nell'analisi di giurisprudenza e dottrina*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 7035;
- CARPENTIERI L., *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997;

BILIOGRAFIA

- CARPENTIERI L., *Le prospettive evolutive dell'Ires: la participation exemption, Relazione al convegno "Contributi alla riforma dell'IRES"*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 371;
- CASALE G. U., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali secondo la bozza di decreto legislativo istitutivo dell'I.RE. e dell'I.RE.S.: verso il superamento della personalità giuridica?*, in *Boll. trib.*, 2003, pag. 1690;
- CASTALDI L., *Solidarietà tributaria*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 1;
- CASTALDI L., *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999;
- CASTALDI L., *Utili e ristorni: disciplina fiscale*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 19;
- CASTALDI L., *Art. 14 (Litisconsorzio e intervento)*, in *Il nuovo processo tributario – Commentario*, di T. BAGLIONE - S. MENCHINI - M. MICCINESI et al., Milano, 2004, pag. 173;
- CASTALDI L., *Soggettività tributaria*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, pag. 5612;
- CERIANI V., GIANNINI S., *La tassazione delle società nel contesto comunitario*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 1;
- CERIANI V., *Profili evolutivi dei rapporti tra tassazione delle società e dei soci*, , *Relazione al convegno "Contributi alla riforma dell'IRES"*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 366;
- CHIAMETTI G., *Tuir: responsabilità nella trasparenza*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 393;
- CICOGNANI A., *Reddito di R.M. accertato induttivamente a carico di società di capitali e imposta complementare*, in *Dir. prat. trib.*, 1959, pag. 6;
- CICOGNANI A., *Società (Diritto tributario)*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 2;
- CIPOLLA G. M., *Ritenuta alla fonte*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, pag. 1;
- CIPOLLA G. M., *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005;
- CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, pag. 23;

BIBLIOGRAFIA

- COCIVERA B., *Brevi considerazioni sull'acquisizione ad imposta complementare di redditi percepiti a titolo di partecipazione in società a tipo familiare o di comodo prima della chiusura dell'esercizio sociale*, in *Dir. prat. trib.*, 1963, pag. 354;
- CONTI R., *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Economia Pubblica*, 1990, pag. 625;
- CONTRINO A., *L'atto di trust fra presenta costituzione di "rendita" e rilevanza nel tributo successorio (nota a CTR Lombardia, Sez. staccata Brescia, 22 maggio 2007, n. 130)*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 2504;
- COPPA D., *Redditi prodotti in forma associata: motivazione "per relationem" ed effetti del giudicato (Cass., sent. 15 giugno 2007, n. 14011 e Cass., sent. 4 giugno 2007, n. 12997)*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 2596;
- CORAPI D., *Il Gruppo Europeo di Interesse Economico, in Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991;
- CORAPI D., *Joint venture (aspetti societari)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1993, pag. 76;
- CORASANITI G., *Note su trusts non residenti e beneficiari residenti*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, pag. 376;
- CORASANITI G., *Il Modello OCSE di convenzione bilaterale contro la doppia imposizione e i trusts*, in *Corso di diritto tributario internazionale, coordinato da V. Uckmar*, Padova, 2005, pag. 749;
- CORDEIRO GUERRA R., *La nuova disciplina in tema di controlled foreign companies*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 29;
- CORDEIRO GUERRA R., *Le imprese estere controllate e collegate*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 961;
- CORSI F., *La nuova s.p.a.: gli strumenti finanziari*, in *Giur. comm.*, 2003, pag. 415;
- CORVAJA M., *Brevi cenni sui profili fiscali e contabili connessi al regime della trasparenza*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 6893;
- CORVAJA M., *Le modifiche del regime della trasparenza stabilite dal "correttivo Ires"*, in *Il Fisco*, 2006, pag. 389;
- COSCIANI C., *Considerazioni sulla riforma dell'imposta sulle persone giuridiche con riferimento al credito di imposta*, in *Bancaria*, 1978, pag. 22;

BILIOGRAFIA

- COSCIANI C., *I problemi dell'imposizione delle persone giuridiche in una lettera di Einaudi*, in C. COSCIANI, *Scritti scelti di finanza pubblica*, Padova, 1983, pag. 947;
- COSCIANI C., *Scienza delle finanze*, Torino, 1991;
- CROXATTO G. C., *Redditi delle persone giuridiche (Imposta sui) (IRPEG)*, in *Noviss. Dig. it.*, App. VI, Torino, 1986, pag. 415;
- D'ABRUZZO G., *Il Consolidato nazionale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 109;
- D'AMATI N., *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in *Noviss. Dig. it.*, App. I, Torino, 1980, pag. 153;
- D'ASTA F., LANDI T., *Riflessioni sulla personalità giuridica delle società di capitali nell'ottica del regime di trasparenza fiscale*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 4871;
- DAMI F., *La trasparenza delle società di capitali: alcune riflessioni per un inquadramento sistematico*, in *Giur. imp.*, Rivista online consultabile su internet all'indirizzo: <http://www.giurisprudenzaimposte.it/>;
- DE LA CUEVA GONZÁLEZ, COTERA Á., PONS GASULLA E., *Spain – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati online consultabile su internet all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007;
- DE MASI M., *Legittimità costituzionale dell'art. 5 del Tuir*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 8794;
- DE MITA E., *La definizione giuridica dell'imposta di famiglia*, Napoli, 1965;
- DE MITA E., *Fisco e Costituzione*, Milano, 1984;
- DE MITA E., *Interesse fiscale e tutela del contribuente – Le garanzie costituzionali*, Milano, 1987;
- DE MITA E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2004;
- DE RENZIS SONNINO N. L., *Il trust ed i redditi dei beneficiari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 361;
- DEL FEDERICO L(uca), *Regime della trasparenza ai sensi dell'art. 116 del Tuir e possesso di partecipazioni in società con sede all'interno dell'Unione europea*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 3897;

BIBLIOGRAFIA

- DEL FEDERICO L(uca), *Regime fiscale delle società di investimento immobiliare quotate (SIIQ)*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 1682;
- DEL FEDERICO L., *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: i principi sostanziali del d.lgs. n. 472/1997*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, pag. 107;
- DEL FEDERICO L., *Violazioni e sanzioni in materia tributaria – I) Violazioni e sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2000, pag. 1;
- DEL FEDERICO L., *Il concorso di persone e la responsabilità dell'autore mediato*, in *Corr. trib.*, 2002, pag. 2938;
- DELLA VALLE E., *Presunzione di riparto di utili occulti nelle società a ristretta base azionaria*, in *Le Società*, 1991, pag. 826;
- DELLA VALLE E., *La soggettività delle partnerships nel modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sul reddito: la prospettiva italiana*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2003, pag. 753;
- DELLA VALLE E., *La stabile organizzazione*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 905;
- DELLA VALLE E., *Luci ed ombre della Circolare sui trust: le imposte sui redditi (nota a Circolare Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso n. 48/E/2007 e Risoluzione Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso n. 278/E/2007)*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 724;
- DEZZANI F., DEZZANI L., *Circolare n. 49/E del 22 Novembre 2004: la trasparenza fiscale. Attribuzione di utile o di perdite*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 19;
- DI GERONIMO A., *Compenso a socio amministratore di società di capitali a base ristretta (D.P.R. n. 917/1986, Art. 62). É applicabile l'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973?*, in *Rass. trib.*, 1994, pag. 73;
- DI PIETRO A., *La nuova disciplina dell'IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 121;
- DI SABATO F., *La società in accomandita semplice*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985, pag. 82;
- DI TANNO T., *Pex, le modifiche portano fuori rotta*, in *Il Sole 24 ore*, 3 novembre 2005;

BILIOGRAFIA

- DI TANNO T., *Sacrifici eccessivi per i capital gain*, in *Il Sole 24 ore*, 26 agosto 2005;
- DODERO A., *Nuovi chiarimenti sulla trasparenza fiscale*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 829;
- DOLFIN N., *Profili tributari del trattamento del gruppo europeo di interesse economico (Geie)*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, pag. 755;
- DOMINICI R., *Le innovazioni al regime delle CFC*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 365;
- DUS S., *Dividend washing, Corte di Cassazione e profili di illegittimità della tesi del SE.C.I.T. (nota a Cass., sent. 3 aprile 2000, n. 3979)*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 1267;
- DUS S., *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 4824;
- ESCALAR G., *Contributo allo studio della nozione di reddito di capitale*, in *Rass. trib.*, 1997, pag. 285;
- ESCALAR G., *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di "riforma dell'imposizione sul reddito delle società"*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1922;
- FADDA E., *Imposta complementare e reddito di società familiare*, in *Foro it.*, 1960, pag. 119;
- FALCONE G., *Art. 2545-sexies cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 73;
- FALSITTA G., *Accertamento di utili extrabilancio a carico di società familiari e loro tassazione in complementare nei confronti dei soci*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1962, pag. 185;
- FALSITTA G., *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d'impresa nell'ordinamento italiano*, in *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale (Atti del Convegno di S. Remo)*, Padova, 1981, pag. 109;
- FALSITTA G., *L'interposizione fittizia e il dribbling al fisco (nota a comm. I grado Napoli sez. I 20 dicembre 1993, n. 3230, comm. II grado Napoli sez. I 6 settembre 1994, n. 126)*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, pag. 522;
- FALSITTA G., *La riforma del sistema fiscale, la prematura nascita dell'Ires e la certezza del diritto*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi

BIBLIOGRAFIA

- italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 1;
- FALSITTA G., *Presupposto unitario plurisoggettivo, giusto riparto e litisconsorzio necessario nella solidarietà passiva tributaria (nota a Cass., SS.UU. n. 1052/2007)*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 174;
- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939;
- FALZEA A., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pag. 8;
- FANTOZZI A., *La solidarietà nel diritto tributario*, Torino, 1968;
- FANTOZZI A., *Operazioni imponibili, non imponibili ed esenti nel procedimento di applicazione dell'IVA*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, pag. 138;
- FANTOZZI A., *La solidarietà tributaria*, in *Trattato di diritto tributario – Il rapporto giuridico tributario*, diretto da A. AMATUCCI, II, Padova, 1994, pag. 453;
- FANTOZZI A., *Il Diritto tributario*, Torino, 2003;
- FANTOZZI A., *Postilla a G. Franson, Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 539;
- FANTOZZI A., *La nuova disciplina IRES: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004 pag. 489, nonché in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 167;
- FANTOZZI A., *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, a cura di F. PAPARELLA, Milano, 2006, pag. 17;
- FANTOZZI A., *Ipotesi di riforma: se non ora, quando?*, *Relazione al convegno "Contributi alla riforma dell'IRES"*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 348;
- FANTOZZI A., *Note sull'IRES – Testo dell'audizione tenuta avanti la Commissione Biasco*, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto sul sito *internet* del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento per le politiche fiscali al seguente indirizzo: http://www.finanze.gov.it/commissioneires/audizioni/audizione_prof_fantozzi.pdf, pag. 2.
- FANTOZZI A., SPOTO A., *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, pag. 685;

BILIOGRAFIA

- FEDELE A., *Profilo dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, 1966;
- FEDELE A., *Esenzioni ed esclusioni nella disciplina dell'IVA*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, pag. 147;
- FEDELE A., "Possesso" di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del "cumulo" (nota a c. cost. 15 luglio 1976, n. 179), in *Giur. cost.*, 1976, pag. 2159;
- FEDELE A., *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, pag. 549 nonché in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Roma – Milano, 1990, pag. 19;
- FEDELE A., *Il regime fiscale delle associazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, pag. 328;
- FEDELE A., *Visione di insieme della problematica interna*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 269;
- FEDELE A., *La direttiva "madre-figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in *Rass. trib.*, 2001, pag. 1256;
- FEDELE A. *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002, pag. 467;
- FEDELE A., *La nuova disciplina IRES: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 465, nonché in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 143;
- FEDELE A., *I rapporti fra società e soci*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, a cura di F. PAPARELLA, Milano, 2006, pag. 41;
- FERLAZZO NATOLI L., *Il fatto rilevante nel diritto tributario. Contributo allo studio del "presupposto di fatto del tributo"*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, pag. 439;
- FERRANTI G., *Imprese individuali e società personali: le novità della prossima Finanziaria*, in *Corr. Trib.*, 2000, pag. 3202;
- FERRANTI G., *Tassazione con aliquota proporzionale: i primi chiarimenti ministeriali*, in *Corr. trib.*, 2001, pag. 339;
- FERRANTI G., *Gli utili distribuiti da società nel regime della trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 434;

BIBLIOGRAFIA

- FERRARETTI P., PIAZZA M., *Novità in materia di trust: prime possibili interpretazioni pratiche. Imposte dirette e imposta di donazione*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 2438;
- FERRAU G., *Quando gli utili di una s.p.a. a base ristretta si presumono distribuiti ai soci*, in *Corr. trib.*, 1995, pag. 3354;
- FERRI G., *Società per azioni*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 1;
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006;
- FIACCOLA L., *GEIE: contabilità ed adempimenti fiscali*, in *Consulenza*, 1991, pag. 2955;
- FICARI V., *Indici di soggettività tributaria ed art. 87, comma secondo, tuir n. 917/1986 (nota a Comm. Centr., Sez. XI 26 gennaio 1994, n. 270)* in *Riv. dir. trib.*, 1994, pag. 469;
- FICARI V., *Il Trust nelle imposte dirette (Irpeg ed Irap): un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo*, in *Boll. trib.*, 2000, pag. 1529;
- FICARI V., *Ragioni economiche di una società professionale e rischio di interposizione fittizia nell'imposizione sul reddito*, in *Boll. trib.*, 2002, pag. 1525;
- FICARI V., *Gruppo di imprese e consolidato fiscale all'indomani della riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 1587;
- FICARI V., *L'imposizione "per trasparenza" delle "piccole" società di capitali*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 117;
- FICARI V., *La cessione delle partecipazioni e l'imposizione delle plusvalenze*, in *Boll. trib.*, 2005, pag. 1769;
- FICARI V., *Profili applicativi e questioni sistematiche dell'imposizione "per trasparenza" delle società di capitali*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 38;
- FICARI V., *L'evoluzione delle vicende processuali dei rapporti tra soci e società trasparenti*, in *Rass. trib.*, 2007, pag. 1132;
- FICHERA F., *Imposizione ed extrafiscalità*, Napoli, 1973;
- FICHERA F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992;

BILIOGRAFIA

- FILIPPI P., *Redditi prodotti in forma associata*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pag. 1;
- FIORENTINO S., *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Napoli, 2000;
- FIORENTINO S., *Stabile organizzazione, centro di attività stabile e “nozioni minime” in tema di soggetti passivi e soggettività tributaria*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 35;
- FLESSATI B., *L'accertamento unitario dei redditi prodotti dalla società di persone e dal socio*, in *Boll. trib.*, 2003, pag. 63;
- FONTANA C., *Tutela giuridica in materia di progetti di aiuti di Stato ed esenzioni in tema di tasse*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, pag. 158;
- FORCHINO A., *Associazione in partecipazione, joint venture corporations e associazione temporanea di imprese a confronto (nota a Cassazione civile, sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757)*, in *Corr. giur.*, 2002, pag. 85;
- FORMICA C., *Le novità della disciplina azionaria*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, pag. 161;
- FORST D. L., *The U.S. international tax treatment of partnerships: a policy-based approach*, in *Berkeley Journal of International Law*, 1996, pag. 239;
- FORTUNATO N., *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per una interpretazione sistematica*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 1868;
- FRANSONI G., *I criteri e principi direttivi della legge delega relativi ai soggetti passivi delle nuove imposte sui redditi (con particolare riferimento agli enti non commerciali)*, in *Rass. trib.*, 2002, pag. 2015;
- FRANSONI G., *La definizione dei soggetti passivi dell'imposta sui redditi e dell'imposta sulle società*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 49;
- FRANSONI G., *Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 515;
- FRANSONI G., *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 227;
- FREGNI M. C., *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998;

BIBLIOGRAFIA

- FREGNI M. C., *I dividendi*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 129;
- FRIGNANI A., *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE): passato, presente e futuro*, in *Riv. dir. ind.*, 1989, pag. 37;
- GAETA P., *Redditi finanziari del trustee residente all'estero*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, pag. 211;
- GAFFURI G., ALBERTINI F., *Costituzione del trust e trasferimento dei beni*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 301;
- GAFFURI G., *I redditi prodotti in forma associata*, in *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, coordinato da V. UCKMAR e G. MARONGIU, Padova, 1988, pag. 194;
- GAFFURI G., *Il consolidato fiscale mondiale*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 209;
- GAIANI L., *La trasparenza entra nei bilanci*, in *Il Sole-24 Ore* del 4 gennaio 2005.
- GALEOTTI FLORI M. A., *Il possesso del reddito nell'ordinamento dei tributi diretti*, Padova, 1983;
- GALGANO F., *Le società in genere – Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Milano, 2007, pag. 129;
- GALLI C., *Italy – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007;
- GALLO F., *L'imposta sulle assicurazioni*, Torino, 1970, pag. 205;
- GALLO F., *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1985, pag. 385;
- GALLO F., *Prime considerazioni sulla disciplina dei redditi di capitale nel nuovo T.U.*, in *Rass. trib.*, 1988, pag. 39;
- GALLO F., *La soggettività a fini Irpeg*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Roma – Milano, 1990, pag. 517;
- GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, pag. 1762;

BILIOGRAFIA

- GALLO F., *I soggetti del libro primo del codice civile e l'IRPEG: problematiche e possibili evoluzioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, pag. 345;
- GALLO F., *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 289;
- GALLO F., *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, in *Rass. trib.*, 1996, pag. 1043;
- GALLO F., *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 725;
- GALLO F., *Il ruolo dell'imposizione dal Trattato dell'Unione alla Costituzione europea*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1473;
- GALLO F., *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenza nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 2271;
- GALLO F., *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 39;
- GALLO F., *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 407;
- GALLO F., *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, Napoli 2006;
- GALLO F., *Le ragioni del fisco – Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007;
- GALLONE O., *Presunzione di distribuzione extra-bilancio di utili nelle società di capitali a ristretta base. In quale misura i maggiori utili accertati possono formare oggetto di tassazione in capo al socio*, in *Il Fisco*, 1995, pag. 5047;
- GARBARINO C., *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005;
- GARBARINO C., *Le plusvalenze esenti*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 179;
- GARBARINO C., *Rapporti dei perimetri di consolidamento fiscale con gli altri perimetri intragruppo*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 640;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003;
- GIACONIA M., *Riflessi IRES sui bilanci 2004*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 1151;
- GIANNINI A.D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956;

BIBLIOGRAFIA

- GIARDINA E., *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1962, pag. 269;
- GIORGI S., *La stabile organizzazione e la residenza fiscale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 1;
- GIOVANNINI A., *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996;
- GLENDI C., *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984;
- GLENDI C., *La nozione di reddito fiscale*, in V. UCKMAR – C. MAGNANI – G. MARONGIU, *Il reddito d'impresa nel nuovo Testo Unico*, Milano, 1988, pag. 125;
- GRANELLI A. E., *Sull'imputazione dei redditi prodotti in forma associata a seguito di modificazioni del rapporto sociale intervenute in corso d'esercizio*, in *Boll. trib.*, 1978, pag. 1552
- GREGGI M., *La Direttiva 2003/49/CE e il regime di tassazione degli interessi e delle royalties*, in *Rass. trib.*, 2004, pag. 505;
- GRILLI S., *Brevi note in tema di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni alle società di capitali trasparenti ai fini Ires (Commento a ris. Agenzia entrate 19 dicembre 2005, n. 171/E)*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, pag. 134;
- GROCLAUDE J., MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese: Le imposte – Le procedure*, traduzione a cura di E. DE MITA, Milano, 2006;
- GUFFANTI F., *Problemi aperti sul trust ai fini delle imposte sui redditi*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 1190;
- GUFFANTI F., *I redditi derivanti dai beni in trust*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 1611;
- GUFFANTI F., *I trust nelle imposte sui redditi alla luce delle indicazioni dell'Agenzia delle Entrate*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3332;
- GUFFANTI F., *Ris. 4 ottobre 2007, n. 278/E – Il Commento*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3456;
- GUSMEROLI M., *Participants in foreign transparent entity denied treaty benefits (the good, the bad and the ugly)*, in *European taxation*, 2006, pag. 588;
- HENDERSON M., *France – Individual taxation*, in *IBFD database – Country analyses*, banca dati on line consultabile su internet all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007;

BILIOGRAFIA

- HOLLAND D. M., *Some observations on full integration*, in *National Tax Journal*, 1975, pag. 353;
- IANNIELLO B., *Legge finanziaria per il 2001 – Il commento*, in *Le Società*, 2001, pag. 239;
- IZZO B., *Costo fiscale della partecipazione nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 918;
- IZZO B., *Le modifiche alla tassazione di gruppo*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3418;
- IZZO B., MIELE L., *La rideterminazione del reddito della società partecipata nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1783;
- IZZO B., MIELE L., *Ripporto delle perdite eccedenti e irrilevanza degli utili distribuiti nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1623;
- IZZO B., RUSSO V., *Modifiche al regime delle perdite ai fini IRPEF e IRES*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3487;
- KESSLER W., EICKE R., *Germany's Corporate tax reform – The road not taken*, in *Tax Notes Int'l*, 2007, pag. 1135;
- KESSLER W., EICKE R., *Germany's partnership tax regime: a response to U.S. Check-the-box Regs?*, in *Tax Notes Int'l*, 2007, pag. 587;
- LA CANDIA I., *Proposte di modifica al Commentario OCSE per la stabile organizzazione*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 199;
- LA COMMARA U., *La nozione di stabile organizzazione secondo l'OCSE e nella legislazione fiscale interna*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 447;
- LA ROSA S., *Esenzione*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, pag. 567;
- LA ROSA S., *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968;
- LA ROSA S., *Esenzioni ed agevolazioni tributarie*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, pag. 1;
- LA ROSA S., *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario – Il diritto tributario e le sue fonti*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, pag. 401;
- LAROMA JEZZI P., *I profili soggettivi dell'imposizione nella cartolarizzazione dei crediti, fra separazione patrimoniale e trust*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, pag. 293;

BIBLIOGRAFIA

- LAROMA JEZZI P., *Brevi note in tema di trasparenza fiscale e capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, pag. 901;
- LAROMA JEZZI P., *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, Milano, 2006;
- LEO M., *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Milano 2007;
- LIBONATI B., *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999;
- LIBURDI D., *Aspetti procedurali dell'opzione per trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1951;
- LIBURDI D., *Presunzione di distribuzione delle riserve e nuovi istituti IRES*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 2651;
- LOVECCHIO L., *Trasparenza con benefici in bilico*, in *Il Sole 24 ore* del 7 settembre 2005;
- LOVECCHIO L., *La nuova imposizione proporzionale sugli utili d'impresa dei soggetti IRPEF*, in *Boll. trib.*, 2008, pag. 108;
- LOVISOLO A., *Limiti alla presunzione di distribuzione di utili nelle società a ristretta base azionaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1971, pag. 550;
- LOVISOLO A., *Ancora a margine del concetto di stabile organizzazione, anche in riferimento alla riforma tributaria delle imposte dirette (nota a Comm. Trib. Centr., 23 febbraio 1972, n. 1848)*, in *Dir. prat. trib.*, 1973, pag. 292;
- LOVISOLO A., *Il sistema impositivo dei dividendi*, Padova, 1980;
- LOVISOLO A., *Profili fiscali del GEIE: prime considerazioni, (Relazione al convegno organizzato dall' IRI sul tema: "Il GEIE: Gruppo europeo di interesse economico", Roma, 12 ottobre 1989)*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, pag. 1171;
- LOVISOLO A., *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, pag. 1665;
- LOVISOLO A., *La "forza di attrazione" e la determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 69;
- LOVISOLO A., *La stabile organizzazione*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2005, pag. 439.

BILIOGRAFIA

- LOVISOLO A., *La stabile organizzazione nel nuovo modello OCSE*, in *Corr. trib.*, 2006, pag. 109;
- LUCARIELLO C., *Al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione gli effetti processuali del cosiddetto vincolo di consequenzialità necessaria fra il reddito della società di persone e i redditi dei singoli soci*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 3975;
- LUPI R., CONTRINO A., *Riforma IRES e trust: la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività "definitiva" del trust*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 579;
- LUPI R., COVINO E., *La soggettività tributaria del trust in ambito IRES: punti fermi ed interrogativi nella interpretazione dell'Agenzia delle Entrate*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005 pag. 1209;
- LUPI R., SEMINO G., STEVANATO D., *Trusts trasparenti e imputazione dei redditi ai beneficiari*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, pag. 1611;
- LUPI R., SEPIO G., *Tassazione per trasparenza delle società di capitale e soci non residenti*, *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 285;
- LUPI R., STEVANATO D., *Regime di trasparenza per i trust interni "non discrezionali"*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 1391;
- LUPI R., *Dichiarazioni di società personali: dalla Cassazione arriva un premio-infedeltà*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, pag. 321;
- LUPI R., *Contratti collegati e interposizione fittizia (nota a comm. I grado Napoli sez. I 20 dicembre 1993, n. 3230, comm. II grado Napoli sez. I 6 settembre 1994, n. 126)*, in *Rass. trib.*, 1995, pag. 2064;
- LUPI R., *La tassazione dei redditi del trust: il trustee*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 327;
- LUPI R., *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 1998, pag. 328;
- LUPI R., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano 2001;
- LUPI R., *Delega fiscale, redditi finanziari e redditi d'impresa: un'imposizione reale onerosa per i redditi elevati?*, in *Rass. trib.* 2003, pag. 107;
- LUPI R., *Corte di giustizia e dividendi esteri: un'imposizione surrettizia del sistema dell'esenzione?*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 1181;
- LUPI R., *Accordi di consolidamento tra diritto civile e diritto tributario*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pag. 1346;

BIBLIOGRAFIA

- LUPI R., *Diritto tributario - Parte speciale: I sistemi dei singoli tributi*, Milano, 2005;
- LUPI R., *La "pex" non ha bisogno di correzioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 agosto 2005;
- LUPI R., *Le operazioni straordinarie e l'elusione*, in *La riforma dell'imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 191;
- LUPOI M., *Trusts*, Milano, 1977;
- LUPOI M., *Osservazioni sui primi interpelli riguardanti trust*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 4342;
- LUPOI M., *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, pag. 333;
- LUPOI M., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2654-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, pag. 169;
- LUPOI M., *Imposte dirette e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 253;
- MACCAGNANI G., *Art. 14 (Litisconsorzio ed intervento) – Commento*, in *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, di C. CONSOLO - C. GLENDI, Padova, 2005, pag. 125;
- MACCARONE M., *Persone fisiche (Imposta sulle)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pag. 406;
- MAGNANI C., *I soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Dir. prat. trib.*, 1973, pag. 1148;
- MAISTO G., *Regime delle royalties corrisposte a imprese non residenti ed in particolare sulla inconfigurabilità della licenziataria – sussidiaria quale stabile organizzazione*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, pag. 17;
- MAISTO G., *Possibili criteri diretti per una revisione dell'Ires improntata alla competitività del sistema fiscale italiano*, *Relazione al convegno "Contributi alla riforma dell'IRES"*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 343;
- MANZITTI A., *La norma salva-plusvalenze non va toccata*, in *Il Sole 24 ore*, 23 luglio 2005;
- MANZITTI A., *Una "pex" limitata perde la sua utilità*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 settembre 2005;
- MANZONI I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965;

BILIOGRAFIA

- MARCHETTI F(rancesca), *L'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone - profili civilistici*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 391;
- MARCHETTI F., *Alcune riflessioni sulla nozione di reddito di capitale*, in *Rass. trib.*, 1990, pag. 781;
- MARCHETTI F., *Riordino del regime tributario dei redditi di capitale e diversi: un'ipotesi di disciplina normativa*, in *Rass. trib.*, 1994, pag. 1753;
- MARCHETTI F., *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1997;
- MARCHETTI F., *Incentivi fiscali per la ricerca e lo sviluppo*, in *Finanza Ricerca Sviluppo*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2006, pag. 447;
- MARCHETTI F., *Profili fiscali di fattispecie innovative in tema di OICR: il trattamento fiscale di un fondo comune chiuso che investa in opere d'arte*, in *Mondo Bancario*, 2007, pag. 7;
- MARCHETTI F., RASI F., *Finanziaria 2007: nuove disposizioni in materia di fiscalità dei "trust"*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 2007, pag. 31;
- MARCHETTI F., RASI F., *Finanziaria 2007: trattamento fiscale del "trust"*, in *Diritto e pratica delle Società*, 2007, pag. 82;
- MARELLO E., *Il regime di trasparenza*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 517;
- MARINO G., *Contributo allo studio dei rapporti di gruppo attraverso le relazioni di controllo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 545;
- MARINO T. M., *Le società di capitali a base azionaria ristretta o familiare e la presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori ricavi accertati (Nota a Comm. Prov. Reggio Emilia sez. VII 1 dicembre 1997, n. 284)*, in *Boll trib.*, 1998, pag. 623;
- MARONGIU G., *Presunzione di integrale distribuzione del reddito delle società di persone e prova contraria*, in *Boll. trib.*, 1965, pag. 34;
- MARONGIU G., *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, pag. 10;
- MARONGIU G., *La nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie, Relazione al convegno organizzato dall'Università di Roma Tor Vergata sul tema: "La riforma delle sanzioni tributarie"*, Roma, 15 gennaio 1998, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pag. 279;
- MARONGIU P., *L'istituto del consolidato fiscale nell'esperienza tedesca dell'Organschaft*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 193;

BIBLIOGRAFIA

- MARONGIU P., *Il concetto di stabile organizzazione nel nuovo Testo Unico*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 227;
- MASTROBERTI A., *Non sempre al beneficiario (individuato) i redditi del trust*, in *Pratica fiscale e professionale*, 2007, n. 42, pag. 17;
- MASTROGIACOMO E., *Società di persone e reati tributari*, in *Impresa c.i.*, 2001, pag. 1010;
- MASTROGIACOMO E., *Osservazioni sul “protocollo di intesa” di Treno sui nuovi reati tributari*, in *Il Fisco*, 2002, pag. 1830;
- MASTROGIACOMO E., *Il principio di trasparenza e i delitti in dichiarazione*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 4254;
- MAYR S., *Redditi di partecipazione in una società di persone estera*, in *Corr. trib.*, 1990, pag. 1301;
- MAYR S., *Società di persone: reddito imputato ai soci residenti in paesi con trattato*, in *Corr. trib.*, 1991, pag. 1096;
- MAYR S., *Il GEIE: prime considerazioni sugli aspetti fiscali italiani*, in *Corr. trib.*, 1991, pag. 2438;
- MAYR S., *Il modello tedesco ora fa scuola*, in *Il Sole 24 ore*, 17 settembre 2007;
- MAYR S., *La riforma fiscale in Germania per le imprese*, in *Boll. trib.*, 2007, pag. 1429;
- McLURE Jr C. E. , *Integration of the Personal and Corporate Income Taxes: the Missing Element in Recent Tax Reform Proposals*, in *Harvard Law Review*, 1975, pag. 532;
- MELIS G., *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 1151;
- MELIS G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003;
- MELIS G., *Profili sistematici del “trasferimento” di residenza fiscale delle società*, in *Dir. prat. trib. int.le*, 2004, pag. 13;
- MELIS G., *Le modifiche al regime della c.d. “participation exemption” a seguito della L. n. 248/05: “coerenza” o “capriccio” del legislatore fiscale?*, in

BILIOGRAFIA

- AA.VV., *Annali dell'Università degli Studi del Molise - Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione*, Napoli, 2006, pag. 253;
- MELIS G., *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, in *Enc. Dir., Annali I*, Milano, 2007, pag. 394;
- MENCARELLI S., *Diritto civile e diritto tributario nella disciplina del presupposto dell'imposta comunale sugli immobili*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 399;
- MENTI F., *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, in *Boll. trib.*, 2004, pag. 245;
- MENTI F., *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, pag. 421;
- MERCATALI A., *Accertamento di maggiori redditi in capo a società di persone: efficacia ed effetti processuali e sostanziali nei confronti del reddito da partecipazione dei soci*, in *Boll. trib.*, 2004, pag. 1295;
- MERONE C., STEVANATO D., *La responsabilità dei soci nel regime di trasparenza di cui agli articoli 115 e 116 del T.U.I.R.*, in *Dialoghi dir.trib.*, 2005, pag. 59;
- MEZZETTI C., *La trasparenza "pesa" i tributi*, in *Il Sole-24 Ore* del 10 dicembre 2004;
- MICCINESI M., *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 1990;
- MICCINESI M., *Solidarietà nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, pag. 446;
- MICHELI G. A., *Imposta complementare sui dividendi e società familiari*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, pag. 22;
- MICHELI G. A., *Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria*, in *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale (Atti del Convegno di S. Remo)*, Padova, 1981, pag. 45;
- MICHELI G. A., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989;
- MICHELI G. A., *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Opere minori di diritto tributario*, I, Milano, 1982, pag. 331;
- MICHELI G. A., TREMONTI G., *Obbligazioni (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pag. 409;

BIBLIOGRAFIA

- MICHELUTTI R., *Modifiche alla disciplina del consolidato fiscale nazionale*, in *corr. trib.*, 2008, pag. 277;
- MIELE L., *Regime di trasparenza fiscale e soci esteri*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 259;
- MIELE L., *Perdite in primo piano nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 503;
- MIELE L., *Tassazione dei redditi nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 655;
- MIELE L., *Il Legislatore “corregge” il regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2005, pag. 1479;
- MIELE L., *Riduzione dell'aliquota IRES, ampliamento della base imponibile e semplificazione degli adempimenti*, in *Corr. Trib.*, 2007, pag. 3223;
- MOHAMED S., *European Community Law on the free movement of capital and the EMU*, L'Aja – Londra – Boston, 1999, pag. 217;
- MOHAMED S., *Recent case law in the field of free movement of capital*, in *European Business Law Review*, 2001, pag. 263;
- MONGIELLO A., *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1994;
- MONTAGNANI C., *Art. 2522 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 73;
- MONTI A., *La responsabilità dei liquidatori, amministratori e soci prevista dall'art. 36 D.P.R. 602/1973: gli aspetti sostanziali dell'istituto*, in *Rass. trib.*, 1986, pag. 47;
- MORSE G., *Partnership law*, Oxford University Press, Oxford, 2006;
- MOSCHETTI F., *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973;
- MOSCHETTI F., *Agevolazioni fiscali: II. problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, pag. 73;
- MOSCHETTI F., *Capacità contributiva*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pag. 12;
- MOSCHETTI F., *Profili generali*, in *La capacità contributiva*, a cura di F. MOSCHETTI, Padova, 1993, pag. 3;

BILIOGRAFIA

- MOSCHETTI F., *Profili generali*, in *Trattato di diritto tributario – Il diritto tributario e le sue fonti*, diretto da A. AMATUCCI, I, Padova, 1994, pag. 225;
- MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale – parte generale e contratti*, Torino, 2004;
- MUFFATO R., *La presunzione di distribuzione di utili occulti nel caso di rettifiche a società di capitali a base ristretta o familiare*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, pag. 342;
- NAPOLITANO F., *Il maggior reddito accertato alla società non significa distribuzione di utili*, in *Corr. trib.*, 1994, pag. 2435;
- NOTARI M., *L'attuazione in Italia del Regolamento CEE sul gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in *Riv. soc.*, 1991, pag. 1906;
- NOVELLI A., *Aspetti fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (G.E.I.E.) alla luce del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240: prime considerazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, pag. 992;
- NUSSI M., *Spunti per una rimeditazione della disciplina impositiva reddituale delle società di persone*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, pag. 731;
- NUSSI M., *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996;
- NUSSI M., *L'imputazione del reddito tra soggetto interposto ed effettivo possessore: profili procedurali*, in *Rass. trib.*, 1998, pag. 735;
- NUSSI M., *La solidarietà dipendente derivante da fonte civilistica: problemi procedurali e di giurisdizione (Nota a Comm. Prov. Treviso, sez. VII, 4 maggio 1999, n. 387)*, in *Rass. trib.*, 1999, pag. 1559;
- NUZZO E., *Modelli ricostruttivi nella forma del tributo*, Padova, 1987;
- NUZZO E., *Il dividend washing tra la cessione temporanea di titoli azionari e dell'usufrutto su azioni (nota a Cass., sent. 3 aprile 2000, n. 3979)*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 921;
- NUZZO M., *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, in *Rass. trib.*, 1999, pag. 1833;
- ODETTO G., *La correzione degli errori materiali contenuti nel modello di comunicazione dell'opzione per la trasparenza fiscale*, in *Pratica fiscale e professionale*, 2007, n. 27, pag. 13;

BIBLIOGRAFIA

- PACE A., *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico*, in *Boll. Trib.*, 2004, pag. 485;
- PACE A., *I mutamenti della compagine sociale non modificano la tassazione per trasparenza (nota a Cass., 16 dicembre 2003, n. 19238)*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1089;
- PACITTO P., *D.lg. 23 luglio 1991, n. 240 - Applicazione del Regolamento n. 85/2137/CEE relativo all' istituzione di un Gruppo europeo d' interesse economico - GEIE, ai sensi dell' art. 17 l. 29 dicembre 1990, n. 428. Commento degli artt. 11 (Imposte dirette) e 12 (Imposte indirette)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1992, pag. 1083;
- PACITTO P., *Aspetti fiscali dei nuovi strumenti finanziari partecipativi, in Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 289;
- PACITTO P., *I patti di consolidamento*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 673;
- PALADINI G., *Appunti sulla soggettività passiva d'imposta del trust*, in corso di pubblicazione, dattiloscritto per gentile concessione dell'Autore;
- PALCIOS J., BORRELLO V., *Spain – 2003 Direct taxation reform*, in *European taxation*, 2003, pag. 58;
- PANZERI M. C., *La riforma della tassazione del risparmio: criteri di delega ed effetti sul sistema della finanza*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, pag. 675;
- PAOLUCCI L. F., *ConSORZI e società consortili nel diritto commerciale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, III, Torino, 1988, pag. 433;
- PAPARELLA F., *La presunzione di distribuzione degli utili nelle società di capitali a ristretta base sociale*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, pag. 453;
- PAPARELLA F., *Trusts e destinazione dei beni a finalità extraimprenditoriali*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 327;
- PAPARELLA F., *Possesso di redditi ed interposizione fittizia: contributo allo studio dell'elemento soggettivo nella fattispecie imponibile*, Milano, 2000;
- PAPARELLA F., *Primi punti fermi della Cassazione sull'art. 37, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973 (nota a Cass., sent. 3 aprile 2000, n. 3979)*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 1273;
- PAPARELLA F., *Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona*, in *Boll. Trib.*, 2002, pag. 485;

BILIOGRAFIA

- PAPARELLA F., *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in A. FANTOZZI, *Il Diritto tributario*, Torino, 2003, pag. 776;
- PAPARELLA F., *Considerazioni in tema di disciplina dei trusts nel sistema delle imposte sui redditi delineato dalla legge delega di riforma dell'ordinamento tributario n. 80 del 7 aprile 2003 e le prospettive di riforma*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 107;
- PAPARELLA F., *Considerazioni in tema di disciplina dei trusts nel sistema delle imposte sui redditi delineato dalla legge delega di riforma dell'ordinamento tributario n. 80 del 7 aprile 2003 e le prospettive di riforma*, in *Boll. Trib.*, 2003, pag. 1683;
- PAPARELLA F., *L'utilizzo di una s.a.s. nell'esercizio dell'attività professionale tra fattispecie elusive e richiami normativi all'interposizione fittizia di persone*, in *Boll. trib.*, 2005, pag. 507;
- PARISOTTO R., LO PRESTI A., *Società di investimento immobiliari quotate (SIIQ): fiscalità dei conferimenti e delle distribuzioni di utili*, in *Il Fisco*, 2007, pag. 5171;
- PARLATO A., *Il responsabile d'imposta*, Milano, 1963;
- PARLATO A., *Leggi e norme nel diritto tributario*, relazione presentata al convegno di Studio "L'attualità dei principi nel diritto tributario – Giornate di Studi per Antonio Berliri (1987 - 2007)", Bologna 14 – 15 dicembre 2007, dattiloscritto;
- PATRONI GRIFFI U., *Le azioni correlate*, Napoli 2005;
- PENNELLA N., *Nota a Cass., Sez. unite civili, 18 gennaio 2007, n.1052 – Finanze c. D.*, in *Giur. imp.*, rivista online consultabile su internet all'indirizzo: www.giurisprudenzaimposte.it/;
- PEREZ DE AYALA J. L., *La soggettività tributaria*, in *Trattato di diritto tributario - Il rapporto giuridico tributario*, diretto da A. AMATUCCI, II, Padova, 1994, pag. 371;
- PERRONE L., *Il cumulo dei redditi familiari: costituzionalmente illegittimo o soltanto iniquo?*, in *Giur. cost.*, 1976, pag. 2188;
- PERRONE L., *Consorzi e società consortili nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, III, Torino, 1988, pag. 448;
- PERRONE L., *L'imposizione del reddito delle società e degli enti non residenti (dal decreto delegato Irpeg al testo unico delle imposte sui redditi)*, in *Rass. trib.*, 1989, pag. 495;

BIBLIOGRAFIA

- PERRONE L., *La residenza del trust*, in *Rass. trib.* 1999, pag. 1601;
- PERUGINO S., *Gli strumenti finanziari alla luce della riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, pag. 941;
- PESCATORE S., *L'impresa societaria a base capitalistica – Conferimenti e titoli azionari*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 250;
- PESSINA C., PITTALUGA L., *Il trust interno nelle imposte dirette*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 6242;
- PETRELLA G., GRASSANO M., *Il regime fiscale del GEIE*, in *Massimario delle Commissioni Tributarie Milanese*, 1999, pag. 6;
- PETRICCIONE R. M., *Gruppi di società*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pag. 431;
- PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano 2004;
- PICCONI FERRAROTTI P., *Sull'applicabilità dell'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973 al cosiddetto dividend washing (nota a Cass., sent. 3 aprile 2000, n. 3979)*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 933;
- PIETROBON A., *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, pag. 61;
- PICCARDO A., *Ancora in tema di presunzione di distribuzione ai soci di maggiori utili accertati a carico di una società di capitali a ristretta base azionaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pag. 26;
- PIGNATONE R., *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, in *Dir. prat. trib.*, 1982, pag. 631;
- PINO C., *L'accertamento societario legittima la presunzione di distribuzione ai soci?*, in *Giur. trib.*, 1994, pag. 1207;
- PISONI P., BAVA F., BUSSO D., *Fiscalità differita e trasparenza fiscale: scritture contabili e informativa di bilancio*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 2838;
- PISONI P., BAVA F., BUSSO D., *La trasparenza fiscale per le S.r.l. a ristretta base azionaria partecipate da persone fisiche*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 6614;
- PISONI P., BAVA F., BUSSO D., *La trasparenza fiscale tra società di capitali: norme, disposizioni applicative, modulistica ed iscrizione in bilancio*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 6453;

BILIOGRAFIA

- PISTONE A., *L'ordinamento tributario – Lezioni di diritto tributario*, I, Padova, 1986;
- PISTONE P., *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pag. 582;
- PISTONE P., *Il credito per le imposte estere ed il diritto comunitario: la Corte di giustizia non convince*, (Nota a CGCE 12 maggio 1998 (causa C-336/96); CGCE 14 settembre 1998 (causa C-291/97)), in *Riv. dir. trib.* 2000, pag. 76;
- PISTONE P., *The impact of European law on the relations with third countries in the field of direct taxation*, in *Intertax*, 2006, pag. 234;
- PISTONE P., *Profili internazionali e comunitari*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 75;
- POGGIOLI M., *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all'art. 115 t.u.i.r.: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, pag. 47;
- POLANO M., *Norme di agevolazione tributaria ed interpretazione*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, pag. 722;
- POLLARI N., GRAZIANO G., *Principi, criteri e forme della responsabilità in materia di sanzioni tributarie non penali dopo le ultime modifiche del decreto correttivo n. 203/1998*, in *Il Fisco*, 1998, pag. 9774;
- PORCARO G., *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno: profili costituzionali, interpretativi e procedurali*, Padova, 2001;
- POTITO E., *Il sistema delle imposte dirette*, Milano, 1989;
- POTITO E., *Soggetto passivo di imposta*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pag. 1226;
- PUOTI G., *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, IV, 1994, pag. 5;
- PUOTI G., *La tassazione dei redditi del trust*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 321;
- PUOTI M. B., *Profili fiscali del Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)*, in *Rass. trib.*, 1992, pag. 43;
- PURI P., *Gruppo europeo di interesse economico (GEIE), II) Diritto tributario*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1994, pag. 1;

BIBLIOGRAFIA

- RACUGNO G., *La società cooperativa*, in *Trattato Diritto Commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2006, pag. 97;
- RASCIO R., *Gli enti*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2004, pag. 130;
- RASI F., *Modelli di tassazione di gruppo*, materiale presentato in occasione del incontro “Modelli di tassazione delle società nell’Europa Allargata – presentazione ricerca CERADI, 2007, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, sul sito *internet* Archivio CERADI – Rivista online a cura del Centro di Ricerca per il Diritto dell’impresa - Luiss G. Carli: al seguente indirizzo: http://www.archivioceradi.luiss.it/20071124_orvieto/files/Rasi.pdf;
- RIENSTRA J. G., *United States – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country surveys*, banca dati *on line* consultabile su *internet* all’indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007;
- RINALDI R., *Profili soggettivi della piccola impresa, con particolare riguardo all'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, pag. 1841;
- RINALDI R., *Alcune considerazioni in tema di “riordino della tassazione dei redditi di capitale”*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1999, pag. 65;
- RINALDI R., *Ancora sulla responsabilità solidale del coniuge codichiarante*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1583;
- RINALDI R., *Alcune considerazioni in tema di impresa minore nell'imposta sul reddito (tra norme vigenti e prospettive di riforma)*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 515;
- ROBERTO F., *Le sanzioni nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1874;
- ROLLE G., *La nuova disciplina comunitaria di dividendi, interessi e royalties infragruppo e le interferenze con la riforma fiscale*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 405;
- ROMANO M., *Ricavi neri, costi inesistenti e presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, in *Il Fisco*, 1991, pag. 2053;
- ROSSI A., *D.lg. 23 luglio 1991, n. 240 - Applicazione del Regolamento n. 85/2137/CEE relativo all' istituzione di un Gruppo europeo d'interesse economico - GEIE, ai sensi dell' art. 17 l. 29 dicembre 1990, n. 428. Commento all' art. 1 (Ambito di applicazione)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1992, pag. 1017;

BILIOGRAFIA

- ROSSI A., *Mutualità e ristorni nelle banche di credito cooperativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pag. 507;
- ROSSI A., *Accertamento nei confronti della società a base personale e rettifica del reddito da partecipazione. Profili processuali*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 6281;
- ROSSI C., *Riforma fiscale: la trasparenza “minore” delle S.r.l. e cooperative. Le problematiche connesse all’accesso ed al mantenimento del regime di trasparenza. La valenza dei ricavi “effettivi” secondo la circolare n. 10/E del 2005*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 5986;
- ROSSI L., VILLA G., *La tassazione per trasparenza della s.r.l. nella riforma fiscale*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2003, pag. 439;
- ROSSI M., *Società a ristretta base azionaria e presunzione di distribuzione di utili ai soci, in relazione al problema dell’elusione fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, pag. 546;
- ROSSI M., *L’applicazione dei trattati fiscali alle “partnerships” e agli enti ibridi*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2005, pag. 271;
- ROSSI MACCANICO P., *Riforma del sistema fiscale statale: prospettive della tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 3047;
- RUSSO P., *Diritto e processo nella teoria dell’obbligazione tributaria*, Milano, 1969, pag. 389;
- RUSSO P., *Processo tributario*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, pag. 755;
- RUSSO P., *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Milano, 2002;
- RUSSO P., *I soggetti attivi nei delitti dichiarativi*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 5072;
- RUSSO P., *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato e poteri del giudice nazionale*, in *Rass. trib.* 2003, pag. 330, nonché in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, pag. 225;
- RUSSO P., *I soggetti passivi dell’IRES e la determinazione del reddito imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 313, nonché in *La riforma dell’imposta sulle società*, a cura di P. RUSSO, Torino, 2005, pag. 61;
- RUSSO P., *Manuale di diritto tributario – Il processo tributario*, Milano, 2005;
- RUSSO R., *Partnerships and other hybrid entities and the EC corporate direct tax directives*, in *European taxation*, 2006, pag. 478;

BIBLIOGRAFIA

- RUSSO R., DE NIGRIS A., *Ruling on the taxation of incombe derived by Italian flow-through entities*, in *European taxation*, 2006, pag. 399.
- RUSSO R., PEDRAZZINI E., *The only way out is the way through: taxation of partnerships in Italy*, in *European taxation*, 2005, pag. 138;
- SACCHETTO C. *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia*, diretto da A. AMATUCCI, IV, Padova, 1994, pag. 61;
- SACCHETTO C., *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in *Diritto internazionale tributario*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 2005, pag. 43;
- SACCO R., *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pag. 491;
- SALAFIA V., *Conclusioni*, (*Il Gruppo europeo di interesse economico - tavola rotonda*), in *Le Società*, 1990, pag. 183;
- SALVATI A., *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004;
- SALVINI L., *I trasferimenti degli interessi ai beneficiari*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1996, pag. 337;
- SALVINI L., *Rivalsa nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, pag. 30;
- SALVINI L., *I ristorni nelle società cooperative: note sulla natura civilistica e sul regime fiscale*, in *Rass. trib.*, 2002, pag. 1903;
- SALVINI L., *Il regime fiscale delle cooperative nell'articolato della "Commissione Gallo"*, in *Il Fisco.*, 2003, pag. 6981;
- SALVINI L., *La tassazione per trasparenza*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1504;
- SALVINI L., *La riforma del diritto societario: le implicazioni fiscali per le cooperative*, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 839;
- SALVINI L., *La disciplina fiscale delle società cooperative dopo la riforma del diritto societario*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 341;
- SALVINI L., *L'elusione IVA nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Corr. trib.*, 2006, pag. 3097;

BILIOGRAFIA

- SAMMARTINO S., *I principi generali relativi al reddito d'impresa*, in A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, *L'I.Re.S. due anni dopo: considerazioni, critiche e proposte – libro bianco*, Milano, 2005, pag. 29;
- SANTORO A., *Profili economici*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 51;
- SARALE M., *Articolo 2411*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, pag. 1255;
- SCHAFFNER J., *The OECD Report on the application of tax treaties to partnerships*, in *Bulletin*, 2000, pag. 218;
- SCHIAVOLIN R., *Il collegamento soggettivo*, in *La capacità contributiva*, a cura di F. MOSCHETTI, Padova, 1993, pag. 69;
- SCHIAVOLIN R., *I soggetti passivi – Profili generali e territorialità dell'imposta*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 49;
- SCHIAVOLIN R., *I soggetti passivi – Redditi prodotti in forma associata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 124;
- SCHIAVOLIN R., *Natura del tributo: funzioni e caratteri generali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone giuridiche e Imposta locale sui redditi*, a cura di F. TESAURO, Torino, 1996, pag. 3;
- SCHIAVOLIN R., *I soggetti passivi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone giuridiche e Imposta locale sui redditi*, a cura di F. TESAURO, Torino, 1996, pag. 35;
- SCREPANTI S., *Trust e imposizione indiretta: i possibili riflessi di alcuni recenti interventi normativi e orientamenti ministeriali*, in *Il Fisco*, 2001, pag. 4926;
- SCREPANTI S., *Considerazioni in tema di responsabilità penale nel consolidato fiscale*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 522;
- SEER R., AHRENS S., *An overview of recent tax reform plans in Germany*, in *European taxation*, 2005, pag. 500;
- SELICATO P., *L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milano, 2001;

BIBLIOGRAFIA

- SELICATO P., *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione e lo sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. trib. int.le*, 2004, pag. 399;
- SELICATO P., *Estensione alle società collegate delle norme antielusive in materia di imprese estere controllate: si riducono le possibilità di disapplicazione*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 125;
- SEMINO G., *Trust “nudo” e trasparenza fiscale*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 1924;
- SEMINO G., *“Trust” liberali e “trust” commerciali*, in *Corr. trib.*, 2006, pag. 314;
- SEMINO G., *Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 44;
- SETTEMBRE D., LOSCIALPO L., *La disciplina dell'accertamento e della responsabilità della società partecipata e dei soci nell'ambito del regime di trasparenza delle società di capitali: spunti di riflessione*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 835;
- SGREVA P., *La trasparenza fiscale intersocietaria: il nuovo testo unico*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 1616;
- SGREVA P., *Alcune considerazioni sulla trasparenza fiscale intersocietaria*, in *Il Fisco*, 2005, pag. 1959;
- SNEL F. P. J., LUCAS MAS C., *The classification of partnerships for tax purposes: a comparative analysis*, in *European taxation*, 2003, pag. 367;
- SOZZA G., *Dividendi esteri percepiti da persone fisiche. Novità dalla Riforma*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 17553;
- SPAGNOLO G., *Diritto penale tributario*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998, pag. 715;
- SPOTO A., *Aspetti tributari degli accordi di cooperazione tra imprese indipendenti (le joint ventures)*, in *Riv. dir. trib.*, 1993 pag. 593;
- SQUEO F., *L'imposizione diretta dei trust in Italia: un orizzonte da definire*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pag. 369;
- STAGNO D'ALCONTRES A., *Articolo 2351*, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. PICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, pag. 301;

BILIOGRAFIA

- STAHL K., *Free movement of capital between member states and third countries*, in *EC Tax Review*, pag. 48;
- STANCATI G., *Il consolidato mondiale*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, opera diretta da F. TESAURO, Bologna, 2007, pag. 879;
- STEVANATO D., *Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti"*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1707;
- STEVANATO D., *La presunzione di distribuzione ai soci del maggior reddito societario (nota a Cass., 29 dicembre 2003, n. 19803)*, in *Corr. trib.*, 2004, pag. 1009;
- STEVANATO D., *Società "trasparenti" e responsabilità solidale tra norme espresse e principi di sistema*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, pag. 63;
- STEVANATO D., *Tassazione delle "partnership" e libertà di stabilimento (nota a Corte di giustizia UE, 6 dicembre 2007, causa C-298/05)*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 291;
- STEVANATO D., *L'efficacia dei controlli fiscali giustifica le restrizioni ai movimenti di capitali con Paesi terzi (nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C-101/05, Skatteverket e A.)*, in *Corr. trib.*, 2008, pag. 556;
- STRAMIGNONI U. I. A., *Il Geie: qualificazione giuridica e disciplina fiscale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, pag. 884;
- SZUDOCZKY R., *Hungary – Corporate taxation*, in *IBFD database – Country surveys*, banca dati on line consultabile su internet all'indirizzo: www.ibfd.org, aggiornamento 2007;
- TABELLINI P. M., *Persone giuridiche (Imposta sulle)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pag. 473;
- TABELLINI P. M., *Gruppi di società nel diritto tributario*, *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pag. 440;
- TABET G., MINERVINI V., *Utile civilistico e reddito di impresa*, in *Il reddito di impresa*, a cura di G. TABET, Padova, 1997, pag. 45;
- TEDESCHI G. A., TORNO G., *GEIE, Gruppo europeo di interesse economico, diritto e fiscalità del primo strumento associativo comunitario*, Milano, 1991;
- TERRA B. J. M., WATTEL P. J., *European tax law*, Kluwer law international, L'Aja, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- TERZANI E., *La tassazione per trasparenza nel nuovo Tuir: spunti critici*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 7861;
- TESAURO F., *La responsabilità fiscale dei liquidatori*, in *Giur. comm.*, 1977, pag. 428;
- TESAURO F., *L'accertamento unitario dei redditi delle società di persone*, in *Boll. trib.*, 1979, pag. 437;
- TESAURO F., *Le presunzioni nel processo tributario*, in *Le presunzioni in materia tributaria*, a cura di A. E. GRANELLI, Rimini, 1987, pag. 39;
- TESAURO F., *Prova (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, pag. 882;
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario – Parte generale*, Torino, 2003;
- TINELLI G., *Il reddito d'impresa nel diritto tributario. Principi generali*, Milano, 1991;
- TINELLI G., *Presunzioni – II) Diritto tributario*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, pag. 1;
- TINELLI G., *L'accertamento sintetico del reddito complessivo nel sistema dell'Irpef*, Padova, 1993;
- TINELLI G., PARISI F., *Società nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, pag. 317;
- TONELLI E., *Art. 2511 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 10;
- TONELLI E., *Art. 2512 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 24;
- TONELLI E., *Art. 2514 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 38;
- TONELLI E., *Art. 2519 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 54;
- TONELLI E., *Art. 2526 cod. civ. – Commento*, in *La riforma delle società – società cooperativa – artt- 2511 – 2548 cod. civ.*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, pag. 89;

BILIOGRAFIA

- TONELLI E., *Delle società cooperative*, in G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006, pag. 593;
- TOSI L., *La nozione di reddito – Il possesso di reddito*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – Imposta sul reddito delle persone fisiche*, a cura di F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 45;
- TREMONTI G., *Ancora sull'accertamento "unitario" dei redditi delle società di persone*, in *Dir. prat. trib.*, 1979, pag. 883;
- TREMONTI G., *Strumenti giuridici utilizzati e utilizzabili*, in *La crisi dell'imposizione progressiva sul reddito*, a cura di E. GERELLI e R. VALIANI, Milano, 1982, pag. 239;
- TREVISANI A., *La tassazione proporzionale del reddito d'impresa per ditte individuali e società di persone*, in *Corr. trib.*, 2007, pag. 3475;
- TURRI G., *Riforma fiscale: disciplina del consolidato mondiale*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, pag. 95;
- UCKMAR V., *Il regime impositivo delle società – La società a ristretta base proprietaria*, Padova, 1966;
- UCKMAR V., *Partnership and joint enterprises in international tax law – Report per l'Italia – Congresso IFA di Losanna*, in *Cahiers de droit fiscal international*, LVIIIb, Kluwer, The Netherlands, 1973, pag. 201;
- URICCHIO A., *I redditi prodotti in forma associata e le società senza impresa*, in *Dir. prat. trib.*, 1990, pag. 271;
- VACCÀ C., *Joint - venture (aspetti contrattuali)*, in *Dig. disc. priv., sez., comm.*, VIII, Torino, 1993, pag. 55;
- VACCA I., *Evoluzione della riforma IRES: considerazioni generali*, *Relazione al convegno "Contributi alla riforma dell'IRES"*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, pag. 353;
- VALENTE P., VALENTE G., *Consolidato e trasparenza*, Milano, 2005;
- VASAPOLLI G., VASAPOLLI A., *Come correggere l'opzione per la trasparenza fiscale (commento a Ris. 21 giugno 2007, n. 142/E)* in *Corr. trib.*, 2007, pag. 2544;
- VISENTINI B., *Azioni di società*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, pag. 967;
- VISENTINI G., *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1999, pag. 89;

BIBLIOGRAFIA

- VISENTINI G., *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006;
- VISENTINI G., MARCHETTI F., MELIS G., *L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma*. Testo dell'audizione informale presso il Senato della Repubblica, VI Commissione Finanze e Tesoro, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, sul sito *internet* Archivio CERADI – Rivista online a cura del Centro di Ricerca per il Diritto dell'impresa - Luiss G. Carli: al seguente indirizzo: <http://www.archivioceradi.luiss.it/fiscoeimpresa/index.php?catid=40>;
- VOCCA D., *La imputazione del reddito per trasparenza: analisi di alcune problematiche, con particolare riferimento al socio non residente*, in *Il Fisco*, 2004, pag. 1293;
- VOGLINO A., *La presunzione di distribuzione degli utili non contabilizzati accertati a carico delle società di capitali a ristretta base familiare od azionaria (Nota a Cass. sez. I civ. 11 dicembre 1990, n. 11785)*, in *Boll. trib.*, 1991, pag. 468;
- VOGLINO A., *Ancora sulla presunzione di distribuzione degli utili non contabilizzati nelle società a ristretta base familiare od azionaria (Nota a Comm. Centr. sez. VII 27 ottobre 1990, n. 7027)*, in *Boll. trib.*, 1991, pag. 1035;
- VOGLINO A., *Ancora su alcuni persistenti "luoghi comuni" in tema di presunzione di distribuzione degli utili non contabilizzati nelle società a ristretta base azionaria o familiare (Nota a Cass., sez. I civ., 10 marzo 1992, n. 2870)*, in *Boll. trib.*, 1993, pag. 1402;
- VOGLINO A., *Brevi notazioni a margine di un condivisibile orientamento giurisprudenziale in tema di presunzione di distribuzione di utili occulti ai soci delle società a ristretta base azionaria o familiare, (nota a Comm. I grado Bari, sent. 16 febbraio 1994, n. 6354)*, in *Boll. trib.*, 1994, pag. 808;
- VOGLINO A., *Brevi osservazioni a margine dell'ennesimo contrasto giurisprudenziale in tema di presunzione di distribuzione di utili occulti ai soci delle società a ristretta base azionaria o familiare (Nota a Comm. Centr., sez. V, 1° settembre 1994, n. 2953 Cass. sez. I civ. 26 novembre 1994, n. 10059)*, in *Boll. trib.*, 1995, pag. 706;
- VOGLINO A., *Appunti critici sulla presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili accertati a carico delle società a ristretta base familiare o azionaria (Nota a Cass. sez. I civ. 25 maggio 1995, n. 5729; Cass. sez. I civ. 2 giugno 1995, n. 6225; Comm. Centr. sez. XIII 12 giugno 1995, n. 2403; Comm. II grado Milano sez. XVII 18 settembre 1995, n. 477/17)*, in *Boll. trib.*, 1996, pag. 476;

BILIOGRAFIA

- VOGLINO A., *Ancora in tema di società di capitali a ristretta base azionaria o familiare e presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili accertati a carico della società (Nota a Comm. Centr. sez. VII 19 marzo 1996, n. 1239)*, in *Boll. trib.*, 1997, pag. 631;
- VOGLINO A., *Osservazioni sul regime della prova presuntiva nell'accertamento analitico-induttivo dei redditi determinati in base alle scritture contabili*, in *Boll. trib.*, 1999, pag. 1151;
- VOZZA A., *La tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. GARBARINO, Milano, 2004, pag. 215;
- WEBER D., *Tax avoidance and the EC Treaty freedoms*, Kluwer law international, L'Aja, 2005;
- ZENNARO R., *Agevolazioni fiscali: I. Tipi agevolativi e problemi procedurali*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, pag. 63;
- ZIZZO G., *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1996, pag. 217, nonché in *Rivista di diritto tributario*, 1994, pag. 619;
- ZIZZO G., *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa – i principi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, II, Torino, 1994, pag. 469;
- ZIZZO G., *Note minime in tema di trust e soggettività tributaria*, in *Il Fisco*, 2003, pag. 4658;
- ZIZZO G., *Prime considerazioni in tema di consolidato mondiale*, in *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, a cura di G. MARINO, Milano, 2004, pag. 155;
- ZOCCALI A., *Le sanzioni tributarie amministrative. Principi generali*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, pag. 99;
- ZORZI A. G., *Ma il cumulo dei redditi è davvero illegittimo*, in *Giur. cost.*, 1976, pag. 2207.