

Dottorato di Ricerca in Diritto degli Affari e Tributario dell'Impresa

Coord.: Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

Ciclo XXVI

**LA CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE  
IN MATERIA TRIBUTARIA:  
MODELLI A CONFRONTO  
E PROSPETTIVE DI CONVERGENZA**

Tutor

Chiar.mo Prof. Giuseppe Vanz

Dottorando

Alessandro Giannelli

Anno accademico 2013/2014

---

## SINTESI

Scopo della presente tesi è quello di analizzare ed approfondire il contenuto ed il ruolo della clausola antielusiva generale nell'ordinamento tributario nazionale tenendo presente l'impatto dell'affermazione giurisprudenziale del principio dell'abuso del diritto e dei modelli di clausola antielusiva generale presenti in alcuni ordinamenti stranieri.

Nel Capitolo I sono affrontate alcune questioni di natura preliminare riguardanti la natura del concetto di "clausola generale" e le sue condizioni di ammissibilità nell'ambito del diritto tributario.

In primo luogo si chiarisce che per "clausola generale" deve intendersi una norma a fattispecie aperta le cui condizioni di applicazione non risultano date in modo obiettivo dal Legislatore, ma vengono ad essere via via precisate all'atto pratico del loro utilizzo mediante una specifica opera di integrazione valutativa. Viene, quindi, rilevato come tali norme siano particolarmente utili in ambito tributario sia perché contribuiscono ad aumentarne la flessibilità, limitando la necessità di ricorrere ad una legislazione casistica eccessivamente dettagliata, sia perché, così facendo, contribuiscono a ridurre all'origine le occasioni di elusione che, come noto, traggono sovente origine proprio dallo sfruttamento di una rigida costruzione casistica del sistema tributario. A tale riguardo viene, inoltre, chiarito la riserva di legge posta dall'art. 23 non rappresenta un elemento ostativo all'utilizzo di simili norme in ambito tributario, ma impone soltanto che la predetta opera di integrazione valutativa venga condotta considerando esclusivamente le disposizioni e i principi dell'ordinamento positivo nel suo complesso, e non, quindi, dei criteri di fonte extralegislativa come quelli basati sugli *standard* sociali – che, evidentemente, comporterebbero un'alterazione dei fatti imponibili così come individuati dal Legislatore. Conseguentemente, viene osservato che la specifica ipotesi di una clausola generale a finalità antielusiva non risulta di per sé contraria ai principi e ai presupposti del vigente ordinamento tributario. Tuttavia, nel secondo paragrafo del Capitolo I viene precisato che tale conclusione appare sostenibile solo ove la clausola antielusiva generale venga ad essere costruita sul modello della *frode alla legge*. L'approccio alternativo basato sull'*economic substance doctrine* elaborata dalla giurisprudenza nordamericana, appare, infatti, non pienamente conforme al contenuto della riserva di legge visto che finirebbe per autorizzare una ricostruzione dei fatti imponibili sulla base di un diretto apprezzamento del "bruto fatto economico" ignorando il ruolo delle forme giuridiche a cui pure il Legislatore ha prestato attenzione per ritenere che un certo fatto economico fosse idoneo ad esprimere un'attitudine alla contribuzione. Viceversa, il diverso approccio ispirato al principio della *substance over form* sviluppato dalla giurisprudenza del Regno Unito, seppur idoneo a salvaguardare il ruolo della riserva di legge – visto che il riferimento alla sostanza economica viene ritenuto lecito solo ove il Legislatore abbia espressamente fatto riferimento a concetti di natura economica nella definizione delle fattispecie imponibili –, finisce per ridurre

il problema dell'elusione fiscale ad un problema interpretativo ingenerando una tendenziale confusione tra evasione ed elusione.

Così definito il quadro teorico entro cui, all'interno del sistema tributario nazionale, dovrebbe procedersi all'elaborazione di una clausola antielusiva generale, si è proceduto, da un lato, analizzando le basi a partire dalle quali la frode alla legge è stata nel tempo considerata come un modello di riferimento per l'elaborazione di una simile norma nell'ordinamento nazionale, e, dall'altro, esaminando i diversi approcci seguiti da taluni ordinamenti stranieri rispetto all'introduzione della clausola antielusiva generale.

A corredo di tale analisi è stato poi rilevato come non sia possibile parlare di un modello comune di clausola antielusiva operante a livello internazionale, benché sia possibile riferirsi ad una serie di "caratteristiche comuni" e, quindi, a taluni punti di convergenza negli approcci seguiti dai singoli ordinamenti.

A tale riguardo è stato in primo luogo osservato che la struttura delle varie clausole antielusive presenti negli ordinamenti stranieri risulta articolata sulla base della combinazione di tre diversi elementi: a) l'identificazione di un disegno (*scheme*) ovvero di una costruzione (*arrangement*) o operazione (*transaction*) da qualificare come elusiva; b) l'indicazione del presupposto giuridico delle condotte elusive; c) l'utilizzo di un qualche "test" per verificare l'integrazione del predetto presupposto. Con riferimento all'elemento *sub a)* l'analisi condotta ha rilevato una generale convergenza tra i diversi ordinamenti, atteso che il concetto di "schema", "costruzione" ovvero "operazione" risulta variamente utilizzato al fine di rendere la clausola antielusiva generale applicabile alla generalità delle fattispecie elusive e non soltanto con riferimento alla realizzazione di un singolo atto o negozio, ma anche e soprattutto rispetto ad una loro concatenazione e combinazione in modo da poter colpire adeguatamente le cosiddette "step transactions".

Viceversa, con riferimento agli elementi *sub b)* e *c)* è stata riscontrata una certa eterogeneità di approcci spesso riconducibile alla diversa tradizione giuridica di riferimento.

A tale riguardo si è, infatti, osservato che nei Paesi di *Civil Law* – come la Francia, la Spagna ovvero il Belgio – appare prevalente il riferimento, anche solo indiretto, alla categoria della frode alla legge, mentre nei Paesi di *Common Law* – come l'Australia, la Nuova Zelanda o il Sud Africa – risulta dominante il riferimento alla *economic substance doctrine* – eccezion fatta per il Canada che, invece, si è ispirato prevalentemente ad un approccio di tipo interpretativo all'elusione fiscale. Inoltre, nei Paesi di *Common Law* – soprattutto in Australia e in Nuova Zelanda – le causole antielusive sono considerate alla stregua di vere e proprie fonti di tassazione applicabili nello specifico caso in cui non lo siano le usuali norme impositive purché sia stata realizzata un'operazione prevalentemente diretta al conseguimento di un risparmio d'imposta e risulti ragionevole che nelle circostanze di specie il carico fiscale sarebbe stato più alto di quello effettivamente sopportato dal contribuente. Diversamente, negli ordinamenti di *Civil Law* – come la Spagna o la Francia – la clausola antielusiva non si presenta come una autonoma e distinta norma impositiva, ma – coerentemente con il modello della frode alla legge – riveste il ruolo di norma che consente di salvaguardare il campo applicativo delle usuali norme impositive

rendendole efficaci anche in quei casi in cui il contribuente sia ricorso ad una costruzione tale per cui, sul piano formale, sarebbero applicabili norme impositive più favorevoli. Tuttavia, si è altresì osservato che le clausole antielusive generali presenti in Canada, Sud Africa ed India, includono tra gli elementi costitutivi della fattispecie elusiva il riferimento all' "abuso o utilizzo improprio" delle norme tributarie, mostrando, quindi, una qualche vicinanza rispetto all'approccio seguito dai Paesi di *Civil Law*. Similmente la clausola antielusiva generale varata dal Regno Unito con il *Finance Act 2013* si basa sul concetto di abuso del diritto.

Su tali basi si è, quindi, rilevato che, nonostante la profonda diversità tra gli approcci seguiti dagli ordinamenti di *Civil Law* e *Common Law*, è riscontrabile un certo "ibridismo" nella costruzione legislativa della clausola antielusiva generale in cui diversi elementi, spesso appartenenti a tradizioni giuridiche diverse, vengono ad essere compendiati ed utilizzati contemporaneamente.

Nel capitolo II è stato ricostruito lo specifico modello di clausola antielusiva adottata dal Legislatore nazionale e ad oggi recata dall'art. 37-bis del *D.P.R.* n. 600/73.

Tale indagine è stata condotta ponendo in risalto, a fronte dei primi progetti legislativi presentati durante gli anni '80, la tendenziale ritrosia del Legislatore nazionale ad introdurre una clausola antielusiva generale vera e propria ritenendo che una simile norma sarebbe stata pregiudizievole sul piano della certezza dei rapporti tributari. Ed infatti la prima norma in tal senso varata, ossia l'art.10 della L. n. 408/1990, si presenta come una norma antielusiva generale a fattispecie predeterminata – ossia una norma antielusiva "quasi-generale". Con tale norma il Legislatore autorizzava l'Amministrazione finanziaria a disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale, poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.

Sul punto si è, quindi, osservato che tale norma è altresì rappresentativa di una precisa tendenza legislativa, poi ulteriormente confermata dalle successive evoluzioni legislative, volta a recuperare nel settore tributario il modello della frode alla legge di matrice civilistica unitamente al criterio del *business purpose test* rivenibile nella giurisprudenza degli Stati Uniti e in quegli anni utilizzato dall'art. 11, comma 1, lett. a) della "Direttiva Fusioni" n. 434/1990 al fine di autorizzare gli Stati Membri ad introdurre delle corrispondenti norme antielusive.

Infatti, anche con il successivo art. 37-bis, introdotto per superare alcune incertezze interpretative legate alla possibile lettura in termini penalistici dell'avverbio "fraudolentemente" presente nel citato art. 10, il Legislatore ha mantenuto un chiaro riferimento al modello della frode alla legge e al criterio del *business purpose test*. Infatti, ai sensi del primo comma dell'art. 37-bis, formulato come una vera e propria *Generalklausel*, la fattispecie elusiva generale viene ricondotta alla compresenza di tre elementi: (a) l'aggiramento di obblighi e divieti mediante atti, fatti e negozi anche tra loro collegati; (b) il conseguimento di un risparmio d'imposta; (c) l'assenza di valide ragioni economiche. Tuttavia, rispetto all'art. 10 previgente viene introdotto un ulteriore elemento di novità rappresentato

dalla previsione di una specifica, ed inderogabile, procedura di applicazione della norma antielusiva che l'Amministrazione è tenuta a rispettare a pena di nullità dell'accertamento.

Nell'ambito di tale contesto si è, inoltre, ritenuto opportuno svolgere alcune riflessioni intorno a due diverse questioni: da un lato, quella riguardante l'eventuale rilevanza dell'analogia ai fini dell'applicazione dell'art. 37-bis e, dall'altro, quella attinente il ruolo che all'interno delle condizioni di applicazione dell'art. 37-bis dovrebbe rivestire un'indagine intorno all'anormalità delle forme giuridiche.

Con riferimento al primo aspetto è stata considerata la tesi sostenuta da parte della dottrina secondo cui l'applicazione dell'art. 37-bis si baserebbe sull'istituto dell'analogia, con la conseguenza che tale norma rivestirebbe una funzione simile a quella che l'art. 12 delle Preleggi al Codice Civile riveste nell'ambito del diritto privato. Sul punto è stato, tuttavia, osservato che una simile ipotesi non dovrebbe essere accolta nel senso di subordinare l'applicazione dell'art. 37-bis all'esistenza di una preliminare lacuna legislativa. In tal caso, infatti, verrebbero a crearsi delle non indifferenti difficoltà sul piano del rispetto della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. In quest'ottica si è ritenuto preferibile quel diverso approccio secondo cui, pur dovendosi riconoscere l'importanza del ragionamento *ad similia* ai fini dell'applicazione dell'art. 37-bis, risulta preferibile continuare a fare riferimento ad una concezione tradizionale della frode alla legge in quanto distinta dall'*analogia*.

In merito, invece, al possibile ruolo del criterio dell'anormalità delle forme giuridiche ai fini dell'applicazione dell'art. 37-bis si è osservato che, seppur implicitamente, tale criterio finisce per porsi alla base del meccanismo applicativo di tale norma. Infatti, a causa della struttura del vigente sistema fiscale, le occasioni di elusione sono in linea di principio legate alla possibilità di sfruttare l'autonomia privata in modo da conformare i risultati economici ricercati all'utilizzo di quelle forme giuridiche cui il Legislatore ha ricollegato un minor prelievo. Tuttavia, tale circostanza – come stabilito dallo stesso art. 37-bis – non è sufficiente, atteso che per potersi configurare come elusivo l'utilizzo in chiave fiscale di determinate forme giuridiche deve al contempo risultare privo di valide ragioni economiche. In tal senso può, quindi, affermarsi che per poter essere sindacato dall'art. 37-bis l'utilizzo in chiave fiscale delle forme giuridiche deve rivelarsi abusivo, ossia formalmente lecito ma non conforme agli scopi voluti dal Legislatore. Ecco dunque che il criterio dell'anomalia delle forme giuridiche, pur non essendo menzionato dall'art. 37-bis, finisce comunque per rivestire un ruolo decisivo nella individuazione delle condizioni di applicazione di tale norma. Sennonché, il ragionamento appena svolto mostra al contempo che, nell'ottica dell'art. 37-bis, il criterio dell'abuso delle forme giuridiche non si pone in antitesi con l'utilizzo del criterio del *business purpose test* (così come del criterio della sostanza economica) visto che è solo dall'assenza di una giustificazione extrafiscale che è possibile dedurre l'abuso delle forme giuridiche agli effetti dell'art. 37-bis.

Su queste basi si è, quindi, osservando che sul piano del contenuto sostanziale dell'art. 37-bis l' "abuso delle forme giuridiche" ed il "*business purpose test*" più che nei termini di due opposte visioni da cui cogliere il *proprium* dell'elusione fiscale, si presentano come due diverse facce del medesimo fenomeno.

Nella parte conclusiva del Capitolo II è, infine, analizzata la specifica procedura per l'applicazione dell'art. 37-bis secondo cui prima di notificare l'avviso di accertamento l'Amministrazione finanziaria è tenuta, a pena di nullità, ad attivare un particolare contraddittorio endoprocedimentale con il contribuente e le cui risultanze dovranno poi essere trasfuse nella motivazione dell'avviso stesso.

Lo scopo dell'analisi a tal riguardo condotta è stato quello di sottolineare che una delle caratteristiche salienti del modello di clausola antielusiva adottato dal Legislatore nazionale deve essere rivenuto nella specifica previsione di un particolare procedimento per la sua applicazione. Si tratta, infatti, di un procedimento speciale che per le sue caratteristiche e finalità mal si presta ad essere surrogato con altri procedimenti amministrativi contemplati dall'ordinamento tributario. A conforto di tale ipotesi ricostruttiva è stato osservato come la finalità del procedimento di applicazione dell'art. 37-bis non sia solo quella di garantire un mero concorso del contribuente all'azione amministrativa nell'ottica di una migliore determinazione del presupposto impositivo, ma sia anche quella di garantire una partecipazione in chiave difensiva del medesimo al procedimento di accertamento. Su queste basi sono, quindi, state espresse alcune perplessità rispetto a talune posizioni della giurisprudenza più recente che tendono ad indebolire l'effettività di un simile procedimento.

Dopo aver così chiarito i profili sostanziali e procedurali dell'art. 37-bis, nel Capitolo III è stato esaminato il ruolo del principio dell'abuso del diritto quale rimedio antielusivo elaborato dapprima nel contesto della giurisprudenza comunitaria e successivamente da parte della Corte di Cassazione in ambito domestico.

Con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia l'indagine svolta è stata condotta con lo specifico obiettivo di chiarire i presupposti di partenza della successiva elaborazione compiuta dalla Corte di Cassazione. A tale riguardo si è, quindi, osservato che l'evoluzione del concetto di abuso del diritto si è progressivamente stabilizzata intorno all'utilizzo del criterio delle “*costruzioni di puro artificio*” quale *discrem* tra le forme legittime ed illegittime di pianificazione fiscale. Si è, infatti, osservato che nonostante le iniziali incertezze tale criterio è ormai utilizzato con riferimento sia ai casi di imposte armonizzate che non armonizzate, sebbene risultino diverse le modalità in cui nei predetti contesti viene a configurarsi l'abuso del diritto comunitario.

Conseguentemente gli Stati Membri sono stati via via indirizzati a riferirsi ad un simile criterio al fine di valutare la compatibilità dalle norme restrittive dagli stessi adottate con finalità antielusive e che, a vario titolo, si traducono in una limitazione delle libertà riconosciute dal Trattato o di altri diritti tutelati dalla normativa comunitaria derivata.

È in questo contesto che trova, quindi, una prima spiegazione il riferimento presente in alcune sentenze del 2008 della Corte di Cassazione al principio comunitario dell'abuso del diritto quale rimedio antielusivo generale. Tuttavia, la stessa Corte di Cassazione ha presto ritenuto opportuno trovare un fondamento interno a tale principio in quanto l'omologa regola comunitaria mal si prestava ad essere invocata in casi puramente interni – ossia ove non fosse in questione una limitazione delle libertà riconosciute dal trattato o dei diritti tutelati dalla normativa comunitaria secondaria. In tale ottica la Corte di Cassazione ha rinvenuto nell'art. 53 Cost. il punto

di partenza da cui derivare una regola antielusiva immanente e di portata generale secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

A tale riguardo l'esame del principio dell'abuso del diritto introdotto dalla Corte di Cassazione è stato condotto non soltanto sul piano del suo contenuto sostanziale, rispetto al quale si è ravvisata una sostanziale coincidenza con il contenuto dell'art. 37-bis, ma anche sul piano procedimentale e sanzionatorio.

In relazione a tali aspetti si è complessivamente osservato che attraverso tale principio la Corte di Cassazione ha, di fatto, determinato una tendenziale "messa in crisi" del modello di clausola antielusiva di fonte legislativa recato dall'art. 37-bis rendendo così sempre più urgente un suo generale ripensamento al fine di renderla il più possibile adeguata rispetto al sopravvenuto orientamento giurisprudenziale.

In particolare, è stato sottolineato che è proprio con riferimento ai profili procedurali che appare più evidente l'operazione di smantellamento delle scelte legislative alla base dell'art. 37-bis. Infatti, secondo la Corte di Cassazione il principio *de quo* risulta applicabile *ex officio* ed in via retroattiva e, quindi, con riferimento non solo a fattispecie non coperte *ratione temporis* da nessuna norma antielusiva scritta, ma anche in totale spregio al ricordato *iter* procedimentale previsto dal Legislatore ai fini dell'applicazione dell'art. 37-bis.

Da questo punto di vista l'introduzione del principio dell'abuso del diritto si pone come una evidente lesione delle finalità del Legislatore di introdurre una norma antielusiva generale capace di bilanciare la tutela del contribuente con gli interessi erariali. Peraltro, stante la tendenziale omogeneità sul piano sostanziale tra abuso del diritto ed art. 37-bis, è stato osservato come tale impostazione possa effettivamente condurre a ciò che la dottrina ha definito "abuso dell'abuso del diritto", ossia l'arbitraria scelta dell'Amministrazione finanziaria di fondare l'accertamento non sull'art. 37-bis, ma sul più generale principio dell'abuso del diritto al solo fine di aggirare le specifiche garanzie previste da tale articolo in tutti quei casi in cui le operazioni reputate elusive risultino ricomprese tra quelle elencate al comma 3° della medesima disposizione.

A tale riguardo si è osservato che l'approccio seguito dalla Corte di Cassazione, che si traduce in una sostanziale abrogazione dell'art. 37-bis, può difficilmente ritenersi legittimo – soprattutto in un ordinamento di *Civil Law* come quello nazionale. I giudici, infatti, pur potendosi richiamare ai principi costituzionali sono comunque tenuti a farne applicazione in conformità alle norme di diritto positivo varate dal Legislatore, altrimenti sono tenuti a sollevare una questione di costituzionalità con riferimento alle medesime che, tuttavia, non possono *ex ante* essere sostanzialmente abrogate sulla base di una diretta applicazione dei principi costituzionali – come di fatto avvenuto nel caso dell'art. 37-bis. Inoltre, muovendo da tale prospettiva si è sottolineato come il principio dell'abuso del diritto individuato dalla Corte di Cassazione non possa essere applicato in modo isolato, ma debba essere necessariamente coniugato con i restanti principi costituzionali. Una conferma in tale

senso sembra provenire dalla giurisprudenza di merito che in alcune recenti sentenze ha chiarito che sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza recato dall'art. 3 Cost. ammettere che, in presenza di una medesima fattispecie elusiva, questa sia assoggettata ad un diverso trattamento sul piano procedimentale a seconda che la contestazione elusiva sia stata mossa ai sensi del principio dell'abuso del diritto ovvero dell'art. 37-bis.

In tal senso si è sostenuto che dovrebbe ammettersi più di un dubbio in merito alla correttezza della posizione in complesso assunta dalla Corte di Cassazione in merito alla portata, non tanto sostanziale, quanto procedimentale del principio dell'abuso del diritto.

Nei paragrafi conclusivi del Capitolo III delle simili considerazioni sono state svolte con riferimento ai riflessi sanzionatori dell'abuso del diritto. Infatti, con alcune recenti sentenze emesse sul finire del 2011 e nel corso del 2012, la Corte di Cassazione ha sostanzialmente superato le iniziali incertezze ed ha stabilito, contrariamente ad una risalente posizione della dottrina, che le condotte elusive, nonostante possano dirsi formalmente conformi al dato legislativo, sono comunque idonee a determinare l'infedeltà della dichiarazione e, quindi, a legittimare l'irrogazione della corrispondente sanzione purché l'elusione sia stata contestata sulla base di una specifica disposizione di legge come l'art. 37-bis. Ragionando diversamente – precisa la Corte di Cassazione – si giungerebbe ad una violazione del principio di legalità operante in materia sanzionatoria. Pertanto, conclude la Corte, le contestazioni basate sull'abuso del diritto non possono dar luogo all'irrogazione di una sanzione.

Tale impostazione del problema non sembra, tuttavia, del tutto corretta in quanto, ancora una volta, finisce per introdurre delle asimmetrie tra fattispecie egualmente elusive a seconda che sia state contestate ai sensi del principio dell'abuso del diritto ovvero dell'art. 37-bis. In tale ottica verrebbe, quindi, a configurarsi una ulteriore ipotesi di arbitrio da parte dell'Amministrazione finanziaria che risulterebbe sostanzialmente depositaria della scelta di irrogare o meno delle sanzioni in ragione delle modalità stesse con cui la medesima intende condurre l'accertamento – ossia a seconda che intenda invocare l'abuso del diritto ovvero l'art. 37-bis.

In aggiunta, l'approccio seguito dalla Cassazione appare non convincente sotto un altro specifico profilo. Infatti, pur avendo giustamente posto l'attenzione sul principio di legalità, quest'ultima non sembra aver adeguatamente tenuto in considerazione come l'ampia formulazione delle clausole antielusive, sia pure soltanto quasi-generaliste come l'art. 37-bis, possa determinare delle tensioni rispetto al requisito di determinatezza che le previsioni sanzionatorie sono tenute a rispettare al fine di garantire un rispetto non soltanto formalistico del principio di legalità.

In conclusione a tali riflessioni viene, quindi, osservato che il problema della punibilità dell'elusione fiscale dovrebbe essere affrontato da una diversa prospettiva. Tuttavia, poiché tale ipotesi ricostruttiva si basa su alcuni spunti provenienti dagli ordinamenti stranieri, il suo contenuto viene affrontato nella parte conclusiva del Capitolo V dopo aver analizzato i tratti salienti di talune clausole antielusive di fonte straniera ed i connessi regimi sanzionatori (ove esistenti).



L'analisi delle predette clausole antielusive di fonte straniera è stata condotta nel Capitolo IV ed ha riguardato le norme presenti in Francia, Belgio, Spagna, Australia, Nuova Zelanda, Canada e Sud Africa. Tale indagine è stata svolta considerando un duplice obiettivo: da un lato valutare l'eventuale esistenza di una sorta di modello comune di clausola antielusiva generale a cui i vari ordinamenti hanno via via implicitamente fatto riferimento nella costruzione delle rispettive norme interne; dall'altro individuare dei possibili spunti di riflessione meritevoli di essere considerati nell'ambito di una possibile riforma dell'art. 37-bis del *D.P.R.* n. 600/73 – peraltro di recente prospettata dal Legislatore. Infatti, in alcuni casi le legislazioni straniere si sono trovate a risolvere problemi assai simili a quelli che nel contesto nazionale caratterizzano gli attuali rapporti tra art. 1°37-bis ed il principio dell'abuso del diritto. A tale scopo, e con riferimento agli ordinamenti *Civil Law*, si è scelto di concentrare l'attenzione sui quei Paesi, come Francia, Spagna e Belgio, in cui con più evidenza l'attuale assetto delle rispettive clausole antielusive generali si è venuto a costituire – come nel caso dell'Italia – quale risultato di un progressivo recepimento – non sempre meramente passivo – degli approcci giurisprudenziali all'elusione fiscale. In tal senso risulta particolarmente rilevante il caso della Francia atteso che in tale Paese, similmente a quanto avvenuto in Italia, il principio dell'abuso del diritto si è affermato in vigore di una clausola antielusiva di diritto positivo ed in deroga al procedimento speciale previsto da quest'ultima per le contestazioni antielusive. L'esperienza vissuta da tale Paese è stata ritenuta particolarmente istruttiva rispetto all'attuale situazione nazionale in quanto, in conseguenza dell'affermazione pretoria del principio dell'abuso del diritto, il legislatore francese è intervenuto non solo adeguando la previgente clausola antielusiva al principio statuito dalla giurisprudenza, ma prevedendo altresì una specifica, ed unificata, procedura di applicazione. Ciò posto si è, inoltre, ritenuto opportuno esaminare anche le norme antielusive presenti nei citati ordinamenti di *Common Law* in quanto si tratta di ordinamenti che da molto tempo si sono dotati di una *general anti-avoidance rule* ed in cui, quindi, risulta particolarmente ricca l'esperienza legislativa anche con riferimento al piano dei connessi regimi sanzionatori.

Alla luce del quadro di riferimento così definito, nel Capitolo V sono state svolte alcune riflessioni *de iure condendo* in merito ad una eventuale riforma dell'art. 37-bis alla luce del nuovo contesto definito dall'affermazione pretoria del principio dell'abuso del diritto. A tale riguardo è stato in particolare affrontato il tema dei rapporti tra giurisprudenza e clausola antielusiva generale. Inoltre, è stata approfondita la questione riguardante il tipo di regime sanzionatorio che dovrebbe ritenersi applicabile nei confronti delle condotte elusive o che, più in generale, dovrebbe contare come presidio all'efficacia della clausola antielusiva generale.

Con riferimento ai rapporti tra giurisprudenza e clausola antielusiva generale viene osservato che la strada ad oggi dotata di maggior plausibilità, anche tenendo conto di alcune recenti proposte da parte del Legislatore, risulta essere quella fondata sulla codificazione del principio dell'abuso del diritto.

A tale riguardo si è però osservato che tale ipotesi di riforma non dovrebbe limitarsi ad una mera “chiarificazione” del principio *de quo* sulla falsa riga dell'approccio seguito dagli Stati Uniti con la codificazione della *economic substance*

*doctrine.* Va, infatti, ricordato, come segnalato nel Capitolo I, che le clausole generali sono pur sempre norme a fattispecie aperta che, pertanto, possono essere applicate soltanto in seguito ad una precisa opera di integrazione valutativa, ossia di completamento delle loro condizioni di applicazione. Ne consegue, quindi, che la clausola antielusiva generale continuerà ad assumere vita propria nelle mani dei vari soggetti di volta in volta chiamati ad applicarla. In tal senso una mera opera di “chiarificazione” di un preesistente principio antielusivo di fonte giurisprudenziale potrebbe rivelarsi non sufficiente per introdurre una qualche forma di controllo sul futuro uso giurisprudenziale del principio oggetto di codificazione. Sembra, quindi, preferibile un diverso approccio che alla semplice chiarificazione del principio dell’abuso del diritto aggiunga, da un lato, l’indicazione di taluni elementi di natura obiettiva su cui basare il giudizio di elusività, e dall’altro, preveda delle disposizioni di natura procedimentali capaci di garantire un effettivo contraddittorio preventivo tra Amministrazione e contribuente.

In relazione al primo aspetto viene considerato l’esempio delle clausole presenti in Australia e Sud Africa in cui viene fornito un vero e proprio elenco di fattori a cui è necessario fare riferimento per poter giudicare come elusiva una certa fattispecie. In questo modo la clausola antielusiva offrirebbe una qualche forma di controllo sulle modalità con cui i giudici potranno, nel futuro, utilizzare il principio dell’abuso del diritto in quanto, attraverso l’indicazione dei predetti fattori, verrebbero ad essere introdotti dei vincoli sulle modalità con cui quest’ultimi possono giustificare l’applicazione del principio in commento al caso *sub iudice*.

Con riferimento, invece, al ruolo delle disposizioni procedimentali si sottolinea che attraverso simili norme sarebbe possibile prevedere – sulla falsa riga di quanto attualmente disposto dall’art. 37-bis – delle effettive ed inderogabili occasioni di confronto tra Fisco e contribuente onde evitare che la clausola antielusiva venga ad essere applicata in modo autoreferenziale e senza un preliminare banco di prova delle ragioni del Fisco. In questo senso viene giudicata particolarmente istruttiva l’esperienza francese in cui il Legislatore non si è limitato a recepire il principio dell’abuso del diritto di fonte giurisprudenziale, ma ha previsto che quest’ultimo possa essere validamente applicato soltanto nell’ambito di una specifica procedura in cui risulta di fondamentale importanza il dialogo tra contribuente ed Amministrazione finanziaria nonché l’intervento di un apposito Comitato per l’abuso del diritto quale soggetto terzo capace di conferire una certa imparzialità al procedimento di applicazione della clausola antielusiva generale.

In merito, ai profili sanzionatori della clausola antielusiva generale si è cercato di individuare una possibile alternativa all’approccio suggerito dalla Corte di Cassazione e considerato nell’ambito del Capitolo III. Sul punto viene, infatti, osservato che la questione in commento risulta destinata a porsi in termini dilemmatici ove si volesse continuare a mantenere un approccio – accolto ad es. in Francia – basato su un rapporto di equivalenza tra la fattispecie elusiva generale rilevante sul piano dell’accertamento e quella rilevante ai fini punitivi.

È, infatti, evidente come l’idea stessa di una clausola antielusiva generale imponga di definire la fattispecie astratta di riferimento in termini ampi, mentre le norme sanzionatorie richiedono una formulazione precisa che consenta di individuare

in modo chiaro ed univoco il fatto illecito, pena un rispetto soltanto formalistico del principio di legalità.

A tale riguardo l'esame dei particolari regimi sanzionatori previsti per le condotte elusive in Paesi quali il Canada, il Regno Unito, l'Australia e il Sud Africa sembra suggerire la possibilità di un diverso approccio in cui la rilevanza sanzionatoria dell'elusione fiscale viene ad essere preservata superando la tradizionale idea di un'automatica ed immediata rilevanza agli effetti sanzionatori della clausola antielusiva generale. In tali ordinamenti è, infatti, presente un particolare regime sanzionatorio in cui il contribuente ed eventualmente altri soggetti, come i consulenti fiscali, sono chiamati a comunicare al Fisco le operazioni di pianificazione fiscale dotate di alcuni specifici tratti distintivi di elusività, pena l'irrogazione di una specifica sanzione pecuniaria. Muovendo da questa prospettiva sarebbe, quindi, possibile prevedere un particolare e specifico regime sanzionatorio riferibile alle condotte elusive senza dover in qualche modo adeguare alle sue condizioni di applicazione quelle della clausola antielusiva generale con il rischio di ridurre l'efficacia ai fini dell'accertamento. In aggiunta, un simile regime sanzionatorio potrebbe essere integrato da dalle specifiche sanzioni operanti quale conseguenza di un definitivo accertamento ai sensi della clausola antielusiva generale, ma a condizione che la fattispecie integrata presentino degli ulteriori elementi di natura specializzante – come ad esempio il fatto che l'operazione sia stata realizzata con il *solo* fine di ottenere un risparmio d'imposta, sebbene la clausola antielusiva generale sia applicabile anche ove tale fine sia semplicemente predominante.

Tali considerazioni dimostrano, quindi, che – quale che sia la strada ritenuta preferibile – la questione della punibilità delle condotte elusive mal si presta ad essere risolta in via esclusiva dalla giurisprudenza – come sembra, invece, voler suggerire l'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione a partire dalla sentenza 773972012 – , risultando invece quanto mai opportuno un preciso intervento legislativo che introduca uno specifico ed uniforme regime sanzionatorio per le condotte elusive ponendo così fine alle varie forme di discriminazione e sproporzione ad oggi esistenti tra evasione ed elusione. E, in effetti, una tale questione è stata sottoposta all'attenzione del Legislatore delegato con il recente disegno di legge n. 1058/2013 il cui art. 8 richiede che si giunga ad una revisione del sistema sanzionatorio prevedendo, *inter alia*, l'individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie.