

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

---

*“The ruling power ought to govern by declared and received laws,  
and not by extemporary dictates and undetermined resolutions”*

(The Second Treatise of Civil Government, 1690, XI, §137)

JOHN LOCKE

*A Sara ed Eleonora*

# INDICE

---

INTRODUZIONE .....	p. 7
--------------------	------

## Capitolo I

### *Ammissibilità e presupposto della clausola antielusiva generale nel diritto tributario*

1. IL CONCETTO DI CLAUSOLA GENERALE E LA SUA AMMISSIBILITÀ IN AMBITO TRIBUTARIO .....	p. 9
1.1 Le elaborazioni della dottrina intorno alla nozione di clausola generale.....	p. 9
1.2 Diritto tributario e clausole generali: il ruolo della riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost. ....	p. 15
2. IL SISTEMA TRIBUTARIO NAZIONALE ED IL PRESUPPOSTO DELLA CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE.....	p. 33
2.1 Una questione preliminare: l'identità dell'elusione fiscale.....	p. 35
2.2 La frode alla legge quale presupposto per l'applicazione della clausola antielusiva generale.....	p. 45
2.3 Una diversa prospettiva: l'approccio giurisprudenziale sviluppato negli U.S.A. e nel Regno Unito.....	p. 61
3. LA COSTRUZIONE LEGISLATIVA DELLA CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE....	p. 85
3.1 I principali modelli di riferimento: profili generali ed elementi comuni.....	p. 89
3.2 Il ruolo della circolazione dei modelli tributari: dalla giurisprudenza alla legislazione.....	p. 97

## Capitolo II

### *Il modello di clausola antielusiva adottato dal Legislatore nazionale*

1 LA SCELTA DI INTRODURRE UNA CLAUSOLA ANTIELUSIVA SEMI-GENERALE.....	p. 106
1.1 Le iniziative legislative degli anni '80.....	p. 107
1.2 L'art. 10 della L. n. 408/1990.....	p. 111
2. L'INTRODUZIONE DELL'ART. 37-BIS DEL D.P.R. N. 600/73 .....	p. 114
2.1 Il contenuto sostanziale dell'art. 37-bis.....	p. 114
2.2 Le valide ragioni economiche.....	p. 121
2.3 Le fattispecie sindacabili ai sensi dell'art. 37-bis.....	p. 125
2.4 La procedura di applicazione dell'art. 37-bis.....	p. 127
2.5 La giurisprudenza e il contraddittorio endoprocedimentale previsto dall'art. 37-bis.....	p. 132

## Capitolo III

### *L'abuso del diritto e la crisi del modello di clausola antielusiva adottato dal Legislatore nazionale*

1. IL RUOLO DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DELL'ABUSO DEL DIRITTO.....	p. 135
1.1 L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.....	p. 137
1.2 L'applicazione del principio comunitario dell'abuso del diritto da parte della Corte di Cassazione.....	p. 165

2.	IL PRINCIPIO DELL'ABUSO DEL DIRITTO QUALE PRECIPITATO DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA.....	p. 172
2.1	L'evoluzione dell'orientamento della Corte di Cassazione.....	p. 172
2.2	L'abuso del diritto quale clausola antielusiva generale fondata sull'art. 53 Cost.....	p. 179
2.3	I rapporti tra l'art. 37-bis ed il principio dell'abuso del diritto.....	p. 183
2.4	Abuso del diritto e sostanza economica: il dualismo tra effetti e scopo economico dell'operazione.....	p. 200
3	ABUSO DEL DIRITTO E SANZIONI.....	p. 204
3.1	I principi di diritto enunciati dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 25537/2011 e n. 7739/2012.....	p. 207
3.2	Il ruolo della violazione della legge quale presupposto per l'irrogazione di una sanzione.....	p. 209
3.3	La questione della (in)determinatezza delle condizioni di applicazione della sanzione per dichiarazione infedele nel caso delle condotte elusive.....	p. 213
3.4	Sanzioni e conflitti di qualificazione tra abuso del diritto ed art. 37-bis.....	p. 223

#### Capitolo IV

##### *I modelli di clausola antielusiva generale adottati dai principali ordinamenti stranieri*

1	LE RECENTI ESPERIENZE DI RIFORMA DI ALCUNE LEGISLAZIONI EUROPEE.....	p. 226
1.1	La Francia.....	p. 226
1.2	Il Belgio.....	p. 241
1.3	La Spagna.....	p. 253
2	L'ESPERIENZA DEI PAESI DI TRADIZIONE <i>COMMON LAW</i> .....	p. 268
2.1	L'Australia.....	p. 268
2.2	La Nuova Zelanda.....	p. 286
2.3	Il Canada.....	p. 299
2.4	Il Sud Africa.....	p. 313

#### Capitolo V

##### *Prospettive di convergenza: alcuni spunti de iure condendo*

1	LA QUESTIONE DELLA CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE COME PROBLEMA DI CODIFICAZIONE DI PRINCIPI E DOTTRINE GIURISPRUDENZIALI.....	p. 327
1.1	Il modello di codificazione adottato dagli Stati Uniti: presupposti ed elementi di criticità.....	p. 329
1.2	Codificazione e profili procedurali: la via intrapresa dal Legislatore nazionale.....	p. 334
2	L'ABUSO DEL DIRITTO COME SUPERAMENTO DELLA DICOTOMIA TRA FRODE ALLA LEGGE E SOSTANZA ECONOMICA?.....	p. 340
2.1	Segnali di convergenza: verso il criterio della sostanza economica.....	p. 340
2.2	Il contenuto del "linguaggio dell'abuso del diritto" e il suo possibile ruolo nell'ambito di un'opera di codificazione.....	p. 342

3	LA PUNIBILITÀ DELL'ELUSIONE FISCALE: UN MODELLO SANZIONATORIO A PIÙ LIVELLI?.....	p. 345
3.1	Dubbi in merito alle soluzioni adottate in Spagna e Francia.....	p. 346
3.2	Le “ <i>disclosure penalties</i> ” adottate da alcuni ordinamenti di <i>Common Law</i> .....	p. 348
3.3	Un'ipotesi di sintesi.....	p. 352
	BIBLIOGRAFIA.....	p. 355

## - INTRODUZIONE -

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

A tale riguardo è stato, in primo luogo, chiarito il concetto di "clausola generale" mettendone in risalto le peculiarità e le sue condizioni di ammissibilità nell'ambito del diritto tributario. Successivamente, muovendo da una prospettiva storico-evolutiva, ma attenta anche ai profili di teoria generale, è stato considerato lo specifico modello di clausola antielusiva adottata dal Legislatore nazionale e ad oggi recata dall'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. A corredo di tale indagine è stata poi esaminata il principio dell'abuso del diritto e la sua affermazione dapprima in sede comunitaria e successivamente da parte della Corte di Cassazione evidenziando come tale principio abbia sostanzialmente condotto ad una generale "messa in crisi" del modello di clausola antielusiva di fonte legislativa.

Si è, quindi, osservata la necessità di un generale ripensamento della clausola recata dall'art. 37-bis al fine di renderla adeguata rispetto al sopravvenuto orientamento giurisprudenziale.

In tale ottica si è ritenuto opportuno svolgere alcune riflessioni intorno alle clausole antielusive generali rinvenibili in taluni ordinamenti stranieri al fine di individuare dei possibili elementi di confronto sulla base dei quali compiere un'analisi critica non solo della struttura e contenuto dell'art. 37-bis ma anche delle ragioni della sua "crisi". 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 l'art. 37-bis e il principio dell'abuso del diritto.

A tale riguardo sono state considerate le clausole presenti in Australia, Nuova Zelanda, Canada, Sud Africa, Francia, Spagna e Belgio. Con particolare riferimento agli ordinamenti *Civil Law* si è scelto di concentrare l'attenzione sui quei Paesi in cui con più evidenza l'attuale assetto delle rispettive clausole antielusive generali si è venuto a costituire quale risultato di un progressivo recepimento – non sempre meramente passivo – degli approcci giurisprudenziali all'elusione fiscale. 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 degli eventuali 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.

Infine, alla luce del quadro di riferimento così definito, sono state svolte alcune riflessioni *de iure condendo* in merito ad una possibile riforma dell'art. 37-bis – peraltro più volte annunciata dal Legislatore. In particolare, in tale ultima parte della presente indagine è stato in primo luogo affrontato il tema dei rapporti tra giurisprudenza e clausola antielusiva generale e della eventuale utilità e portata di un'opera di codificazione del principio dell'abuso del diritto. Successivamente, 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.



## - Capitolo I -

### AMMISSIBILITÀ E PRESUPPOSTO DELLA CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE NEL DIRITTO TRIBUTARIO

SOMMARIO: **1.** Il concetto di clausola generale e la sua ammissibilità in ambito tributario. – **1.1** Le elaborazioni della dottrina intorno alla nozione di clausola generale. – **1.2** Diritto tributario e clausole generali: il ruolo della riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost. – **2.** Il sistema tributario nazionale ed il presupposto della clausola antielusiva generale. – **2.1** Una questione preliminare: l'identità dell'elusione fiscale. – **2.1.1.** (segue) La prospettiva del legittimo risparmio d'imposta. – **2.1.2.** (segue) La prospettiva della anormalità dei percorsi negoziali e dell'assenza di sostanza economica. – **2.2.** La frode alla legge quale presupposto per l'applicazione della clausola antielusiva generale. – **2.2.1.** (segue) La frode alla legge e l'abuso del diritto. – **2.2.2.** (segue) La frode alla legge e la sua autonomia nel diritto civile. – **2.2.3.** La frode alla legge nel diritto tributario. – **2.3** Una diversa prospettiva: l'approccio giurisprudenziale sviluppato negli U.S.A. e nel Regno Unito. – **2.3.1** L'esperienza degli Stati Uniti. – **2.3.1** L'esperienza del Regno Unito. – **3.** La costruzione legislativa della clausola antielusiva generale – **3.1** I principali modelli di riferimento: profili generali ed elementi comuni. – **3.2** Il ruolo della circolazione dei modelli tributari: dalla giurisprudenza alla legislazione.

#### 1. IL CONCETTO DI CLAUSOLA GENERALE E LA SUA AMMISSIBILITÀ IN AMBITO TRIBUTARIO

Nel contesto della presente indagine appare opportuno premettere alcune considerazioni volte a chiarire la nozione di clausola generale e la sua utilizzabilità in ambito tributario. Infatti, prima di affrontare ogni questione inerente la clausola antielusiva generale appare importante precisare entro che termini l'idea stessa di clausola generale possa dirsi compatibile con alcune delle peculiarità del diritto tributario quali la riserva di legge e la tradizionale costruzione casistica delle norme fiscali.

##### 1.1 *Le elaborazioni della dottrina intorno alla nozione di clausola generale*

L'elaborazione della categoria delle clausole generali non ha trovato la sua origine nel diritto pubblico, bensì nel diritto privato e, in particolare, nell'ambito di quel processo avviato nel tardo Ottocento con cui è stata progressivamente riformata la tradizionale ideologia giuspositivistica improntata ad una rigida costruzione casistica dei sistemi giuridici<sup>(1)</sup>. Secondo un'impostazione largamente condivisa l'utilizzo delle clausole generali costituirebbe, infatti, un indubbio momento di rottura rispetto alle fondamentali esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle conseguenze giuridiche che la tradizione del positivismo giuridico intendeva tutelare e garantire, in primo luogo, attraverso l'introduzione di disposizioni specifiche e circostanziate<sup>(2)</sup>. Tuttavia, nella consapevolezza dell'intrinseca

<sup>1</sup> GUARNIERI, A., *Le clausole generali*, in *Trattato di diritto civile*, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di SACCO, R., Torino, 1999, p. 149; RODOTÀ, S., *Commento all'art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, G., Bologna-Roma, 1982, p. 73.

<sup>2</sup> FABIANI, E., *Clausola Generale (voce)*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 190.

lacunosità di ogni ordinamento giuridico, l'utilizzo delle clausole generali si è progressivamente affermato come una tecnica legislativa irrinunciabile per consentire all'ordinamento di "mantenersi attuale" risultando adattabile ad una realtà in continua evoluzione<sup>(3)</sup>. Ed, infatti, nell'ambito di una delle prime sistematizzazioni del concetto di clausola generale, ENGISCH affermava che «*la casistica è sempre esposta al pericolo di dominare una materia giuridica soltanto in modo frammentario e provvisorio. Tale pericolo viene evitato facendo ricorso alle clausole generali*»<sup>(4)</sup>.

Muovendo da questa prospettiva ENGISCH individuava un primo tratto distintivo delle clausole generali nella circostanza di essere portatrici di «*una forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica*»<sup>(5)</sup><sup>(6)</sup>. In tal senso, il *proprium* delle clausole generali veniva colto sotto il profilo della tecnica legislativa adottata in quanto «*contrappost[a] ad una costruzione "casistica" della fattispecie ... tale che descriva i singoli gruppi di casi nella loro specifica particolarità*»<sup>(7)</sup>. In particolare, secondo l'impostazione in esame, «*il vero significato delle clausole generali risiede nel settore della*

---

<sup>3</sup> RESCIGNO, P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 1 e p. 3.

<sup>4</sup> ENGISCH, K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 197.

<sup>5</sup> ENGISCH, K., *op. cit.*, p. 170.

<sup>6</sup> In accordo con la prevalente dottrina è opportuno sottolineare che il concetto di "generalità" si distingue da quello di "genericità" così come risulta diverso da quello di "ambiguità" e "vaghezza". La "generalità", in primo luogo, viene solitamente riferita agli enunciati nella misura in cui quest'ultimi predicano qualcosa rispetto alla totalità dei soggetti appartenenti ad una determinata classe; in ciò l'enunciato generale si distingue da quello generico in quanto quest'ultimo, pur riferendosi indistintamente ai soggetti appartenenti ad una classe, predica qualcosa che vale soltanto per taluni di essi. Viceversa, un enunciato si dirà "vago" qualora siano immaginabili casi limite di cui si è oggettivamente incerti che tale enunciato vi si riferisca, mentre il medesimo enunciato sarà "ambiguo" qualora sia possibile assumere più significati senza che il contesto di riferimento possa assumere un valore scriminante al riguardo. È opportuno altresì precisare che la vaghezza si distingue in "vaghezza socialmente tipica" e "vaghezza comune": nel primo caso il riferimento è a concetti valutativi che richiedono il riferimento a criteri di giudizio desunti dalla morale, dal costume e dalla cultura del momento, nel caso, invece, della "vaghezza comune" i concetti in questione non rinviano a criteri necessariamente extra-giuridici, ancorché richiedano comunque una qualche forma di integrazione valutativa da parte per poter essere applicate al caso concreto. Su tali distinzioni si veda LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, pp. 46 e segg. Nell'ambito di tale tassonomia le clausole generali si distinguono *in primis* sotto il profilo della "generalità" in quanto individuano la totalità delle fattispecie che, in seno all'ordinamento, sono (necessariamente) accomunate dalla proprietà di essere elusive (ovviamente nel senso definito dalla clausola stessa). Tuttavia, – come si dirà – il concetto di clausola generale su cui si registra maggior consenso è quello di norme non solo generali, ma anche caratterizzate dalla intenzionale presenza di concetti più o meno indeterminati (c.d. "concetti valvola" - nel senso di esibire una natura elastica capace di adeguarne il significato all'evolversi della realtà di riferimento)(VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, 2010, p. XV nonché LIBERTINI, M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, a cura di JAEGER, P., Milano, 2011, p. 116). La natura intenzionale dell'indeterminatezza delle clausole generali consente, quindi, di distinguere quest'ultime da norme che, pur essendo più o meno indeterminate, non possono dirsi clausole generali perché, pur ammettendo che abbiano una formulazione generale, sono indeterminate in via intenzionale, cioè non volontaria (ossia non come mezzo volontariamente scelto per poter disciplinare non solo un ampio numero di casi, ma anche – e soprattutto – per poter garantire elasticità all'ordinamento nel senso di renderlo progressivamente adattabile al futuro sviluppo della realtà di riferimento rispetto al momento storico della produzione legislativa).

<sup>7</sup> ENGISCH, K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 192.

*tecnica legislativa. In virtù della loro grande generalità esse permettono di sottomettere un maggior numero di rapporti concreti di fatto ad una conseguenza giuridica»* (8).

Tuttavia, come osservato dalla dottrina, tale circostanza non è di per sé esaustiva del *proprium* delle clausole generali – altrimenti il loro ruolo sarebbe quello di mere norme generali la cui applicazione verrebbe ad essere governata dal noto principio di specialità<sup>(9)</sup>. A tale riguardo è lo stesso ENGISCH<sup>(10)</sup> ad indicare – seppur con minor enfasi rispetto al requisito della “generalità” – l’altra caratteristica individuante delle clausole generali e cioè il fatto che la costruzione in forma non tipizzata della fattispecie comporta una qualche forma di autonomia nei confronti della legge da parte di chi è chiamato ad applicarla (es. giudice o Amministrazione). In tal senso le clausole generali verrebbero in rilievo quali norme<sup>(11)</sup> espressione di una scelta intenzionale del Legislatore allo scopo di introdurre un certo (maggior) coefficiente di elasticità nell’ordinamento al fine di allentare il vincolo di sottoposizione alla legge da parte della giurisdizione e dell’Amministrazione<sup>(12)</sup>.

Pertanto, secondo l’impostazione in esame, il tratto individuante delle clausole generali andrebbe ricondotto ad un duplice profilo: quello della “generalità” della fattispecie individuata dalla norma e quello del particolare apporto valutativo richiesto in sede di applicazione della clausola al caso particolare<sup>(13)</sup>.

Le elaborazioni più recenti del concetto di clausola generale denotano, tuttavia, un’inversione di tendenza esprimendosi in favore di un approccio teso a privilegiare o

---

<sup>8</sup> ENGISH, K., *op. cit.*, p. 197.

<sup>9</sup> LIBERTINI, M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, a cura di JAEGER, P., Milano, 2011, p. 131 e segg. In senso conforme a tale orientamento si veda anche DI MAJO, A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539, secondo cui «le clausole generali non debbono identificarsi a stretto rigore né con concetti indeterminati od elastici (ad es. ‘inadempimento grave’, licenziamento ‘senza giustificato motivo o giusta causa’, rilascio ‘per urgente necessità’ ecc., ‘unità produttiva insufficiente’) né con quelli normativi (‘diritto altrui’, ‘bene demaniale’, ‘danno ingiusto’ ecc.). Eppure frequente è la tentazione di identificarle con essi, accontentandosi di ravvisare una clausola generale ogni qualvolta il legislatore faccia rinvio ad un concetto, indeterminato o elastico. (...) se si identificassero le clausole generali con i c.d. concetti “indeterminati” od elastici, “esse si diffonderebbero in misura tale da perdere valore”. La pervasività delle clausole generali diventerebbe inarrestabile» (p. 540).

<sup>10</sup> ENGISH, K., *op. cit.*, p. 170.

<sup>11</sup> Secondo un orientamento della dottrina, in realtà, le clausole generali non sarebbero norme, ma frammenti di norme (VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. xix). Tuttavia, al di là dell’intrinseca correttezza di tale conclusione, è stato osservato come, in realtà, nella prassi della dottrina, sia soliti riferirsi alle clausole generali come norme complete (LIBERTINI, M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, a cura di JAEGER, P., Milano, 2011, p. 116, nota 5). Considerato che nell’ambito del diritto tributario è senza dubbio quest’ultima l’accezione di “clausola generale” comunemente assunta non pare utile, ai fini della presente indagine, concepire le clausole generali come “norme incomplete”.

<sup>12</sup> In tal senso si veda anche RODOTÀ, S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 721, sebbene con alcune importanti prese di distanza dalla prospettiva di ENGISCH.

<sup>13</sup> Sull’eventualità che la teoria sviluppata da ENGISCH si riferisca in realtà a due distinte accezioni di clausola generale, ossia come sinonimo di norma generale (cioè di norma a elevata generalità che descrive la fattispecie in termini riassuntivi) ovvero e come concetto bisognoso di integrazione valutativa. Si veda VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 14 e segg.

l'aspetto della genericità della fattispecie ( <sup>14</sup> ) ovvero quello dell'integrazione valutativa<sup>(15)</sup><sup>(16)</sup>. Parte della dottrina ha, infatti, osservato come le clausole generali «siano norme nelle quali ... vi è un'eccedenza di valori di contenuto 'assiologico' rispetto ai contenuti normativi abituali delle regole»<sup>(17)</sup> di talché «vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo i criteri che l'ordinamento stesso gli prescrive di seguire ... nelle clausole generali opera .... la delega a ricevere valori fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo»<sup>(18)</sup>; in tal senso, sempre nell'ambito delle elaborazioni della dottrina privatistica, è stato affermato che «le clausole generali ... impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta»<sup>(19)</sup>. Da costruzione della fattispecie (in modo non tassativo) l'essenza della clausola generale viene ora colta, o meglio valorizzata, sotto il profilo del suo atteggiarsi rispetto alla formazione giudiziale della regola. La clausola generale esprimerebbe, secondo alcuni, una direttiva verso il giudice «espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale»<sup>(20)</sup> richiedendo al suo destinatario una conseguente opera di “integrazione valutativa” di tipo extragiuridico<sup>(21)</sup>. Tuttavia, secondo una diversa impostazione l'integrazione valutativa di che trattasi andrebbe ricercata secondo una diversa prospettiva, ossia guardando non agli *standard* sociali, bensì ai principi e valori dell'ordinamento positivo <sup>(22)</sup>. A tale riguardo viene, infatti, affermato che «se da un lato è innegabile (anzi ovvio) che la presenza di nozioni giuridiche indeterminate nei testi normativi dà agli interpreti uno spazio di discrezionalità più ampio di quello che essi hanno di fronte a norme di regolazione dettagliata, ciò non significa che questa discrezionalità debba essere intesa come una delega al potere giudiziario di integrare liberamente la norma; deve piuttosto essere intesa come riconoscimento della complessità dei problemi e delle situazioni di fatto, a cui la norma si riferisce, e quindi dell'inopportunità di formulare testi legislativi dettagliati. Ma questo – se si crede al valore della legalità – accresce e non diminuisce l'onere dell'interprete di argomentare le proprie conclusioni in modo coerente con i valori

<sup>14</sup> RODOTÀ, S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709.

<sup>15</sup> RESCIGNO, P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 1.

<sup>16</sup> In quest'ottica sembra aver prevalso l'impostazione secondo cui il *proprium* dell'indeterminatezza tipica delle clausole generali non riguarderebbe l'aspetto della sua *intenzionalità*, quanto piuttosto quello di trattarsi di una indeterminatezza operante sul piano valutativo. Quindi, le clausole antielusivistiche verrebbe in rilievo non tanto come norme linguisticamente indeterminate, ma come norme assiologicamente indeterminate. Sul punto PIZZORUSSO, A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 662.

<sup>17</sup> RESCIGNO, P., *op. cit.*, p. 1.

<sup>18</sup> RESCIGNO, P., *op. cit.*, pp. 1-2.

<sup>19</sup> ROSELLI, F., *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, 1983, p. 329.

<sup>20</sup> Si veda anche MENGONI, L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5.

<sup>21</sup> MENGONI, L., *op. cit.*, p. 18.

<sup>22</sup> ROSELLI, F., *Le clausole generali*, oggi, in *Diritto romano attuale*, 10, 2003, p. 371.

ufficialmente riconosciuti nell'ordinamento»<sup>(23)</sup>. L' "integrazione valutativa" andrebbe, quindi, calata e riempita di contenuto all'interno di quegli orientamenti «che potremmo chiamare di giuspositivismo critico (o "moderato", che dir si voglia), che sono portati a riaffermare l'idea della tassatività delle fonti di diritto e a valorizzare il ruolo dell'argomentazione per principi, nell'interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche»<sup>(24)</sup> e ciò «anche nella necessaria opera di contemperamento fra principi diversi, incidenti su una stessa materia e sulle singole vicende»<sup>(25)</sup>. Tale impostazione risulterebbe, quindi, non distante dall'indicazione di RODOTÀ<sup>(26)</sup> secondo cui «le clausole generali non sono principi<sup>[27]</sup>, anzi sono destinate ad operare nell'ambito dei principi»<sup>(28)</sup>. Tuttavia, secondo tale autore, e proprio in ragione di tale circostanza, il momento dell' "integrazione valutativa" non dovrebbe essere considerato esclusivo (sebbene essenziale) della nozione di clausola generale – in quanto condiviso anche dai principi –, risultando, invece, caratterizzante l'altro dei profili individuati da ENGLISH, ossia quello della costruzione della fattispecie in termini "aperti" (cioè non tassativi) ed intenzionalmente indeterminati<sup>(29)</sup>.

Ad ogni modo, indipendentemente da quale posizione si voglia accogliere rispetto all'individuazione del *proprium* delle clausole generali, il momento dell'integrazione valutativa finirà pur sempre per connotarne i profili applicativi<sup>(30)</sup>. Se, infatti, vi è un generale consenso sul fatto che le norme generali presentino comunque una struttura aperta, nel senso di non fornire una compiuta qualificazione giuridica del fatto, allora, – che lo si ritenga e meno essenziale alla nozione di clausola generale – sarà pur sempre necessario un successivo contributo valutativo per riempire di contenuto la clausola generale cosicché possa poi essere applicata al caso concreto<sup>(31)</sup>. Muovendo da questa prospettiva le clausole generali verrebbero ad essere individuate assumendo una prospettiva "pragmatica" – più che semantica –, ossia isolandone le peculiarità così come vengono a rivelarsi nel momento della loro applicazione. E a tale riguardo è stato osservato che mentre per le norme che non contengono clausole generali «è il fatto concreto che va 'sussunto' nella 'norma' (già data)», in presenza di clausole generali «è il giudizio di fatto (espresso sulla base di parametri extralegali: 'principi dell'etica o del costume', 'canoni estetici', 'regole economiche' e così via) a riempire il contenuto e a 'concretizzare' la clausola generale»<sup>(32)</sup>. Volendo

<sup>23</sup> LIBERTINI, M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, a cura di JAEGER, P., Milano, 2011, p. 123.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> LIBERTINI, M., *op.cit.*, p. 124.

<sup>26</sup> RODOTÀ, S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709.

<sup>27</sup> Che per l'Autore sono «indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte» (RODOTÀ, S., *op.cit.*, p. 721).

<sup>28</sup> RODOTÀ, S., *op.cit.*, p. 721.

<sup>29</sup> RODOTÀ, S., *op.cit.*, p. 723. Secondo l'Autore, infatti, non tutte le norme con fattispecie aperta sarebbero clausole generali; lo sarebbero soltanto quelle nelle quali l'indeterminatezza che dipende dalla natura aperta della fattispecie è intenzionale (RODOTÀ, S., *op.cit.*, pp. 727-728).

<sup>30</sup> In tal senso si veda VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 19.

<sup>31</sup> D'AMICO, G., *op. cit.*, p. 438.

<sup>32</sup> D'AMICO, G., *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, p. 446.

esemplificare può essere utile soffermarsi brevemente sul contenuto del primo comma dell'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/73 in cui, secondo uniforme dottrina<sup>33</sup>, sarebbe contenuta una clausola antielusiva generale – sebbene sia poi stata resa “quasi-generale”, come si chiarirà, in virtù di quanto disposto al successivo comma 3°. La disposizione in commento prevede che “sono inopponibili all’amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall’ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”. In tal caso la struttura aperta della fattispecie può essere fatta discendere anche dall’utilizzo (intenzionale, come si chiarirà) del sintagma “valide ragioni economiche” che non solo si distingue per la sua intrinseca indeterminatezza<sup>34</sup>, ma anche per il fatto di porre un necessario rinvio a *standard* valutativi del comportamento economico<sup>35</sup> al fine di poter dare contenuto alla clausola generale e, per l’effetto, dedurre l’applicazione al caso concreto<sup>36</sup>. Ciò comporta che per applicare al caso particolare la predetta clausola generale occorrerà attingere ad uno schema di ragionamento opposto a quello della sussunzione, atteso che sarà necessaria una preliminare qualificazione del fatto alla luce dello *standard* delle “valide ragioni economiche” contenuto nella stessa norma che vi vuole applicare<sup>37</sup>. Muovendo dalla prospettiva appena esemplificata le peculiarità delle clausole generali verrebbero così ad essere valorizzate rispetto ad una tendenziale inversione del classico modello di applicazione delle norme basato sulla sussunzione<sup>38</sup> per accedere, invece, ad un modello in cui si ha «prima il fatto che viene valutato secondo lo standard<sup>39</sup>, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione ... l’integrazione della norma non si verifica al livello dell’interpretazione, ma a quello della sua applicazione al caso di specie: il fatto, e non la norma, è il punto di riferimento per l’impiego dello standard, la norma è integrata dallo standard perché il fatto cui essa viene applicata è valutato sulla base dello

<sup>33</sup> *Ex pluribus* FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, pp. 210-211; MASTROIACOVO, V., *Dalla norma generale e astratta all’applicazione concreta*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012 pp. 360-361.

<sup>34</sup> FLICK, G.M., *Abuso del diritto ed elusione fiscale- quale rilevanza penale?*, in *Giur. comm.*, 4, 2011, p. 485.

<sup>35</sup> ZIZZO, G., *Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione*, in *Rass. trib.*, 1, 2008, p. 173; TABELLINI, P.M., *L’elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 239.

<sup>36</sup> Nella prospettiva appena considerata del “giuspositivismo moderato” tale integrazione valutativa del concetto di “valida ragione economica” dovrà, comunque, essere riconciliata e giustificata entro i principi e valori dell’ordinamento *positivo*.

<sup>37</sup> Come si chiarirà tale operazione presenta, tuttavia, delle ulteriori complicazioni poiché il requisito delle valide ragioni economiche entra nella fattispecie elusiva solo come elemento negativo (Cfr. VANZ, G., *L’elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1606).

<sup>38</sup> In via schematica tale modello di ragionamento si snoda lungo i seguenti momenti: premessa maggiore costituita dalla norma, premessa minore costituita dal fatto, conclusione di tipo deduttivo. Si veda al riguardo:

<sup>39</sup> In tale contesto la nozione di “*standard*” è usata per riferirsi agli elementi da cui dipende l’ “apertura” delle clausole generali (VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 21). Sul punto si veda anche FALZEA, A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, p. 4.

standards»<sup>40</sup>). Tale prospettiva appare particolarmente feconda in quanto è proprio dal lato dell'applicazione che le clausole generali presentano maggiori problemi e difficoltà – atteso che l'opera d'integrazione valutativa, così come appena descritta, risulta particolarmente delicata ed idonea a trasmodare in discrezionalità ed arbitrio. Tuttavia, non sembra che un approccio “monistico” alla teoria delle clausole generali possa dirsi risolutivo; infatti, non può essere trascurato che la valorizzazione del diverso profilo attinente alla costruzione secondo una fattispecie aperta delle clausole generali consente, da un lato, di distinguerle dai principi – che invece sarebbero privi di fattispecie – e, dall'altro, di considerarle sempre subordinate a quest'ultimi – in quanto espressivi di valori fondamentali dell'ordinamento. Tale aspetto non pare debba essere trascurato atteso che sembra particolarmente utile per garantire che il momento dell'integrazione valutativa – che come visto appare innegabile – venga ad essere esercitata in conformità ai presupposti dell'ordinamento di cui la clausola generale è essa stessa parte. Da questa prospettiva appare, quindi, conferita maggior tutela all'ipotesi secondo cui le clausole generali svolgerebbero il ruolo di “valvole di sicurezza”<sup>41</sup> in grado sì di assicurarne l'elasticità ed adattabilità dell'ordinamento all'evoluzione della realtà, ma pur sempre nel rispetto dei valori che di tale ordinamento sono il fondamento. In tal senso risulta essersi espressa la stessa Corte di Cassazione che in più occasioni ha sottolineato come l'integrazione valutativa richiesta dalle clausole generali non possa limitarsi ad elementi extragiuridici (es. standard sociali o economici), ma debba ad ogni modo passare per i criteri e principi desumibili dall'ordinamento<sup>42</sup>).

Pertanto, quale punto di riferimento per le successive riflessioni, appare ragionevole riferirsi alle clausole generali sotto una duplice prospettiva: da un lato quella della costruzione generale, non tassativa – ossia “aperta” – della fattispecie e, dall'altro, quello della necessità di una particolare integrazione valutativa, non riducibile a riferimenti extragiuridici, che consenta – secondo un modello di ragionamento diverso da quello classico della sussunzione sillogistica – di dedurne l'applicazione al caso concreto.

## 1.2 *Diritto tributario e clausole generali: il ruolo della riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost.*

La nozione di clausola generale desumibile dalle riflessioni svolte dalla dottrina privatistica non sembra immediatamente applicabile ad una disciplina, quale quella tributaria, soggetta alla riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost secondo cui *nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*. Va, infatti, ricordato che attraverso tale riserva si è inteso garantire non solo la partecipazione dei consociati alle scelte fiscali, ma anche che il prelievo, trovando legittimazione soltanto nella legge, risulti

---

<sup>40</sup> TARUFO, M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R., II, Torino, 1989, p. 439.

<sup>41</sup> Espressione utilizzata, tra gli altri, in TRABUCCHI, A., *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, tomo 2, Milano, 1978, p. 2087.

<sup>42</sup> *Ex multis* Cass. 17 gennaio 1991, n. 401; Cass. 13 aprile 1999, n. 3645; Cass. 8 maggio 2000, n. 5822; Cass. 3 agosto 2001, n. 10750; Cass. 26 luglio 2002, n. 11109.

sottratto all'arbitrio del giudice e dell'Amministrazione<sup>(43)</sup>. Si è visto, invece, che per poter applicare al caso concreto una clausola generale è necessaria una qualche forma d'integrazione valutativa. Tale circostanza potrebbe, quindi, celare l'implicita assegnazione di un ruolo creativo al giudice o all'Amministrazione invadendo così una sfera di competenze che la Costituzione – ai sensi dell'art. 23 Cost. – ha, invece, riservato al solo Legislatore. Non pare, quindi, un caso se parte della dottrina è giunta a qualificare l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73 – nonostante quest'ultimo abbia introdotto una clausola antielusiva soltanto “quasi-generale”<sup>(44)</sup> – come una norma che «dal punto di vista della riserva di legge, ... sembra ... porsi al limite della legittimità costituzionale»<sup>(45)</sup>. In quest'ottica è stata, quindi, giudicata “pericolosa” un'interpretazione dell'art. 37-bis che, al di là di una tassonomia esplicita delle operazioni astrattamente elusive, vi rintracci una clausola generale antielusiva sintetizzabile nella mancanza di valide ragioni economiche, solo in parte temperata dalla necessità che la condotta del contribuente costituisca un aggiramento di obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario finalizzato ad ottenere riduzioni di imposta o rimborsi altrimenti indebiti<sup>(46)</sup>.

Occorre, quindi, chiedersi in che termini una clausola antielusiva generale in senso stretto (cioè applicabile in via uniforme all'interno dell'ordinamento e senza limitazioni in termini di fattispecie accertabili) possa risultare compatibile con il contenuto della riserva di legge previsto dall'art. 23 Cost.<sup>(47)</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. C. Cost. 16 gennaio 1957, n. 4, secondo cui «il principio posto nell'art. 23 della Costituzione esige non soltanto che il potere di imporre una prestazione abbia base in una legge, ma anche che la legge, che attribuisce tale potere, indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore nell'esercizio del potere attribuitogli». In senso conforme anche C. Cost., 26 gennaio 1957, n. 30; C. Cost., 18 marzo 1957, n. 47; C. Cost., 27 giugno 1959, n. 36; C. Cost., 6 luglio 1960, n. 51; C. Cost. 11 luglio 1961, n. 40 e C. Cost., 30 luglio 1962, n. 2.

<sup>44</sup> Va, infatti, osservato che l'art. 37-bis, come si vedrà, non configura un clausola antielusiva generale in senso stretto atteso che per effetto di quanto previsto al comma 3° del medesimo articolo quest'ultimo risulta applicabile solo nei casi in cui il comportamento elusivo si sia avvalso di una delle operazioni indicate al predetto comma.

<sup>45</sup> FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 61. A tale riguardo è stato osservato, pur prendendo atto di un generale difetto di determinatezza dell'art. 37-bis e, quindi, di una possibile non piena conformità all'art. 23 Cost., che tale aspetto sarebbe però controbilanciato dall'istituto dell'interpello preventivo previsto dal comma 8° del medesimo articolo (RUSSO, P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, p. 231). In una prospettiva comparata si veda anche DE BROE, L., MALHERBE, J., *Réalité juridique et réalité économique*, in *Journal de Droit Fiscal*, 1988, p. 322.

<sup>46</sup> Così MASTROIACO, V., *Dalla norma generale e astratta all'applicazione concreta*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012 pp. 361-362 in riferimento a FEDELE, A., *op. cit.*, 2005, p. 61.

<sup>47</sup> Tale questione è stata posta anche con riferimento agli ordinamenti di *Common Law* con riferimento al principio del *rule of law* (PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? A comparative study*, in *Saint Louis University Law Journal*, 21, 2010, p. 22). In particolare, è stato osservato che se lo scopo del *rule of law* è quello di garantire effettività ai valori che la legge intende promuovere ne consegue che dal *rule of law* stesso discende quel principio di certezza dei rapporti giuridici che impone una formulazione chiara e precisa delle norme (altrimenti prevarrebbe l'arbitrio e, con esso, la frustrazione dei valori che la legge intendeva promuovere) (p. 28). In particolare, viene rilevato che la certezza richiesta dal *rule of law* si estrinseca in una costruzione delle legge secondo il modello casistico, ossia secondo una delimitazione analitica delle fattispecie imponibili (p. 28). Viene però al contempo osservato che l'intangibilità di una tale impostazione verrebbe,



Prima di procedere appare, tuttavia, doverosa una breve premessa. Storicamente la giustificazione in ambito tributario dell'art. 23 Cost. è stata data nei termini del noto principio di "autotassazione" o del consenso al tributo<sup>(48)</sup> secondo cui «solo il cittadino, attraverso i suoi rappresentanti politici in Parlamento, può fissare le limitazioni alla libertà, stabilendo delle prestazioni coattive, in genere di contenuto patrimoniale; e perché costituisce in tal modo una garanzia per la libertà del singoli, sottraendola agli arbitri del potere esecutivo»<sup>(49)</sup>. Come osservato dalla dottrina tale principio ha radici antiche<sup>(50)</sup> affermandosi quale regola di garanzia secondo cui tutte le limitazioni autoritativamente imposte alla libertà

---

evidentemente, messa in discussione dalla presenza di una clausola antielusiva generale (Ivi, p. 41) che, nella sua essenza, consentirebbe di tassare i fatti imponibili secondo un modulo giuridico alternativo a quello formalmente adottato dal contribuente e corrispondente ad uno specifico "caso" rintracciabile nella legge qualora la sua integrazione risulti motivata dall'esclusivo o prevalente fine di ottenere un risparmio d'imposta (Ivi, pp. 28-30). Si pone, quindi, l'esigenza di giustificare la presenza di una siffatta clausola all'interno di un ordinamento governato dal principio del *rule of law*. A tale riguardo viene in primo luogo osservato che l'elusione fiscale merita di essere contrastata poiché comporta una violazione dei principi di equità orizzontale, secondo cui «*people in the same economic position should be taxed at the same rate*» (p. 38) e di neutralità, in forza del quale «*people should not make decisions for purely (or even partially) tax reasons*» (p. 39). In secondo luogo, si osserva che è lo stesso metodo casistico a cui guarda il principio del *rule of law* a costituire il terreno fertile in cui fiorisce l'elusione fiscale: una tassazione "per casi" favorisce la costruzione di operazioni secondo una forma giuridico-economica scelta soltanto (o prevalentemente) per la sua idoneità ad integrare (carpendo la buona fede del Legislatore) un "caso" a cui risulta ricollegato un minor prelievo (Ivi, p. 35 e p. 45). Se ne ricava, quindi, che «*tax avoidance exploits the formality of the law and, in doing so, exploits the values of the rule of law itself. It attacks those values while pretending to honor them*» (Ivi, p. 45). Da questa prospettiva viene, quindi, accolta la tesi per cui l'elusione fiscale mal si presta ad essere contrastata mantenendo ferma una rigida applicazione del principio del *rule of law*, ossia conservando un approccio "casistico": «*specific anti-avoidance rules cannot combat the more creative forms of tax avoidance that employ transactions governments cannot predict. Consequently, many tax systems feature general anti-avoidance rules in addition to specific ones*» (p. 25). Si giunge, così, alla conclusione secondo cui «*[a]dherence to the rule of law can often interfere with a society's other goals – come quelli dell'equità orizzontale e della neutralità della tassazione*» (p. 45) e che, quindi, «*the rule of law is not an unqualified good. As with all principles, the rule of law can be outweighed by competing considerations*» (p. 40). Secondo tale orientamento della dottrina si deve, pertanto, accogliere la tesi secondo cui «*[a]s with all principles, the rule of law can be outweighed by competing considerations*» (p. 45). Va però osservando che secondo l'impotazione in questione le clausole generali costituiscono pur sempre delle eccezioni al principio di *rule of law*: «*...while general anti-avoidance rules themselves are justified, they also are useful in showing exactly why we value the rule of law. Most societies with developed legal systems tend not to breach the rule of law very often. As a rare example of a breach, general anti-avoidance rules are a useful reminder of why values such as certainty are important*». Come si vedrà tali riflessioni, sebbene il contenuto del principio del *rule of law* non sia del tutto sovrapponibile a quello di "riserva di legge" presente negli ordinamenti di *Civil Law* (cfr. , p. 140), presentano alcuni punti di contatto con le riflessioni svolte dalla dottrina nazionale in merito ai rapporti tra metodo casistico, elusione fiscale e contenuto della riserva di legge posta dall'art. 23 in ambito tributario. A tale riguardo si può però anticipare sin d'ora che la dottrina nazionale ha con fermezza preso le distanze da una tendenziale identificazione tra riserva di legge e metodo casistico – che, invece, sarebbe presupposta dal principio del *rule of law* secondo l'orientamento appena ricordato. Conseguentemente, la giustificazione dell'esistenza di una clausola antielusiva generale all'interno dell'ordinamento nazionale non verrebbe a presentarsi nei termini di una eccezione alla riserva di legge – anche perché, se così fosse, sarebbe estremamente difficile ammetterne una sua conformità alla Costituzione.

<sup>48</sup> SERRANÒ M.V., *La riserva di legge tributaria ed il consenso al tributo*, Torino, 2008, pp. 35 e segg.

<sup>49</sup> BALDUZZI, R., SORRENTINO, F., *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1989, p. 1207.

<sup>50</sup> Per un'analisi di tale aspetto, anche dalla prospettiva della sua evoluzione storica, si veda, BIZIOLI, G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008, pp. 189 e segg.

(patrimoniale) dei singoli avrebbero richiesto il previo consenso degli obbligati. L'art. 23 Cost., prevedendo che *nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*, verrebbe quindi a porsi nel solco della tradizione appena ricordata<sup>(51)</sup>.

Sul punto la dottrina non ha però mancato di osservare come la progressiva inclusione nel termine “legge” anche degli atti aventi forza di legge, ed in particolare dei decreti legge, abbia in parte depotenziato il ruolo dell'art. 23 Cost. rispetto all'attuazione del principio del consenso all'imposizione<sup>(52)</sup>. Altra parte della dottrina ha poi osservato che nel nostro ordinamento sarebbe mancata una realizzazione in senso stretto del principio di “autotassazione” non essendo rintracciabile – in aggiunta al meccanismo elettivo-rappresentativo – un diffuso ed effettivo primato dell'individuo e dei suoi diritti sul dovere tributario – presente, invece, nei paesi anglosassoni<sup>(53)</sup>.

Nelle elaborazioni più recenti della dottrina si è, quindi, giunti a ricondurre la giustificazione dell'art. 23 Cost. non tanto al piano del “consenso alla tassazione”, quanto a quello della sua funzione di garanzia rispetto agli arbitri del giudice e dell'Amministrazione – ancorché si sia preso atto di una particolare tenuità di tale funzione essendo comunque subordinata al perseguimento di finalità di interesse generale rispetto all'integrità del patrimonio del singolo<sup>(54)</sup>.

Nello sviluppo di tale prospettiva si è poi giunti ad affermare che *«la riserva di legge non è un limite, né uno strumento per assicurare il consenso al tributo, ma una allocazione necessaria, in un contesto costituzionale rigido e policentrico, alla funzione solidale assegnata al sistema dei tributi ed alla giurisdizione superiore sulle norme distributive che declinano il dovere fiscale e l'interesse generale in un quadro di valori dati»*<sup>(55)</sup>. In tal senso la garanzia che il contribuente ritrae dall'art. 23 Cost. non starebbe soltanto nel mezzo delle scelte tributarie – cioè la legge –, che pure si rende necessario per evitare il ricordato arbitrio

---

<sup>51</sup> BORIA, P., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, p. 140.

<sup>52</sup> BIZIOLI, G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008, p. 208.

<sup>53</sup> In tal senso ANTONINI, L., *Sussidiarietà fiscale, la riforma della democrazia*, Milano, 2005, pp. 26-29. Secondo parte della dottrina esempio di tale circostanza sarebbe rappresentato dall'art. 75, comma 2 Cost., che esclude il ricorso al *referendum* rispetto alle leggi tributarie. Non ammettendo questo istituto di democrazia diretta, il Costituente ha implicitamente limitato, se non escluso, la rilevanza dell'autoimposizione, talché è necessario ricercare un'altra base per la norma dell'art. 23 che va trovata nell'interesse pubblico generale alla vita e alla conservazione delle varie collettività, riconosciute dalla Costituzione (LOMBARDI, G.M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, pp. 384 e segg.). A tale riguardo si può però osservare che, come osservato da MICHELI il divieto in parola risulta perfettamente coerente con il principio dell'autoimposizione atteso che quest'ultimo non riguarda il concetto diretto del cittadino, ma quello mediato attraverso i suoi rappresentanti politici (MICHELI, G., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 48). Sugli aspetti patologici del procedimento legislative in materia tributaria, anche nell'ottica di un indebolimento del ruolo “consenso”, si veda VISCO, V., *Alcune osservazioni sulla formazione delle decisioni legislative in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1991, p. 261; MARONGIU, G., *Disposizioni sulla legge tributaria in generale*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, p. 337.

<sup>54</sup> FEDELE, A., *Art. 22-23: rapporti civili*, a cura di BRANCA, G. e PIZZORUSSO, A., Bologna-Roma, 1978, pp. 30-31 e pp. 133-135. Ciò spiegherebbe, altresì, perché la riserva in questione venga intesa con maggior rigidità nel caso delle prestazioni imposte di natura personale.

<sup>55</sup> SCALINCI, C., *Il tributo senza soggetto. Ordinamento e fattispecie*, Padova, 2011, p. 90.

del giudice e dell'Amministrazione –, quanto, piuttosto, nella *qualità* dell'ordinamento prodotto da tali scelte che, in quanto sottoposte alla Costituzione, devono pur sempre porsi nel rispetto del valore e dignità dell'individuo così come risultanti da un complessivo bilanciamento dei principi costituzionali (<sup>56</sup>).

Muovendo da questo prospettiva il rapporto tra clausole generali e art. 23 Cost. dovrà essere valutato non soltanto con riferimento ai possibili aspetti di arbitrio del giudice o dell'Amministrazione, ma anche rispetto ad un eventuale impoverimento della *qualità* dell'ordinamento nel senso appena indicato. Ciò significa che dovrà essere prestata particolare attenzione ai termini entro cui condurre quell'attività d'integrazione valutativa necessaria, come visto, per poter applicare al caso concreto le clausole generali (ad es. accogliendo o meno la possibilità di ricorrere a criteri e valori extralegali, come quelli desumibili dalla coscienza sociale, che, come ricordato, risultano, invece, ammessi con un certo consenso per le clausole generali operanti nel diritto civile (<sup>57</sup>)).

Tanto premesso, va ora chiarito che tipo di vincoli imponga l'art. 23 Cost. sulle fonti dell'obbligazione tributaria(<sup>58</sup>).

Rispetto a tali interrogativi appare opportuno prendere le mosse dalla comune opinione della dottrina(<sup>59</sup>) e della giurisprudenza costituzionale(<sup>60</sup>) secondo cui la riserva di legge in questione si qualifica come relativa(<sup>61</sup>) nel senso di non esigere che la prestazione imposta sia tale *per* legge, bensì *in base* alla legge. Da tale assunto discende che non tutti gli elementi della prestazione imposta dovranno essere indicati e configurati dalla legge, ma solo il suo contenuto minimo(<sup>62</sup>). Altrimenti detto, la distinzione tra riserva assoluta e riserva relativa si

---

<sup>56</sup> CARPENTIERI, L., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, p. 141 nonché ANTONINI, L., *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte: la problematica parabola dell'antico istituto*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1680. In tal senso si veda anche FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 47.

<sup>57</sup> VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, pp. 13 e segg.

<sup>58</sup> Come si vedrà, non sembra che l'osservanza del parametro costituzionale in commento imponga una costruzione casistica della norma tributaria, né sembra che una presa di distanza da tale costruzione comporti una generale indeterminatezza delle fattispecie impositive ovvero l'accettazione della discussa tesi dell'ammissibilità dell'analogia in ambito tributario.

<sup>59</sup> DE MITA, E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011, pp.107 e segg.; CARPENTIERI, L., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, pp. 139-140; FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 144; FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 37; MARONGIU, G., MARCHESELLI, A., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2009, pp. 16-17; RUSSO, P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, p. 45; TESAURO, F., *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2007, p. 20 e segg.; MANZONI, I., VANZ, G., *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Torino, 2008, pp. 29-29.

<sup>60</sup> C. Cost. 16 giugno 1959, n. 36; C. Cost. 4 maggio 1966, n. 48; C. Cost. 1 luglio 1969, n. 129; C. Cost., 16 maggio 1973, n. 67; C. Cost. 23 gennaio 1986, n. 34; C. Cost. 15 marzo 1994, n. 90; C. Cost. 10 giugno 1994, n. 236; C. Cost., 20 maggio 1996, n. 157; C. Cost. 31 maggio 1996, n. 180; C. Cost., 27 luglio 2001, n. 323; C. Cost. 28 dicembre 2001, n. 435; C. Cost. 10 aprile 2003, n. 123; C. Cost. 14 giugno 2007, n. 190.

<sup>61</sup> La *ratio* di tale scelta è stata ricondotta al fatto che per le peculiarità della disciplina tributaria sovente si rende necessaria una regolamentazione degli aspetti più tecnici e di dettaglio, per i quali la legge e agli atti ad essa equiparati sono parsi poco indicati (CARPENTIERI, L., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012)142).

<sup>62</sup> CIPOLLINA, S., *La riserva di legge in materia fiscale*, in *Diritto tributario e corte costituzionale*, a cura di PERRONE, L. e BERLIRI, C., Napoli, 2006, pp. 173 nonché C. Cost., 26 gennaio 1957, n. 4.

traduce in una diversa estensione della competenza assegnata dalla Costituzione alla legge: sono relative le riserve dove non l'intera materia è attribuita alla legge, ma solo i suoi fondamenti ossia il suo "contenuto minimo", mentre sono assolute quelle che prescrivono che la legge disciplini compiutamente la materia<sup>(63)</sup>.

È controverso, tuttavia, come tale "contenuto minimo" debba essere concretamente individuato. Secondo un primo orientamento della Corte Costituzionale – maggiormente garantista – non sarebbe sufficiente l'indicazione dei presupposti oggettivi e soggettivi della prestazione, ma la legge dovrebbe altresì indicare i "controlli" in modo «*da non lasciare adito all'arbitrio*»<sup>(64)</sup>. Altrove la Corte si è, invece, espressa limitando il contenuto minimo da indicarsi mediante legge agli elementi necessari per individuare i profili soggetti ed oggettivi della prestazione imposta<sup>(65)</sup> precisando, tuttavia, in talune pronunce, che la sfera dei controlli – poiché «*concorre ad escludere l'eventualità di arbitrii da parte dell'Amministrazione*»<sup>(66)</sup> – deve comunque poter essere desumibile dalla destinazione della prestazione, dalla composizione e dal funzionamento degli organi competenti a determinarne la misura<sup>(67)</sup>.

È stato, quindi, osservato<sup>(68)</sup> – non senza critiche, come si vedrà – che l'orientamento della Corte Costituzionale appare stabile nell'includere le norme di natura sostanziale – cioè quelle impositrici (cioè fonte di obblighi di contribuzione) e sanzionatorie<sup>(69)</sup> – nell'ambito della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost., mostrando, invece, più di un'incertezza rispetto alle norme di natura procedimentale (cioè sulla procedura amministrativa, giurisdizionale e sulle prove)<sup>(70)</sup>. Conseguentemente, sarebbero parte del "contenuto minimo" coperto dalla riserva di legge solo gli elementi necessari per l'identificazione della prestazione tributaria, ossia il suo presupposto ed i soggetti obbligati (contribuente, sostituto, responsabile)<sup>(71)</sup>.

La sfera dell'accertamento – di cui ad es. potrebbe essere ritenuta a parte la clausola antielusiva –, così come quella della determinazione quantitativa della prestazione<sup>(72)</sup>, non sarebbero, pertanto, oggetto di alcuna riserva ai sensi dell'art. 23 Cost. <sup>(73)</sup>.

---

<sup>63</sup> AMATO, G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 262 (specialmente p. 269); TOSATO, E., *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Scritti in onore di G. Ambrosini*, Milano, 1970, pp. 2107.

<sup>64</sup> C. Cost. 8 luglio 1957, n. 122, C. Cost. 31 maggio 1996, n. 180.

<sup>65</sup> C. Cost. 5 febbraio 1986, n. 34.

<sup>66</sup> C. Cost., 5 maggio 1988, n. 507.

<sup>67</sup> In senso conforme C. Cost. 16 maggio 1994, n. 182.

<sup>68</sup> FEDELE, A., *Art. 22-23: rapporti civili*, a cura di BRANCA, G. e PIZZORUSSO, A., Bologna-Roma, 1978 pp. 108 e segg.

<sup>69</sup> FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, pp. 82 e segg.

<sup>70</sup> FALSITTA, G., *op. cit.*, p. 85.

<sup>71</sup> FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I - Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, a cura di FALSITTA, G., Padova, 2011, p. 108; FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 145.

<sup>72</sup> A tale riguardo va però osservato che secondo la Corte Costituzionale la legge deve, in ogni caso, indicare i principi e le direttive di riferimento. Quindi, attraverso le fonti diverse dalla legge, la determinazione del *quantum* dell'imposta potrà essere disciplinata soltanto in un'ottica di attuazione dei principi forniti dalla legge e, quindi, di indicazione di una disciplina di dettaglio che, altrimenti, sarebbe stato difficile indicare in una legge stante – come spesso accade – l'elevato tecnicismo della disciplina tributaria e il sussistere, al riguardo, di un certo grado di discrezionalità (tecnica) dell'Amministrazione. Sul punto *ex multis* C. Cost. 8 luglio

Tale conclusione ha, tuttavia, ricevuto alcune critiche. Come rilevato da MICHELI «si potrebbe osservare che pure le norme relative all'accertamento riguardano proprio la realizzazione del diritto di credito che consegue a favore dell'ente dall'esercizio della potestà di imposizione e quindi concerne la concretizzazione del diritto medesimo. Come tali anche siffatte norme dovrebbero essere riportate al principio enunciato nell'art. 23»<sup>(74)</sup>. Peraltro, la distinzione tra norme sostanziali – cioè identificative del presupposto del tributo – e norme procedurali risulta non sempre dai contorni definiti <sup>(75)</sup>. Potrebbero, infatti, darsi norme relative all'accertamento che, in ragione dei poteri attribuiti all'Amministrazione, possono finire per incidere in modo sostanziale sulla delimitazione ed apprezzamento del presupposto del tributo<sup>(76)</sup>. Più ingenerale è stata rilevata una tendenziale interdipendenza tra norme procedimentali. Si è affermato, al riguardo, che gli istituti propri della normativa procedimentale si presentano così strettamente connessi alla realizzazione dell'interesse finale – la corretta attuazione del prelievo – da risultare quasi confuse con la disciplina più specificatamente sostanziale (cioè relativa alla costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche soggettive in funzione di una legittima commisurazione dell'obbligo di contribuzione alle pubbliche spese)<sup>(77)</sup>. In altri termini, la rilevanza della distinzione tra le due tipologie di norme si è fortemente ridimensionata sul presupposto – condiviso anche dalla Corte Costituzionale<sup>(78)</sup> – della funzione integrativa svolta dalle norme procedimentali rispetto alla disciplina sostanziale di cui sono strumento. In tal senso, e nell'ottica delle finalità garantiste della riserva di legge posta dall'art. 23 e sulla necessità, come visto, di un suo apprezzamento nel complesso dei principi costituzionali riguardanti i diritti e la dignità dell'individuo, appare feconda l'osservazione di quella parte della dottrina secondo cui «l'area di operatività della riserva di legge in materia di prestazioni imposte dovrebbe ... estendersi oltre l'area delle norme di natura esclusivamente "sostanziale", in ragione della anche parziale tutela riconosciuta ad interessi "sostanziali" pur nell'ambito di una disciplina con funzione essenzialmente "formale"»<sup>(79)</sup>. Tale prospettiva pare inoltre trovare ulteriore

---

1957, n. 122; C. Cost. 27 giugno, 1959, n. 36; C. Cost. 6 luglio 1960, n. 51; C. Cost. 16 dicembre 1960, n. 70; 30 gennaio 1962, n. 2; 5 febbraio 1986, n. 34.

<sup>73</sup> FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 83 così anche AMATUCCI, F., *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2011, p. 39; MARONGIU, G., MARCHESELLI, A., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2009, p. 18; RUSSO, P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, p. 47; FERLAZZO NATOLI, L., *Diritto Tributario*, Napoli, 2010, p. 32.

<sup>74</sup> MICHELI, G., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 51.

<sup>75</sup> FRANSONI, G., *Tipologia e struttura della norma tributaria*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, pp. 256-257.

<sup>76</sup> Come si vedrà pure questo il caso proprio delle norme antielusive generali (cfr. GALLO, F., *Rilevanza penale elusione*, in *Rass. trib.*, 2, 2001, p. 321).

<sup>77</sup> FRANSONI, G., *Tipologia e struttura della norma tributaria*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, p. 256.

<sup>78</sup> C. Cost. 10 febbraio 1997, n. 37 nonché FRANSONI, G., *Nozione di legge tributaria e ratio del divieto di referendum abrogativo in materia tributaria*, in *Riv. giur. trib.*, 1997, p. 906.

<sup>79</sup> FEDELE, A., *Rapporti tra nuovi metodi di accertamento e principio di legalità*, in *Riv. dir. trib.*, 3, 1995, p. 242. Si veda anche FEDELE, A., *La nozione di tributo e l'art. 75 cost.*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 17.

conforto nel fatto che, come osservato da parte della dottrina<sup>(80)</sup>, al progressivo indebolimento in seno alla giurisprudenza costituzionale della riserva di legge posta dall'art. 23 ha fatto seguito una rivalutazione del ruolo della disciplina legislativa della fase attuativa dell'imposizione – ossia delle norme procedurali – al fine di verificare il rispetto da parte del Legislatore delle finalità di garanzie proprie della riserva di legge in questione<sup>(81)</sup>.

Se, dunque, l'operatività della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. deve, ragionevolmente, essere estesa – o meglio, riferita – anche alle norme di carattere procedimentale, ne consegue che, anche ove la clausola antielusiva generale fosse concepita come una norma di natura procedimentale<sup>(82)</sup>, ciò non costituirebbe elemento per ritenerla sottratta ai vincoli posti dall'art. 23 Cost.<sup>(83)</sup>. In ogni caso, quindi, dovrà ritenersi inammissibile, per violazione dell'art. 23 Cost., l'introduzione di una norma antielusiva generale mediante fonti diverse dalla legge (es. prassi amministrativa o orientamenti giurisprudenziali).

Ciò comporta, altresì, che l'introduzione di una siffatta clausola dovrà avvenire secondo una formulazione idonea a garantire un rispetto non soltanto formalistico dell'art. 23 Cost.

A tale riguardo va però premesso che il rigore della riserva di legge in commento è stato diversamente declinato a seconda che la prestazione imposta abbia natura personale ovvero patrimoniale<sup>(84)</sup>. Viene, infatti, riconosciuta una maggior rigidità nel caso delle prestazioni personali – visto il particolare rilievo all'interno della Costituzione dei diritti di libertà<sup>(85)</sup> –, ancorché nell'ambito delle prestazioni patrimoniali venga assegnata maggior

---

<sup>80</sup> MORANA, D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte: l'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, p. 142; ANTONINI, L., *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte: la problematica parabola dell'antico istituto*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1680.

<sup>81</sup> È emblematica di tale orientamento della giurisprudenza costituzionale la sentenza del 9 maggio 1994, n. 182 in cui la Corte, dopo aver ricordato il carattere relativo della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost., ha affermato che quest'ultimo «è rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione, purché gli stessi siano desumibili dalla destinazione della prestazione ovvero dalla composizione e dal funzionamento degli organi competenti a determinarne la misura (sentt. nn. 90 del 1994, 507 del 1988, 67 del 1973, 21 del 1969, 55 del 1963, 51 del 1960 e 4 del 1957), o quando esista, per l'emanazione dei provvedimenti amministrativi concernenti le prestazioni, un modulo procedimentale a mezzo del quale si realizzi la collaborazione di più organi, al fine di evitare eventuali arbitri dell'amministrazione (sent. n. 34 del 1986)».

<sup>82</sup> Va, infatti, osservato che è possibile concepire la norma antielusiva generale come una disposizione di natura procedimentale ovvero sostanziale: nel primo caso si sosterrà che la norma risulta diretta esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione finanziaria al fine di introdurre e disciplinare una particolare modalità di accertamento delle imposte; nel secondo caso, invece, si affermerà che la clausola è fonte di un vero e proprio obbligo di contribuzione e che, pertanto, risulta primariamente diretta nei confronti del contribuente il quale, per l'effetto, dovrà tenerne conto ai fini della liquidazione delle imposte. Si può, quindi, osservare che da quest'ultima prospettiva l'introduzione di una clausola generale antielusiva non potrà che ritenersi idonea ad incidere sui presupposti del tributo e, quindi, ad incidere su una sfera che – come visto – risulta coperta da riserva di legge.

<sup>83</sup> Sotto questo profilo appare, quindi, del tutto irrilevante l'esistenza del dibattito che – come si vedrà – ha interessato, e continua a interessare, la natura dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73 rispetto al suo *status* di norma sostanziale ovvero procedimentale.

<sup>84</sup> Sul punto FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, pp. 47-48.

<sup>85</sup> C. Cost., 5 febbraio 1986, n. 34 e C. Cost., 7 aprile 2011, n. 115.

intensità al caso delle prestazioni di tipo affittivo (es. sanzioni pecuniarie) rispetto ad altre di diversa natura – come quelle tributarie (o risarcitorie o indennitarie)<sup>(86)</sup>.

Tale “articolazione funzionale” della riserva di legge ha importanti ricadute rispetto al tema che qui ci interessa, ossia quello dell’ammissibilità di norme antielusive formulate secondo il canone della clausola generale.

È noto, infatti, che all’esistenza di una riserva di legge seguono due importanti corollari: il principio di tassatività e di determinatezza <sup>(87)</sup>. I principi in commento si distinguono in quanto la tassatività riguarda un generalizzato divieto di analogia<sup>(88)</sup>, mentre la determinatezza incide sulla tecnica legislativa e, nello specifico, impone – come appena rilevato – una formulazione sufficientemente precisa delle norme di modo che ne possano essere individuati in anticipo e con certezza i confini applicativi e le conseguenze ricollegabili alla realtà concreta <sup>(89)</sup><sup>(90)</sup>.

Va però osservato che un’applicazione in chiave rigoristica di tali principi sembra aver interessato perlopiù l’ambito penalistico, dove come noto risulta operante la riserva di legge assoluta prevista dall’art. 25 Cost.<sup>(91)</sup>. Ed, infatti, nel settore tributario la Corte Costituzionale – anche in considerazione, come visto, del minor rilievo attribuito alle prestazioni imposte di natura patrimoniale non affittive rispetto a quelle personali<sup>(92)</sup> –, ha riscontrato la violazione

---

<sup>86</sup> FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I - Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, a cura di FALSITTA, G., Padova, 2011, pp. 105 e segg.

<sup>87</sup> Sul rapporto tra riserva di legge e determinatezza si veda ZIZZO, G., *Riflessioni in tema di tecnica legislativa e norma tributaria*, in *Rass. trib.*, I, 1983, p. 184.

<sup>88</sup> C. Cost. 30 dicembre 1972, n. 211.

<sup>89</sup> Cfr. In tal senso, tra le altre, C. Cost. 17 luglio 2000, n. 293; C. Cost., 5 aprile 2002, n. 92; C. Cost. 13 gennaio 2004, n. 5; C. Cost. 1° agosto 2008, n. 327. Al riguardo, PALAZZO, F.C., *Orientamento dottrinali ed effettività giurisprudenziali del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1991, p. 327 nonché PALAZZO, F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, pp. 133 e segg.

<sup>90</sup> Tuttavia, i principi in commento non sono tra loro irrelati: infatti, dall’ammettere un certo *quantum* di indeterminatezza nella formulazione di talune norme non potrà che seguire un restringimento dell’insieme dei casi da ritenersi non previsti dal Legislatore; quindi il ricorso all’analogia viene a ridursi in favore di un primato dell’interpretazione necessario per dare contenuto alle norme formulate con un certo grado di indeterminatezza. Tale aspetto è ben sottolineato in MELIS, G., *L’interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 406. Conseguentemente anche il “peso” del divieto di analogia verrebbe ad assumere una valenza relativa all’intero di un tale sistema.

<sup>91</sup> A tale riguardo è emblematica la sentenza del 9 giugno 1971, n. 125, ha precisato che «il principio di legalità viene rispettato dal legislatore non solo con la tassativa descrizione dei fatti di reato, ma, altresì, con il ricorso a nozioni proprie dell’intelligenza comune, che consentono di individuare con certezza il precetto e di giudicare se una condotta lo abbia o meno violato». In conformità a tale indirizzo la Corte Costituzionale ha osservato che «la determinatezza (...) è un modo di essere delle norme (e dei suoi elementi) come risultano dagli enunciati legislativi, dall’interpretazione dei medesimi e dal loro precisarsi attraverso l’applicazione» (15 maggio 1989, n. 247) al fine di evitare, per un verso, «che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (30 luglio 2008, n. 327.). Per la dottrina si veda l’ampia ricostruzione della questione presente in , pp. 135 e segg.

<sup>92</sup> Un’ulteriore spiegazione della posizione della Corte è stata individuata nell’opera di progressivo ampliamento della nozione di prestazioni imposte ravvisabile con sempre più frequenza nelle pronunce di

di tali principi molto raramente e solo in casi di assoluta indeterminazione nell'individuazione dei soggetti passivi del tributo<sup>(93)</sup> ovvero di radicale assenza di un qualsivoglia criterio direttivo in ordine alla determinazione dell'aspetto quantitativo del tributo<sup>(94)</sup>. Anche la dottrina, dal canto suo, sembra aver avallato sul punto una certa asimmetria tra diritto penale e diritto tributario<sup>(95)</sup>. In particolare, è stato affermato che mentre «[n]el diritto penale tutto ciò che non è tassativamente vietato, non è punibile. Nel diritto tributario, l'esigenza di tassatività (di conoscere perfettamente in anticipo il comando della legge) è un valore importante, ma non così assoluto»<sup>(96)</sup>. Va però osservato che tale conclusione trova la sua giustificazione non in forza di un generalizzato riconoscimento dell'analogia in ambito tributario (e quindi di un tendenziale deroga al principio della tassatività) – che anzi viene radicalmente esclusa dalla posizione in commento<sup>(97)</sup> –, ma nella necessità di garantire «la ammissibilità di qualche correttivo legale alla tendenza del contribuente a sfruttare le imperfezioni della legge»<sup>(98)</sup>.

Tale puntualizzazione consente di porre l'accento su un aspetto di particolare rilevanza ai fini della presente trattazione e cioè che il rispetto del divieto di analogia, e quindi del principio di tassatività sancito dall'art. 23 Cost., non deve essere in alcun modo confuso con la necessità di accogliere e promuovere una costruzione di tipo casistico della norma tributaria<sup>(99)</sup>.

Si tratta, evidentemente, di piani tra loro diversi (seppur correlati): da un lato, ci si interroga sulla completezza o meno del sistema tributario nell'indicazione dei fatti tassabili, e, quindi, sulla possibilità di ammettere in base all'art. 23 Cost. un successivo intervento integrativo (analogico) rispetto alle (espresse) indicazioni legislative<sup>(100)</sup>; dall'altro, ci si

---

tale organo (FEDELE, A., *Art. 22-23: rapporti civili*, a cura di BRANCA, G. e PIZZORUSSO, A., Bologna-Roma, 1978, p. 31).

<sup>93</sup> C. Cost. 18 marzo 1957, n. 47.

<sup>94</sup> C. Cost. 27 giugno 1959, n. 36.

<sup>95</sup> RUSSO, P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, p. 46; DE MITA, E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011, pp. 19 e segg.; FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 199; FRANSONI, G., *Tipologia e struttura della norma tributaria*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, p. 236 e segg. *Contra* TESAURO, F., *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2007, p. 48. Può essere utile rilevare che anche la dottrina di tradizione *Common Law* pare essere orientata in tal senso (cfr. PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? A comparative study*, in *Saint Louis University Law Journal*, 21, 2010, p. 42).

<sup>96</sup> MARONGIU, G., MARCHESELLI, A., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2009, p. 25. In tal senso anche FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 200.

<sup>97</sup> L'orientamento a cui ci si riferisce sostiene, infatti, che «per quanto attiene il diritto tributario sostanziale, l'analogia è tendenzialmente impraticabile: (... ) il presupposto dell'applicazione dell'analogia è che manchi la disciplina della fattispecie: nel diritto tributario una determinata fattispecie è imponibile o non imponibile. Ne consegue che se la legge non prevede come imponibile una certa fattispecie, vuol dire che essa non è tassabile» (MARONGIU, G., MARCHESELLI, A., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2009, p. 25).

<sup>98</sup> MARONGIU, G., MARCHESELLI, A., *Ibidem*.

<sup>99</sup> MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pp. 402 e segg. Sul punto anche CIPOLLINA, S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, pp. 21 e segg.

<sup>100</sup> È rappresentativo al riguardo quanto affermato TESAURO, F., *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2007, p. 48 secondo cui proprio a partire da un assunto di completezza delle fattispecie tassabili, le norme



chiede in che modo il Legislatore debba indicare, ove abbia ritenuto di farlo, i fatti imponibili<sup>(101)</sup>.

L'idea dell'esistenza di un legame tra costruzione casistica del sistema tributario e contenuto dell'art. 23 Cost. sembra dipendere dalla tesi secondo cui solo tale tecnica legislativa sarebbe in grado di garantire quella certezza nei rapporti tributari che sia il principio di tassatività che di determinatezza intendono tutelare<sup>(102)</sup>. Tale tesi – invero seguita dal Legislatore e non dall'attuale dottrina<sup>(103)</sup> – non sembra, tuttavia, particolarmente convincente atteso che «*il sistema casistico puro aumenta e non diminuisce vaghezza e ambiguità, disciplina le fattispecie in modo frammentario e provvisorio, fa mancare qualsiasi ratio unificante alle ipotesi impositive... in altri termini, diminuisce la certezza del diritto*»<sup>(104)</sup>.

Invero, la giustificazione ultima di una legislazione “per casi” è stata ricondotta, più che al contenuto dell'art. 23 Cost. o ad una generale esigenza di certezza del diritto, alla salvaguardia del *c.d. interesse fiscale*<sup>(105)</sup>. Nello specifico è stato osservato che una simile

---

tributarie sono introdotte «*con l'intento di indicare con completezza oggetti e soggetti tassabili, escludendo, con ciò, che la tassazione possa investire oggetti o soggetti non indicati espressamente. Rispetto a tali norme non è configurabile alcuna lacuna tecnica e quindi non è data il ricorso all'analogia. In ciò, le norme tributarie impositrici si atteggiavano come le norme penali*».

<sup>101</sup>Come ben chiarito in ZIZZO, G., *Riflessioni in tema di tecnica legislativa e norma tributaria*, in *Rass. trib.*, I, 1983, p. 183

<sup>102</sup>FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 92 nonché MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pp. 402-404.

<sup>103</sup>RUSSO, P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, p. 30.

<sup>104</sup>MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 405. In senso conforme FALSITTA, G., *op. cit.*, p. 92; DE MITA, E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011, p. 112. Si veda anche FRANSONI, G., *Tipologia e struttura della norma tributaria*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, pp. 263-3 segg.

<sup>105</sup>Con “interesse fiscale” si intende quel «*principio (costituzionale)* [sussidiario rispetto agli art. 53 e 3 Cost.] *che giustifica quelle norme tributarie, sia inerenti alla struttura del tributo sia relative all'applicazione del tributo o strumentali alla applicazione del tributo, che rafforzano la posizione del fisco rispetto a quella del contribuente in funzione della realizzazione del dovere tributario. In questo senso, l'interesse fiscale richiede la semplicità dei tributi, fra cui rientra la “tipizzazione legale” dei fatti tassabili*» (BIZIOLI, G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008, p. 178). L'interesse fiscale, nella sua accezione di interesse dello Stato comunità, è evidentemente diretto a tutelare e perseguire l'obiettivo di acquisizione delle risorse finanziarie fondamentali per garantire la vitalità e lo sviluppo della collettività interessata atteso che la possibilità concreta di vedere riconosciuti e garantiti i livelli minimi di dignità e di libertà, di sicurezza e di sviluppo, secondo il programma generale formulato dalla Costituzione, presuppone la sussistenza di un'organizzazione statale dotata di un complesso di risorse adeguate, rispetto alla quale l'apporto tributario si pone come mezzo imprescindibile (BORIA, P., *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, p. 7). Il fondamento del principio dell'interesse fiscale è stato rinvenuto dalla Corte Costituzionale direttamente nell'art. 53 Cost. (sent. 9 aprile 1963, n. 45; sent. 26 novembre 1964, n. 61; sent. 26 giugno 1965, n. 50; sent. 25 luglio 1984, n. 226; sent. 23 luglio 1987, n. 283; 23 sent. luglio 2002, n. 375 ), ossia quale interesse della collettività alla corretta attuazione del riparto dei carichi pubblici fra i consociate e, quindi, come mera proiezione delle regole sostanziali che conformano il “sistema tributario”(FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 15). In conclusione l'interesse fiscale non è “la comodità del Fisco”: «*l'interesse fiscale agisce da parametro per legittimare o meno sul piano costituzionale le “particolarità del diritto tributario” che, diversamente, non troverebbero giustificazione nell'ordinamento giuridico. La particolarità del diritto tributario non sta in una sua odiosa irrazionalità, ma nella predizione di regole e istituti funzionali al suo scopo che non consiste nell'imporre comune somme da pagare, ma nel fare in modo che*

tecnica legislativa «risponde all'obiettivo di regolamentare la fattispecie impositiva in modo da escludere o comunque attenuare l'ampiezza dei margini di approssimazione definitoria da cui potrebbero scaturire difficoltà applicative, a tutto discapito dell'efficienza e funzionalità dei meccanismi applicativi dei tributi»<sup>(106)</sup>.

Tuttavia, anche da questa diversa prospettiva non si è mancato di osservare come «una elencazione delle fattispecie tipiche, individuate secondo criteri meramente empirici rischi di produrre «una sorta di effetto di riflusso che si rivolge contro lo stesso interesse fiscale ... presentandosi sovente inadeguata a fronteggiare la fantasia elusiva dei contribuenti»<sup>(107)(108)</sup>. In sintesi, anche dal punto di vista dell'interesse fiscale non sembrano sussistere elementi ostativi all'utilizzo delle clausole generali in ambito tributario – anzi, sembrano funzionali ad una sua più piena attuazione<sup>(109)</sup>.

Ma allora il problema non è tra la scelta di un sistema di tipo casistico ovvero basato anche sulla presenza di clausole generali<sup>(110)</sup> – sebbene quest'ultima ipotesi risulti preferibile: entrambi possono produrre indeterminatezza ovvero determinatezza; piuttosto, si tratta di ragionare intorno ad una produzione normativa (o un nucleo di essa) caratterizzata da un elevato grado di stabilità in modo che la prassi giudiziale e amministrativa venga ad esistere come uno sviluppo interpretativo verificabile dei principi e valori promossi dalla legislazione: «[s]e la legge indica chiari criteri guida, l'uso di espressioni linguistiche dotate di ampia vaghezza, suscettibili, cioè, di abbracciare una vasta gamma di condotte tipiche ed atipiche, non mina la conoscibilità della norma espressa dall'enunciato legislativo, né, quindi, la prevedibilità delle conseguenze fiscali dell'agire economico»<sup>(111)(112)</sup>. In tale prospettiva –

---

*tali somme pervengano, secondo criteri sostanziali e formali stabiliti dalla legge, nelle casse dello Stato perché possa far fronte alle sue esigenze di bilancio»* (DE MITA, E., *Interesse fiscale e tutela del contribuente: le garanzie costituzionali*, Milano, 1987, p. XVII).

<sup>106</sup> RUSSO, P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, p. 30.

<sup>107</sup> RUSSO, P. *op. cit.* p. 31. Così anche BORIA, P., *Il sistema tributario*, Torino, 2008, pp. 121-122.

<sup>108</sup> Una tale legislazione non può che favorire il proliferare dei comportamenti elusivi, atteso che se l'imposizione viene ad essere rigidamente ricollegata al verificarsi di particolari configurazioni negoziali ovvero fatti, allora è sufficiente procedere all'integrazione della fattispecie più conveniente per alterare (indebitamente) il carico tributario a proprio favore MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 130.

<sup>109</sup> Incidentalmente può essere utile osservare che secondo la Corte Costituzionale (sent. 7 luglio 2005, n. 264) il principio di eguaglianza implica un *favor* nei confronti di discipline quanto più generali possibili (visto che una normativa analitica potrebbe condurre ad incongruenze nel trattamento di fattispecie tra loro simili). Come si vedrà tale questione si riallaccia, sia pure da un punto di vista diverso, al fatto che le clausole antielusive generali sono ritenute strumento tra i più idonei ad assicurare l'effettività del principio di eguaglianza in ambito tributaria (impedendo, cioè, lo sfruttamento delle imperfezioni ed asimmetrie interne ad una legislazione casistica per ottenere un diverso trattamento di fattispecie espressive di una diversa capacità contributiva in vista dell'ottenimento di un vantaggio fiscale).

<sup>110</sup> In tal senso In tal senso FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 63.

<sup>111</sup> ZIZZO, G., *Riflessioni in tema di tecnica legislativa e norma tributaria*, in *Rass. trib.*, 1983, I, p. 191 in tal senso anche MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 406.

<sup>112</sup> Torna, quindi, ad essere confermato – come già anticipato – che rispetto alla realizzazione di quel l'ideale di certezza giuridica, oltre che di legalità di cui all'art. 23 Cost., l'utilizzo delle clausole generali non può che apportare benefici favorendo il passaggio da una "legislazione a getto continuo" ad una "un'interpretazione a getto continuo" (Così TINELLI, G., *L'accertamento sintetico del reddito complessivo nel sistema dell'Irpef*, Padova, 1993, p. 19 e segg.).

come verrà chiarito – le clausole generali presentano proprio il vantaggio di consentire una soluzione “elastica” al problema del caso particolare pur nel rispetto dei principi guida e della cornice di riferimento fissata dal Legislatore<sup>(113)</sup>.

Ciò posto, sembra ora possibile rispondere alla questione di partenza in merito ai rapporti tra utilizzo di clausole generali in ambito tributario e contenuto dei principi di tassatività e determinatezza ricavabili dall’art. 23 Cost.

Quanto al primo aspetto è possibile osservare che non sembrano porsi particolari difficoltà visto che, come rilevato precedentemente, l’utilizzo dell’analogia non è un tratto necessario del concetto di clausola generale<sup>(114)</sup><sup>(115)</sup>; in altri termini, alla luce delle elaborazioni della dottrina precedentemente considerate, non sembra che il ricorso all’analogia sia una condizione necessaria per poter poi applicare al caso concreto le clausole generali<sup>(116)</sup>. Ciò che le clausole generali richiedono è una costruzione non casistica della fattispecie, ma questo, come visto, non obbliga a rifiutare quel divieto di analogia che la dottrina è solita rintracciare nell’art 23 Cost.

Passando al principio di determinatezza la questione pare, tuttavia, complicarsi. È evidente, infatti, che uno dei tratti distintivi delle clausole generali è l’utilizzo di concetti entro un certo grado indeterminati. Va da sé, quindi, che le clausole generali comportano una qualche forma di ineliminabile indeterminatezza sul piano della loro formulazione. Occorre però chiedersi se tale indeterminatezza sia o meno tollerabile nell’ambito del diritto tributario. Al riguardo l’orientamento della Corte Costituzionale non pare porre particolari vincoli. Si è visto, infatti, che per la Corte l’unica forma di indeterminatezza rilevante sarebbe quella “assoluta”. Quindi, esclusi i casi di clausole generali assolutamente indeterminate, le restanti ipotesi dovrebbero ritenersi costituzionalmente legittime. Va però ricordato, come giustamente osservato dalla dottrina, che tale posizione rischia di svuotare il ruolo di garanzia

---

<sup>113</sup>MELIS, G., *L’interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 406.

<sup>114</sup>Anzi, in linea di principio sembra valere una regola di segno opposto: tanto più si farà ricorso a clausole generali tanto minor sarà l’insieme dei casi che sarà possibile ritenere come non previsti dal Legislatore e, quindi, tanto minore sarà l’esigenza di ricorrere all’analogia visto che esisteranno meno lacune da colmare (così PALAZZO, F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 146). Da questo punto di vista, se muove dalla tesi per cui l’analogia sarebbe distinta dall’interpretazione, se ne può ricavare che l’utilizzo delle clausole generali non potrà che aumentare il peso di quest’ultima rispetto alla prima. L’attività d’interpretazione, come sarà chiarito più avanti, è infatti imprescindibile per poter dare contenuto alla costitutiva indeterminatezza che contraddistingue le clausole generali.

<sup>115</sup>Salvo, naturalmente, il caso in cui non sia accolta una particolare accezione di analogia, fatta rientrare nella teoria dell’interpretazione, e non si proceda a fondare le clausole generali sull’analogia. A titolo di esempio FALSITTA sostiene che l’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73 sarebbe una clausola antielusiva fondata sull’analogia che, tuttavia, ad avviso di tale autore risulterebbe perfettamente legittima in ambito tributario (FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 200, nota 26). Tale questione sarà affrontata nel dettaglio più avanti.

<sup>116</sup>In tal senso non appare contraddittoria, ma condivisibile per le sopradette ragioni, la posizione di quell’orientamento che affermi, da un lato, la generale impercorribilità dell’analogia in ambito tributario e, dall’altro, la necessità di superare una legislazione di tipo casistico in favore di una maggior presenza di principi e clausole generali (DE MITA, E., *Certezza del diritto e perequazione nel Testo Unico delle imposte sui redditi*, in *Il Fisco*, 13, 1987, p. 2010). A tale riguardo vale la pena osservare che in un sistema caratterizzato dall’uso di clausole generali tenderà a ridursi l’insieme delle lacune legislative e, quindi, risulterà ridimensionato il ruolo dell’analogia e, conseguentemente, anche il peso del principio del divieto di analogia. Si veda al riguardo PALAZZO, F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 146.

della riserva di legge: « [d]eterminazione degli elementi essenziali del tributo non dovrebbe semplicemente significare che la disciplina di essi sia contenuta a livello legislativo, ma anche che tale disciplina sia tale da fissarne con sufficiente precisione il presupposto»<sup>(117)</sup>. Deve, quindi, essere recuperata una prospettiva positiva, ossia quella della “sufficiente determinatezza” e non quella negativa dell’assenza di assoluta indeterminazione. Naturalmente, anche dalla prospettiva appena suggerita, la questione si presenta in termini di gradi e non sembra consentire un controllo *a priori* atteso che «come sempre accade per la previsione di standard normativi, un definitivo giudizio sul sostanziale rispetto dell’art. 23 Cost. dipenderà, in gran parte, dall’utilizzazione giurisprudenziale della norma»<sup>(118)</sup>. Ai fini della verifica in questione potrebbe, tuttavia, essere utile osservare che dalla prospettiva del diritto tributario il valore del principio di determinatezza non sembrerebbe presentarsi in termini assoluti (o meglio: non dovrebbe essere inteso in tal senso). Si è visto, infatti, che in base al principio dell’*interesse fiscale* le fattispecie imponibili dovrebbero essere individuate con il più alto grado di tipicità – e quindi anche di determinatezza – in modo da rendere il più possibile semplice, efficace ed efficiente la fase di attuazione del tributo. Si è però rilevato come tale impostazione, qualora sia declinata esclusivamente secondo una tecnica legislativa a costruzione casistica, sia in una certa misura *self-defeating* poiché conduce ad una frammentazione delle fattispecie imponibili e ad una conseguente e crescente difficoltà nella loro precisa e corretta individuazione rispetto alla concreta natura dei fatti economico-giuridici integrati dal contribuente (e a cui, come noto, risulta ricollegato il prelievo tributario ai sensi dell’art. 53 Cost). Si giunge così, come osservato, ad una sostanziale inefficienza sul piano della corretta attuazione del tributo e ad un fiorire dei comportamenti elusivi – negando, con ciò, i presupposti stessi dell’interesse fiscale.

La tutela in via assoluta del principio di determinatezza – escludendo il ricorso a clausole generali – comporta, quindi, una frustrazione in primo luogo del principio dell’interesse fiscale. Di contro, si è rilevato come l’introduzione di alcune clausole generali, ossia di norme entro un certo grado indeterminate, possa contribuire a ridurre tali inefficienze.

Ciò suggerisce che, in ambito tributario, il peso del requisito di determinatezza debba essere pensato in termini non assoluti poiché bisognoso di essere filtrato *anche* dalla prospettiva del principio dell’interesse fiscale (oltre che da quella dell’art. 23 Cost. in termini di garanzia per il contribuente) <sup>(119)</sup><sup>(120)</sup>. E poiché il principio dell’*interesse fiscale* affonda le

<sup>117</sup> MELIS, G., *L’interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 127.

<sup>118</sup> FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 61.

<sup>119</sup> Come si vedrà tale aspetto sembra emergere con particolare forza proprio con riferimento alle clausole generali antielusive dove, evidentemente, il peso dell’interesse fiscale viene ad emergere con particolare chiarezza – così come nel caso delle misure di contrasto all’evasione (Sul punto DE MITA, E., *Interesse fiscale e tutela del contribuente: le garanzie costituzionali*, Milano, 1987, p. 253). Tuttavia, come osserva da PIANTAVIGNA, P., *Interesse fiscale e norme anti-abuso: le esperienze italiane e spagnola*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1, 2010, p. 53, l’interesse fiscale operante in tale ambito ha subito una tendenziale compressione per effetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea secondo cui l’applicabilità delle clausole antielusive di fonte domestica incontra un limite nella tutela delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

<sup>120</sup> Il fatto che il principio della determinatezza debba essere considerato secondo il criterio della “sufficiente determinatezza” (e non dell’assoluta determinatezza) è ampiamente accolto dalla dottrina anche in settori del diritto, come quello penale, in cui l’attenzione alla determinatezza è massima. In tal senso ove si afferma che

sue radice nell'art. 53 Cost., ne consegue che una applicazione in chiave non assolutistica del principio di determinatezza dovrà ritenersi non solo conforme al principio di capacità contributiva ma anche necessaria ad una sua più concreta attuazione<sup>(121)</sup>.

Si può, quindi, concludere che il giudizio sulla conformità delle clausole generali al principio di determinatezza richiede il bilanciamento della funzione di garanzia dell'art. 23 Cost. con altri principi di rilievo costituzionale, quale quello dell'interesse fiscale e, in particolare, dell'equità, la cui tutela rende tollerabile e giustificata la presenza di norme, – quali le clausole generali antielusive – soltanto in parte determinate (sebbene sufficientemente determinate da non essere applicate arbitrariamente)<sup>(122)</sup>.

Resta, quindi, da chiarire – entro il quadro di riferimento appena definito – se il particolare processo di integrazione valutativa che, come visto, contraddistingue le clausole generali possa introdurre delle criticità sul piano della determinatezza e, più in generale, del rispetto della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. Va, infatti, ricordato che un tratto distintivo delle clausole generali è l'utilizzo di “concetti valvola”<sup>(123)</sup> cioè idonei ad evolversi

---

*«un rischio di imprecisione è invece connotato al ricorso a clausole generali, cioè a formule sintetiche comprensive di un gran numero di casi, che il legislatore rinuncia ad enunciare e specificare ... l'adozione di questa tecnica è peraltro legittima a condizione che i termini sintetici impiegati dal legislatore consentano di individuare in modo sufficientemente certo le ipotesi riconducibili sotto la norma incriminatrice»* (MARINUCCI, G., DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, pp. 58-59). Si veda anche PALAZZO, F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 143 e segg.

<sup>121</sup> Tale conclusione risulta ben esemplificata proprio dal caso delle clausole antielusive generali. Tali norme, infatti, ponendosi quale limite alla tutela fiscale delle scelte negoziali del contribuente, consentono – come si vedrà in seguito – di assoggettare al medesimo prelievo fattispecie tra loro espressive della medesima capacità contributiva ancorché la fattispecie realizzata dal contribuente sia stata artatamente conformata ad un modello legale a cui il Legislatore aveva ricollegato un minor prelievo. In tale ottica, quindi, l'eventuale perdita di certezza nei rapporti tributaria ricollegabile alla presenza di una clausola antielusiva generale, verrebbe ad essere bilanciata e coniugata con una maggior tutela del principio di capacità contributiva (e che, come visto, lo stesso Legislatore intendeva garantire attraverso una costruzione casistica delle fattispecie imponibili funzionale, come visto, alla produzione di norme certe in grado non solo di promuovere la funzione di garanzia prevista dall'art. 23 Cost ma anche quella dell'interesse fiscale di cui all'art. 53 Cost.).

<sup>122</sup> Da questa prospettiva, sembra, quindi trovare ragione la tesi precedentemente ricordata secondo le clausole antielusive generali potrebbero porsi al limite della legittimità costituzionalità (Cfr. FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 61).

<sup>123</sup> Nel diritto tributario può osservarsi che un esempio di concetto-valvola potrebbe essere rintracciato nella nozione di “valida ragione economica” ricorrente nell'art. 37-bis, comma 1, D.P.R. n. 600/73. Si può, infatti, osservare che il contenuto di tale concetto risulta intimamente legato agli sviluppi della prassi economica e di cosa, nel tempo, l'ordinamento consente ed incentiva sul piano delle strutture gestionali e partecipative dei soggetti economici. Un chiaro esempio al riguardo si può desumere dallo sviluppo di tale concetto nell'ambito della giurisprudenza di legittimità che muovendo da una iniziale accezione in termini industriali (es. incremento redditività dell'azienda o del relativo fatturato) è ora giunta a riconoscere la presenza di valide ragioni economiche anche in benefici attinenti al piano gestionale e organizzativo. È esemplificativo di tale circostanza quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n 1372 del 21 gennaio 2011: *«occorre, infatti, considerare che la strategia sul mercato dei gruppi di imprese non può essere valutata come quella dell'imprenditore singolo, e cioè non deve essere finalizzata al conseguimento di una redditività in tempi brevi. Tale regola è stata enunciata dalla Commissione Europea nella sua comunicazione del 1984 e più volte condivisa dalla Corte di Giustizia (a partire dalle sentenze 14 novembre 1984 in causa 323/82, Intermillis; e 10 luglio 1986 in causa 2342/84, Belgio c. Commissione) in materia di aiuti di Stato nelle imprese pubbliche, allo scopo di definire il comportamento dell'investitore in economia di mercato che, se è un gruppo d'impresa, può essere guidato, nel fornire misure di sostegno alle imprese*

seguendo lo sviluppo della vita politica e sociale dell'ordinamento. L'utilizzo di tali concetti richiede, quindi, una forma d'integrazione valutativa del dato testuale della norma: occorre operare un particolare esercizio valutativo per rintracciare i criteri sostanziali con cui dare contenuto all'enunciato legislativo in modo da poter essere applicato secondo un rapporto di adeguatezza rispetto alla realtà sociale, politica ed economica cui si riferisce il caso concreto su cui si riflette. È, pertanto, all'interno di tale spazio di valutazione che viene a risolversi l'utilità delle clausole generali rispetto ad una costruzione puramente casistica dell'ordinamento tributario; ma è anche all'interno di tale spazio valutativo che deve essere garantito il rispetto delle istanze garantiste alla base dell'art. 23 Cost. (seppur coniugate con il contenuto del principio dell'interesse fiscale). L' "integrazione valutativa" si traduce, infatti, in una qualche forma di autonomia nei confronti della legge da parte di chi è chiamato ad applicarla (es. giudice o Amministrazione). Tale circostanza potrebbe, quindi, condurre ad uno svuotamento della riserva di legge ove l'integrazione riguardi gli elementi appartenenti alla "base legislativa" del tributo e venga attuata secondo criteri non controllabili e, perciò, del tutto arbitrari

A tale riguardo può, però, essere rilevata l'esistenza di diversi "modelli" di integrazione valutativa.

Secondo un primo modello, largamente condiviso dalla dottrina privatistica, «*le clausole generali divengono formule di riconoscimento della prevalenza della consuetudine giudiziale o sociale sulla legge scritta*»<sup>124</sup>).

Tale ipotesi non sembra, tuttavia, in alcun modo percorribile nell'ambito del diritto tributario. Infatti, come osservato dalla dottrina, «*[l]’ammissibilità del ricorso a “concetti valvola” attuanti un rinvio non ricettizio ai criteri desumibili dalla coscienza sociale, trova ostacoli assai forti nell’essere il diritto tributario destinato non a regolare rapporti interprivatistici – dove l’idea di giustizia può talvolta ben richiedere l’adeguamento al comune sentimento della collettività – bensì a disciplinare l’istituzione e l’attuazione del prelievo tributario, le cui scelte devono essere chiare sin dal momento della posizione della norma e informate a criteri strettamente giuridici*».

---

*del gruppo, da criteri non coincidenti con la redditività immediata della misura, per cui la stessa non può considerarsi aiuto incompatibile col mercato comune. La regola dell’investitore di gruppo è stata applicata da questa Corte in alcune decisioni (n. 10062/2000 e 1133/2001), con le quali è stata riconosciuta la deducibilità di costi generali addebitati a partecipate o stabili organizzazioni italiane da società madri non residenti, anche se le dette strutture non producevano ricavi. Trasferendo la regola alla problematica dell’abuso del diritto, nella quale si tratta pur sempre di verificare se l’operazione rientra in una normale logica di mercato, si deve affermare che il carattere abusivo deve essere escluso per la compresenza, non marginale, di ragioni extra fiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell’operazione, ma possono essere anche di natura meramente organizzativa, e consistere in miglioramento strutturale e funzionale dell’impresa. Tale è la regola emergente dal sistema, sul modello comunitario, che prende in considerazione soltanto il contenuto oggettivo dell’operazione, a differenza di altri ordinamenti».*

<sup>124</sup> LIBERTINI, M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, a cura di JAEGER, P., Milano, 2011, p. 121. Va precisato che l’Autore esprime il suo favore nei confronti della tesi opposta e che lo stesso definisce “giuspositivismo moderato” e di cui si dirà tra breve.

Del pari, non sembra possibile ricorre ad una forma di integrazione valutativa da compiersi nei termini di un giudizio di equivalenza di effetti economici tra le fattispecie imponibili<sup>(125)</sup>. In tal caso, infatti, si dovrebbe ammettere la possibilità di superare le forme giuridiche adottate dal contribuente per ragioni meramente fiscali in tutti quei casi i cui i sottostanti effetti economici siano equivalenti a quelli alla base del diverso fatto imponibile cui il Legislatore ha ricollegato un prelievo meno favorevole. Tuttavia, come osservato dalla dottrina, procedendo lungo questa linea si finirebbe per autorizzare un'integrazione della disciplina del presupposto del tributo che l'art. 23 Cost. ha riservato al solo Legislatore nell'ambito della ricordata funzione di garanzia per i privati che tale norma è diretta ad assicurare<sup>(126)</sup>. In tal senso, ove la clausola antielusiva generale includa tra i suoi presupposti un qualche apprezzamento degli effetti economici della fattispecie realizzata, particolare attenzione dovrebbe essere posta per evitare che l'uso di una tale clausola finisca per trasmodare in un ampliamento delle fattispecie imponibili in spregio al contenuto dell'art. 23 Cost.<sup>(127)</sup>.

Pertanto, con riferimento al diritto tributario appare quanto mai opportuno procedere secondo una via all'interno della quale l'applicazione al caso concreto delle clausole generali risulti pur sempre basata sui principi e valori riconosciuti dall'ordinamento *positivo*. Infatti, l'utilizzo da parte del Legislatore di enunciati in parte indeterminati (o anche vaghi) nella definizione delle clausole generali non può aprire ad una valutazione di segno diversa da quella basata sull'interpretazione della legge scritta, visto che se la presenza di tali enunciati è comunque il frutto di una precisa scelta legislativa, allora, soprattutto in un contesto come quello del diritto tributario governato dalla riserva di legge, non possono ammettersi integrazioni *extra legem* di tali scelte.

Un simile approccio al tema delle clausole generali sembrerebbe trovare conforto in quel recente orientamento della dottrina privatistica, denominato “*giuspositivismo moderato*”<sup>(128)</sup>, la cui indicazione di base «è che l'interpretazione sistematica (cioè il ricorso a fonti, e in

---

<sup>125</sup> Si veda al riguardo JARACH, D., *I contratti a gradini e l'imposta* (nota a Cass., sez. I, 9 maggio 1979, n. 2658), in *Riv. dir. fin.*, 1982, p. 79.

<sup>126</sup> FEDELE, A., *Art. 22-23: rapporti civili*, a cura di BRANCA, G. e PIZZORUSSO, A., Bologna-Roma, 1978 pp. 97 e segg.; LUPI, R., *Manuale Giuridico Professionale di Diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo*, Milano, 2001, p. 207 nonché MELIS, G., *Sull' "interpretazione antielusiva" in Benvenuto Griziotti e sul rapporto con la Scuola tedesca del primo dopoguerra: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 5, pp. 453-454.

<sup>127</sup> Sul punto si veda MASTROIACOVO, V., *Dalla norma generale e astratta all'applicazione concreta*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012 pp. 361-362 che, come già ricordato, sottolinea la pericolosità di una concezione della clausola antielusiva generale che finisca per appiattirsi su un mero giudizio di assenza di valide ragioni economiche.

<sup>128</sup> LIBERTINI, M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, a cura di JAEGER, P., Milano, 2011, p. 121. A titolo esemplificativo della posizione avanzata, l'Autore considera il capo della clausola di correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale: «*si è assistito ad un progressivo spostamento da criteri puramente sociali (usi commerciali, deontologia professionale) a criteri normativi (benessere del consumatore etc.). Le differenze applicative erano sostanziali. Per fare un solo esempio: la pubblicità comparativa (prima che fosse riconosciuta legittima nelle direttive comunitarie) appariva professionalmente scorretta alla luce della prassi commerciale e della deontologia professionale, e viceversa lecita (purché veritiera) alla luce del principio di libertà di concorrenza*» (p. 122).

*particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo) debba essere il criterio fondamentale di integrazione delle “clausole generali in senso lato”, lasciando un ruolo residuale - e non principale, a differenza di quanto di solito si afferma - ai criteri di “etero integrazione”, cioè facenti capo a idee e convincimenti tratti dal costume sociale o da discipline tecnico-scientifiche extragiuridiche»<sup>129</sup>).*

Proseguendo lungo questa impostazione verrebbe ad essere garantito, non solo il formale rispetto della riserva di legge *ex art. 23 Cost.*, ma anche la possibilità di ricollegare l’integrazione valutativa di che trattasi ad un’attività soggetta ad un controllo di tipo giuridico-razionale – cioè l’interpretazione delle norme scritte – e su cui può, quindi, formarsi un consenso più ampio e stabile rispetto a quello ottenibile rinviando a valutazioni extragiuridiche. In questo modo la riserva di legge posta dall’*art. 23 Cost.* non verrebbe rispettata soltanto formalisticamente, ma anche sul piano concreto – ossia realizzando la sua funzione di garanzia rispetto agli arbitri del giudice ovvero dell’Amministrazione<sup>130</sup>). Dalla prospettiva appena considerata, sarebbe, infatti, possibile promuovere una maggior stabilizzazione e prevedibilità delle decisioni derivanti dall’applicazione delle clausole generali, nonché la possibilità di esprimere un giudizio di corrispondenza (da parte del giudice

---

<sup>129</sup> LIBERTINI, M., *op. cit.* pp. 122-123. Afferma, infatti, lo stesso Autore che «*se da un lato è innegabile (anzi ovvio) che la presenza di nozioni giuridiche indeterminate nei testi normativi dà agli interpreti uno spazio di discrezionalità più ampio di quello che essi hanno di fronte a norme di regolazione dettagliata, ciò non significa che questa discrezionalità debba essere intesa come una delega al potere giudiziario di integrare liberamente la norma; deve piuttosto essere intesa come riconoscimento della complessità dei problemi e delle situazioni di fatto, a cui la norma si riferisce, e quindi dell’inopportunità di formulare testi legislativi dettagliati. Ma questo - se si crede al valore della legalità accresce e non diminuisce l’onere dell’interprete di argomentare le proprie conclusioni in modo coerente con i valori ufficialmente riconosciuti nell’ordinamento*» (p. 123).

<sup>130</sup> Nel tentativo di esemplificare la portata dell’approccio in commento può essere utile riferirsi nuovamente all’esempio di una clausola antielusiva generale che includa tra i propri presupposti applicativi l’apprezzamento degli effetti economici della fattispecie realizzata. Al riguardo si è osservata una tendenziale incompatibilità tra l’*art. 23 Cost.* e l’ipotesi di superare le forme giuridiche adottate dal contribuente sulla base di un giudizio basato sull’equivalenza tra gli effetti economici raggiunti con la fattispecie realizzata e quelli propri di altre (e più onerose) fattispecie imponibili. Si è, quindi, escluso che nel nostro ordinamento un tale approccio possa essere validamente utilizzato ai fini dell’integrazione valutativa richiesta per l’applicazione di una clausola antielusiva generale. Tuttavia, dalla prospettiva del “*giuspositivismo moderato*” ciò non dovrebbe precludere *in toto* la possibilità di costruire la clausola antielusiva generale sulla base di una qualche forma di integrazione valutativa basata sull’apprezzamento degli effetti economici della fattispecie realizzata. Infatti, ove il Legislatore faccia uso di concetti economici nella definizione delle fattispecie imponibili, l’approccio in commento renderebbe del tutto legittima una ricostruzione (anche) in chiave economica delle fattispecie imponibile di riferimento (con relativo superamento delle forme giuridiche adottate dal contribuente a questa non conformi). In particolare, in sede di applicazione di una clausola generale che faccia uso, ad es., del criterio delle “valide ragioni economiche” l’interprete dovrebbe ritenersi autorizzato ad integrare il contenuto di tale criterio basandosi non su considerazioni etico-sociali ma sui principi dell’ordinamento positivo che regolano le attività economiche fino a giungere al contenuto della regola costituzionale posta dall’*art. 41 Cost.* secondo cui l’iniziativa economica, oltre che libera, non può essere svolta in contrasto con l’utilità sociale. A tale riguardo, e con specifico riferimento all’abuso del diritto, può ricordarsi quanto di recente affermato dalla Corte di Cassazione, sez. trib., sent. 8 aprile 2009, n. 8487, secondo cui l’ordinamento fiscale non intende premiare scelte imprenditoriali che non siano determinate da valutazioni di economia sostanziale poiché «*è evidente che una operazione economica realizzata al solo fine di ottenere un risparmio fiscale (a prescindere da connotazioni di frodolenza) è una operazione che contrasta con l’utilità sociale, sia nel senso che lede il principio di solidarietà, sia nel senso che determina una indebita riduzione del gettito fiscale*».



o dell'Amministrazione) sorretto da un fondamento (i principi e valori dell'ordinamento) controllabile razionalmente (sul piano sia della motivazione della sentenza che dell'atto amministrativo)<sup>(131)</sup>.

Da quanto complessivamente rilevato pare, quindi, potersi concludere che l'introduzione in ambito tributario di una clausola generale non dovrebbe ritenersi di per sé in contrasto con il contenuto dell'art. 23 Cost.

Anzi sembra possibile riferirsi ad una nozione di clausola generale caratterizzata dai seguenti requisiti: a) formulazione legislativa in termini generali nel senso di ricomprendere tutti i casi appartenenti ad una medesima classe; b) utilizzo di concetti o sintagmi entro un certo grado assiologicamente eccedenti rispetto alla loro formulazione letterale al fine di costruire in termini aperti la fattispecie di riferimento; c) applicabilità al caso concreto solo in seguito ad un'opportuna integrazione valutativa da compiersi soltanto in base ai principi e valori desumibili dall'ordinamento positivo; d) applicabilità non condizionata dal necessario utilizzo dell'analogia.

## 2. IL SISTEMA TRIBUTARIO NAZIONALE ED IL PRESUPPOSTO DELLA CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE

In termini generali si può affermare che lo scopo ultimo di una clausola antielusiva generale sia quello di introdurre «una clausola di giustizia nella ripartizione del carico tributario tra i consociati»<sup>(132)</sup> garantendo «concretezza alle equità tributarie ... e dunque al principio di eguaglianza»<sup>(133)</sup>. Ciò spiega perché la funzione ricorrente delle clausole antielusive generale consista nel legittimare un'equiparazione tra due fattispecie alternative, quella realizzata e quella "elusa", sulla base di un loro elemento di contiguità (economico, giuridico ovvero economico-giuridico)<sup>(134)</sup> di modo che il regime tributario previsto per la seconda possa essere esteso alla prima neutralizzando l'intento elusivo<sup>(135)</sup>.

---

<sup>131</sup> Va tuttavia osservato l'orientamento in commento non intende eliminare ogni possibilità di "etero-integrazione" (seppur in via di eccezione): «può darsi il caso che, di fronte ad un certo problema (interpretativo o applicativo) manchi la possi. In tal caso, l'attribuzione di significato alle nozioni giuridiche indeterminate, se non si vuole giungere ad un giudizio di equità, deve avvenire con criteri il più possibile "oggettivi", cioè verificabili alla stregua delle acquisizioni ricevute (anche se, ovviamente, mutevoli nel tempo) di discipline tecniche o scientifiche o di correnti culturali riconosciute» (LIBERTINI, M., *op. cit.* pp. 124-125). Un tale circostanza, come si avrà modo di approfondire, potrebbe ritenersi integrata nel caso in cui la clausola antielusiva generale faccia riferimento alla presenza di "valide ragioni economiche" al fine di escludere la presenza di comportamenti *prima facie* elusivi. In tal caso risulterebbe necessitato il riferimento a criteri di integrazione di fonte extralegale il cui utilizzo, tuttavia, non sembrerebbe toccare quegli elementi essenziali del tributo coperti dalla riserva di legge (sebbene, questa, come visto, operi anche con riferimento alle norme relative all'accertamento). Pertanto, l'ipotesi in considerazione, pur rivelando una maggior indeterminatezza della clausola in commento, non risulterebbe in contrasto con il contenuto dell'art. 23 Cost. Come si vedrà, l'ipotesi in discussione potrebbe, tuttavia, introdurre delle ulteriori criticità sul piano della possibile rilevanza penale di una clausola generale costruita assegnando il predetto ruolo al concetto di "valide ragioni economiche".

<sup>132</sup> FALSITTA, G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, p. 33.

<sup>133</sup> FALSITTA, G., *Ibidem*.

<sup>134</sup> BEGHIN, M., *L'abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del «vantaggio fiscale»*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, pp. 2326-2327.

<sup>135</sup> MARONGIU, G., MARCHESELLI, A., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2009, p. 26.

L'utilità di una tale norma rispetto al contrasto delle condotte elusive è di chiara evidenza, soprattutto nell'ambito di un sistema tributario ad impostazione casistica quale quello nazionale. È chiaro, infatti, che una legislazione "per casi" – come rilevato pressoché in modo unanime dalla dottrina<sup>(136)</sup> – costituisce terreno fertile per le condotte elusive: favorisce la costruzione di operazioni secondo una forma in grado di adattarsi al "caso" cui il Legislatore ha ricollegato un prelievo meno oneroso; il contribuente, quindi, "carpendo la buona fede del Legislatore", potrà sfruttare la costruzione casistica del sistema tributario al fine di "scegliere" il fatto imponibile a lui più conveniente al solo o prevalente scopo di ridurre il proprio onere fiscale.

Attraverso una clausola antielusiva generale sarebbe, quindi, possibile colmare i vari interstizi legislativi capziosamente sfruttati dai contribuenti<sup>(137)</sup>. Si tratterebbe, in altri termini, di un approccio di tipo preventivo in grado di limitare l'utilizzo di norme antielusive speciali che, oltre ad essere anch'esse aggirabili con più o meno facilità, finiscono quasi sempre per essere varata soltanto dopo che i comportamenti elusivi si sono presentati con una certa frequenza e stabilità finendo, quindi, per risultare applicabili in una fase in cui, probabilmente, le operazioni che s'intendeva colpire sono cadute in disuso in favore di nuove e più subdole architetture elusive. Ed, infatti, l'utilizzo di norme speciali, anche ove siano costruite sotto forma di presunzioni legali relative, è progressivamente caduto in disuso proprio perché incapace di adeguarsi alla continua evoluzione delle condotte elusive<sup>(138)</sup>. Viceversa, le clausole generali antielusive, proprie perché norme a fattispecie aperta, consentirebbero di ovviare a tale inconveniente. Anzi, contemperando la costruzione casistica delle norme tributarie, limiterebbero *ab origine* i fenomeni elusivi vincolando il contribuente ad una lettura anche in chiave antielusiva dei propri comportamenti<sup>(139)</sup>.

È stato, inoltre, osservato che l'introduzione di una clausola antielusiva generale comporterebbe anche ulteriori vantaggi rispetto al mero contrasto delle condotte elusive.

In primo luogo, consentirebbe di promuovere una maggior chiarezza intorno ai confini tra risparmio fiscale legittimo contribuendo così ad aumentare, e non ad impoverire, la certezza dei rapporti giuridici – a patto naturalmente che la clausola si formulata con sufficiente precisione. Come si avrà modo di chiarire, l'assenza di una clausola generale antielusiva, o la presenza di una clausola quasi-generale, comporta il progressivo fiorire di una variegata pletora di dottrine antielusive suscettibili di essere riformulate, modificate ed abbandonate in ragione delle specifiche esigenze del momento, senza, quindi, che possa prodursi quel grado minimo di stabilito ed uniformità capace di presidiare quel grado di certezza dei rapporti giuridici essenziale tanto ad una concreta attuazione della riserva di legge quanto dell'interesse fiscale. Viceversa, l'introduzione di una clausola antielusiva generale, anche ove si limiti a codificare degli orientamenti della giurisprudenza nell'ottica di una loro sistematizzazione e riconciliazione con il complesso dei principi dell'ordinamento, offrirebbe

---

<sup>136</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, pp. 1762-1763.

<sup>137</sup> GALLO, F., *op. cit.*, p. 1766.

<sup>138</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 40.

<sup>139</sup> Cfr. GALLO, F., *Rilevanza penale elusione*, in *Rass. trib.*, 2, 2001, p. 321.

delle univoche indicazioni, valide per tutti, su come individuare le condotte elusive non permesse dall'ordinamento contribuendo così a migliorare la certezza dei rapporti tributari<sup>140</sup>).

Naturalmente – come verrà diffusamente sostenuto nel prosieguo – l'introduzione di una clausola antielusiva generale non può dirsi risolutiva sotto questo profilo qualora, soprattutto la giurisprudenza, possa attingere a norme precettive rinvenibili in fonti gerarchicamente superiore a quelle in cui viene ad essere trasfusa la clausola antielusiva generale.

Tuttavia, tale circostanza pare essere bilanciata da un diverso risvolto positivo dell'introduzione di una clausola antielusiva generale. Un esame delle principali clausole generali antielusive presenti dei principali ordinamenti stranieri mostra, infatti, che parte del contenuto di tali clausole è in generale diretto a definire una specifica procedura per la sua applicazione votata, in particolare, a garantire un dialogo tra contribuente ed Amministrazione in modo che tale che una norma così penetrante non venga applicata a sproposito. In alcuni casi, inoltre, l'applicazione della clausola generale viene affiancata dalla presenza di un apposito organo tecnico variamente coinvolto nella procedura di accertamento e che, solitamente, svolge il ruolo di filtro tra contribuente ed ufficio accertatore.

In tal senso, l'introduzione di una clausola antielusiva generale può rappresentare un'importante occasione per disciplinare, anche sotto il profilo procedimentale, la disciplina degli accertamenti antielusivi limitando così sotto un diverso profilo i possibili tentativi di “scavalcare” la clausola antielusiva di fonte legislativa.

### 2.1 *Una questione preliminare: l'identità dell'elusione fiscale*

Se lo scopo di una clausola antielusiva generale è quello di offrire uno strumento di accertamento valido per tutte le fattispecie elusive, ossia indipendentemente dalla specifica forma assunta nel caso concreto, il presupposto per la loro applicazione non potrà che affondare le proprie radici in una teoria dell'identità delle condotte elusive. È chiaro, infatti, che per poter essere “generale” la norma in questione dovrà rintracciare le proprie condizioni di applicazione in quegli elementi che si ritiene siano comuni a tutte le fattispecie elusive immaginabili. In tal senso il contenuto sostanziale di una clausola antielusiva generale non potrà che riflettere il tipo di teoria assunta per definire l'identità dell'elusione fiscale, ossia per individuarne i caratteri essenziali ed esclusivi.

Sul punto sussiste, tuttavia, una certa varietà di posizioni. L'identità dell'elusione fiscale risulta, infatti, variamente ricondotta alla presenza di percorsi negoziali abnormi ovvero alla mancanza di sostanza o interesse economico rinviando con ciò, sul piano rimediabile, agli istituti della frode alla legge e dell'abuso del diritto per quanto riguarda gli

---

<sup>140</sup> Con riferimento ai principali ordinamenti di *Common Law* tale aspetto è stato approfondito da TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008, § 3.2.5.

ordinamenti di *Civil Law* e all'interpretazione teleologica e alla prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica da parte, invece, degli ordinamenti di *Common Law* (<sup>141</sup>).

Conseguentemente, anche le clausole antielusive generali ad oggi presenti in molti ordinamenti stranieri riflettono tale varietà di orientamenti(<sup>142</sup>). I Paesi di tradizione *Common Law*, maggiormente legati ad lettura economico-sostanzialistica dei fatti imponibili, si caratterizzano, infatti, per la presenza di clausole antielusive generali incentrate sull'individuazione delle condotte elusive a partire dall'assenza di uno scopo economico diverso dal mero risparmio fiscale; viceversa, gli ordinamenti di *Civil Law*, ancorati ad una visione maggiormente formalistica e giuridicizzata dei fatti imponibili, hanno via via adottato clausole antielusive generali incentrate sulle categorie dell'abuso del diritto e della frode alla legge individuando le condotte elusive perlòpiù a partire dalla strumentalizzazione di istituti del diritto civile al fine di ottenere un risparmio fiscale altrimenti non disponibile.

Ciò comporta altresì che le clausole antielusive generali finiscono per riproporre i medesimi problemi sorti con riferimento alle teorie da cui dipendono(<sup>143</sup>). In particolare, viene a riproporsi la questione della corretta individuazione degli elementi costitutivi dell'elusione fiscale, ossia della sua identità fondamentale rintracciabile invariabilmente in tutte le sue manifestazioni particolari. Tale questione, come correttamente segnalato dalla dottrina(<sup>144</sup>), risulta di chiara rilevanza poiché in assenza di una adeguata soluzione l'utilizzo della clausola antielusiva generale da parte dell'Amministrazione finanziaria non potrà che risultare dominato dal puro arbitrio consentendo a quest'ultima di qualificare come elusive fattispecie tra loro assai diverse senza che nella legge sia rintracciabile un criterio obiettivo di controllo.

È chiaro, infatti, che se la clausola antielusiva non vuole essere un semplice potere in mano all'Amministrazione, ma un regola con cui contrastare determinate condotte allora quest'ultime dovranno essere individuate con la maggior precisione possibile, altrimenti si finirà per delegare tale compito all'Amministrazione consegnando tale regola, degradata in

---

<sup>141</sup> PREBBLE, J., *Approaches to Tax Avoidance Prevention in Seven Asian Jurisdictions - A Comparison in Asia-Pacific Tax Bulletin*, 15, 2009, p. 22; ALVARRENGA, C.A., *Preventing tax avoidance: is there convergence in the way countries counter tax avoidance?*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 7, 2013, p. 348; JANSEN VAN RENSBURG, E., *Share Value Shifting A Comparison between the Anti-Avoidance Provisions in South African and Australian Tax Legislation*, in *Stellenbosch Law Review*, 18, 2007, p. 228; ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008 p. 1; PICKUP, D., *In Relation to General Anti-Avoidance Provisions: A Comparative Study of the Legal Frameworks Used by Different Countries to Protect Their Tax Revenues*, in *Beyond Boundaries. Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management*, a cura di FREEDMAN, J., Oxford, 2008, p. 9; COOPER, G.S., *The Design and Structure of General Anti-Tax Avoidance Regimes*, in *Bulletin for International Taxation*, 1, 2009, p. 26; COOPER, G.S., *International experience with general anti-avoidance rules*, in *Southern Methodist University Law Review*, 54, 2011, p. 83.

<sup>142</sup> Sul punto si veda complessivamente *Preventing tax avoidance: is there convergence in the way countries counter tax avoidance?*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 7, 2013, p. 348.

<sup>143</sup> DI PIETRO, A., *Presentazione*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, p. xix.

<sup>144</sup> COOPER, G.S., *The Design and Structure of General Anti-Tax Avoidance Regimes*, in *Bulletin for International Taxation*, 1, 2009, p. 27.

mero potere, al regno dell'arbitrio – violando, così, nella sostanza il contenuto dell'art. 23 Cost.<sup>(145)</sup>.

Pertanto, nell'ottica della presente indagine, non può che prendersi le mosse da un'analisi delle diverse ipotesi di identificazione delle condotte elusive.

### 2.1.1 (segue) *La prospettiva del legittimo risparmio d'imposta*

Un primo e fondamentale elemento distintivo dell'elusione fiscale è solitamente rintracciato nel fatto che “eludere” significa aggirare una norma al solo o principale scopo di ridurre (in tutto o in parte) il relativo onere fiscale<sup>(146)</sup>.

Valorizzando l'aspetto teleologico di tale ricostruzione è stato affermato che l'elusione potrebbe considerarsi fenomeno contiguo a quello del “risparmio d'imposta” in quanto anch'esso realizzato «*mercé il ricorso a procedimenti leciti che consentono di non realizzare la fattispecie imponibile o di realizzarne una meno onerosa pur attenendosi al medesimo risultato economico che la norma avrebbe assoggettato ad imposizione o uno analogo o sufficientemente fungibile*»<sup>(147)</sup>.

Va però ricordato che il risparmio d'imposta, seppur accostabile alla categoria dell'elusione, non è sempre patologico. Il dovere di contribuzione non si risolve, infatti, nel dovere di pagare l'imposta più gravosa<sup>(148)</sup> poiché, come affermato dallo stesso Legislatore, il contribuente deve ritenersi libero di scegliere tra due alternative aventi pari dignità quella fiscalmente meno onerosa<sup>(149)</sup>.

Il risparmio d'imposta può, quindi, assumere forme del tutto legittime – come nel caso in cui sia il frutto di scelte incentivate dallo stesso Legislatore attraverso delle specifiche agevolazioni<sup>(150)</sup>.

Tuttavia, come osservato dalla dottrina, il risparmio d'imposta dovrà considerarsi illegittimo ove sia il frutto di «*scappatoie e stratagemmi giuridici che, pur rispettosi di singole disposizioni legislative, si scontrano con principi sistematici di segno contrario, desunti da altre disposizioni e dalle modalità generali con cui è regolato un determinato settore del diritto tributario*»<sup>(151)</sup>.

---

<sup>145</sup> Si veda al riguardo FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 138 secondo cui «[s]tante la riserva di legge in materia di prestazioni imposte, sarebbe infatti dubbia la legittimità di una clausola generale “elastica”, che rimettesse all'Amministrazione e/o al giudice l'individuazione dei presupposti per ritenere “inopponibile” il comportamento del contribuente ed i suoi effetti».

<sup>146</sup> CIPOLLINA, S., *Elusione fiscale* in *Riv. dir. fin.*, 4, 2007, p. 555

<sup>147</sup> LOVISOLO, A., *L'evasione e l'elusione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1984, p. 1290.

<sup>148</sup> LUPI, R., *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 5, 1997, p. 1099.

<sup>149</sup> Cfr. relazione ministeriale al D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 il cui art. 7 ha introdotto l'art. 37-bis nel D.P.R. n. 600/73.

<sup>150</sup> KRUSE, H.W., *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione*, in *Trattato di Diritto Tributario*, a cura di AMATUCCI, A., vol. III, Padova, 1994, p. 208.

<sup>151</sup> LUPI, R., *Manuale Giuridico Professionale di Diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo*, Milano, 2001, p. 279.

Da questa prospettiva, l'elusione fiscale viene certamente a costituirsi come una forma di risparmio d'imposta, ma di natura illegittima in quanto non previsto dal sistema ed in sostanziale contraddizione con i suoi principi.

In ciò starebbe altresì l'autonomia dell'elusione fiscale rispetto all'evasione. L'evasione si avrebbe, infatti, in tutti quei casi in cui il fatto generatore dell'imposta si sia già verificato ed il soggetto passivo si sia limitato ad occultarlo ovvero a non eseguire correttamente gli adempimenti conseguenti<sup>(152)</sup>. In tale ottica, il risparmio fiscale che si accompagna all'evasione fiscale costituisce un vero e proprio illecito, mentre quello che contraddistingue l'elusione fiscale – in assenza di una esplicita norma che lo qualifichi come tale<sup>(153)</sup> – continuerebbe a rimanere nell'alveo della legalità ponendosi solo indirettamente in contrasto con le norme ed i principi tributari<sup>(154)</sup>.

L'accento sull'elemento del vantaggio fiscale porta, quindi, ad individuare la condotta elusiva in contrapposizione all'evasione fiscale quale condotta che si avvale di mezzi legali per raggiungere uno scopo – il risparmio d'imposta – di per sé estraneo all'area degli illeciti tributari.

È stato però osservato che se l'elusione fiscale si sostanzia nel perseguimento di un risparmio fiscale disapprovato dal sistema – altrimenti sarebbe identificabile nel legittimo risparmio d'imposta – allora non può che giungersi alla conclusione secondo cui tale risparmio è per definizione vietato dal sistema<sup>(155)</sup>. Conseguentemente anche l'elusione fiscale, al pari dell'evasione, dovrebbe appartenere al *genus* degli illeciti tributari<sup>(156)</sup>.

La prospettiva del risparmio fiscale finora considerata non sembrerebbe quindi sufficiente per isolare una nozione autonoma di elusione fiscale – ancorché sia indubitabile che in assenza di un risparmio fiscale non avrebbe senso parlare di elusione<sup>(157)</sup>.

Tuttavia, l'approdo appena raggiunto potrebbe essere inteso in un senso diverso, ossia come indice del fatto che le peculiarità dell'elusione fiscale si prestano ad essere meglio colte sul piano delle *modalità* di attuazione del risparmio d'imposta. In tal senso si sarebbe, peraltro, espressa anche quella parte dottrina favorevole ad una tendenziale identificazione tra evasione ed elusione. Non può, infatti, sfuggire che ad avviso di tale orientamento evasione ed elusione fiscale, sebbene indistinguibili sul piano dello scopo ricercato (ossia l'illecito risparmio d'imposta), rimarrebbero del tutto distinte sul piano dei mezzi atteso che solo nel

---

<sup>152</sup> Al riguardo si rinvia a FEDELE, A., *Aspetti negoziali e forme d'impresa tra opponibilità, simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 12, 2010, p. 1093 nonché PAPARELLA, F., *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, p. 235.

<sup>153</sup> È sintomatico di tale circostanza il fatto che COSCIANI, riferendosi all'elusione fiscale prima dell'introduzione di una norma antielusiva generale o quasi-generale all'interno dell'ordinamento nazionale, si sia riferito a tali condotte attraverso il sintagma "evasione legale" (COSCIANI, C., *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, Milano, 1964, p. 145).

<sup>154</sup> MANZONI, I., VANZ, G., *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Torino, 2008, p. 503.

<sup>155</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 302.

<sup>156</sup> TABELLINI, *op.cit.*, p. 304 e p. 24. Si veda anche RUSSO, P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1, 1999, p. 68.

<sup>157</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, p. 1773.

caso dell'elusione il fine illecito verrebbe ad essere realizzato mediante l'utilizzo di operazioni e negozi in sé perfettamente leciti<sup>(158)</sup>.

Da questo punto di vista appare corretto ricercare il *proprium* dell'elusione fiscale nel contesto dei possibili limiti rinvenibili nell'ordinamento al libero sviluppo dell'autonomia privata<sup>(159)</sup><sup>(160)</sup>.

### 2.1.2 (segue) *La prospettiva della anormalità dei percorsi negoziali e dell'assenza di sostanza economica*

In relazione alle conclusioni appena tratte può essere utile osservare come la prevalente dottrina abbia da sempre tentato di individuare l'identità dell'elusione fiscale non tanto attraverso un'indagine sui confini dell'illecito tributario, ma piuttosto ricorrendo ad un diretto confronto con i tratti tipici delle condotte evasive<sup>(161)</sup>.

Secondo HENSEL, infatti, l'evasione si presenterebbe nei termini «*un inadempimento colpevole della pretesa tributaria già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie, mentre nell'elusione si impedisce il sorgere della pretesa tributaria, evitando la fattispecie legale*»<sup>(162)</sup>; similmente, secondo BLUMENSTEIN si ha elusione fiscale quanto «*attraverso un determinato procedimento intenzionale fino dal principio, venga posto in essere un patto che non integri i presupposti per l'imposizione oppure attenui la grossezza dell'imposta dovuta; in ciò l'elusione differisce dall'evasione d'imposta, per la quale esiste il fatto che è fondamento dell'imposizione, ma la sua esatta valutazione da parte degli organi amministrativi viene impedita mediante un comportamento illegale del contribuente*»<sup>(163)</sup>.

Da questa prospettiva l'elusione verrebbe a distinguersi dall'evasione fiscale proprio sotto il profilo dei mezzi con cui viene conseguito il risparmio fiscale, ossia attraverso l'utilizzo di opportune configurazioni negoziali – ossia i “patti” di cui parla BLUMENSTEIN – tali da impedire la realizzazione del fatto imponibile a cui risulta collegato un maggior prelievo. In tal senso si coglie quell'orientamento della recente dottrina secondo cui «*[l]elusione si caratterizza ... nel deliberato abuso delle forme negoziali civilistiche, utilizzate al solo scopo di ottenere un risparmio d'imposta, difettando la giustificazione economica dell'operazione*»<sup>(164)</sup>. Come rilevato da JARACH, alla base di una tale lettura dei

<sup>158</sup> TABELLINI, *op. cit.*, pp. 303-304.

<sup>159</sup> CIPOLLINA, S., *Elusione fiscale*, in *Riv. dir. fin.*, 4, 2007, p. 555.

<sup>160</sup> Non sembra, quindi, del tutto convincente – quanto meno rispetto alla determinazione dell'identità delle condotte elusive – quell'orientamento della dottrina secondo cui il *proprium* delle condotte elusive andrebbe ricercato facendo leva esclusivamente sul concetto di vantaggio fiscale e, nello specifico, sulla sua “asistematicità”. A tale riguardo si veda BEGHIN, M., *Le «ragioni economiche» tra difetto di causa contrattuale ed elusività dell'operazione*, in *Corr. trib.*, 33, 2007, p. 2700; BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, pp. 37-38 e p. 41.

<sup>161</sup> Tale circostanza è rilevata da TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 18 nonché da CIPOLLINA, S., *Elusione fiscale*, in *Riv. dir. fin.*, 2007, 4, p. 555.

<sup>162</sup> HENSEL, A., *Diritto Tributario*, trad. it a cura di JARACH, D., Milano, 1956, pp. 148-149, nota 164.

<sup>163</sup> BLUMENSTEIN, E., *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, trad. it a cura di FORTE, F., 1954, p. 27.

<sup>164</sup> DE MITA, E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011, p. 29. In senso conforme MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 339; CIPOLLINA, S., *Elusione fiscale*, in *Riv. dir. fin.*, 4, 2007, p. 555; RUSSO,

comportamenti elusive vi è l'idea secondo cui il diritto tributario si troverebbe in una costitutiva posizione di dipendenza dal diritto civile di tal che le condotte elusive vengono ad essere concepite come la risultante dei seguenti requisiti: «che le forme giuridiche scelte dalle parti non siano normali riguardo al rapporti economico che le parti si propongono di concludere; che si ottenga per questo mezzo una diminuzione di imposta; che le parti abbiano scelto le forme giuridiche anormali per evitare un'imposta od ottenerne una minore»<sup>(165)</sup>. In quest'ottica il *proprium* dell'elusione fiscale verrebbe a dipendere, come rilevato da COSCIANI, dal fatto di presentarsi nei termini di uno «strumento che il contribuente può mettere in atto per cercare di ridurre od evitare l'onere fiscale, distorcendo la propria attività o taluni comportamenti giuridici, attraverso la piena osservanza delle norme positive almeno nel loro aspetto formale, così da non commettere un illecito tributario»<sup>(166)</sup>.

In questo senso non v'è dubbio che l'elusione fiscale venga percepita non tanto dalla prospettiva dell'illiceità, ma da quella dell'abuso dell'autonomia negoziale riconosciuta dall'art. 1322 c.c.<sup>(167)</sup>.

Va però osservato che secondo lo stesso BLUMENSTEIN è l'aspetto soggettivo dell'intento di eludere l'imposta che consente, in ultima analisi, di delimitare il fenomeno elusivo: l'anormalità del percorso negoziale adottato può, infatti, corrispondere ad una particolare finalità economica altrimenti non realizzabile e che, pertanto, non sarebbe giusto privare di rilevanza fiscale<sup>(168)</sup>. Tale aspetto è stato sottolineato anche da un più recente orientamento della dottrina secondo cui «quello che è importante dimostrare perché ci sia l'elusione illegittima è il fine di eludere, è lo scopo esclusivo di eludere, è la fraudolenza intesa come anormalità e anomalia della combinazione negoziale senza giungere all'estremo del raggio e dell'artificio»<sup>(169)</sup>.

Muovendo da questa prospettiva il *proprium* dell'elusione fiscale, in altri termini, nel suo essere un semplice caso particolare di frode alla legge<sup>(170)</sup>. Tale conclusione sarà oggetto di una precisa analisi nel prosieguo, per il momento appare opportuno osservare che secondo

---

P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 72; VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1606 (si veda in particolare §5 e §6).

<sup>165</sup> JARACH, D., *Il fatto imponibile*, Padova, 1981, p. 133. Sul punto si veda anche GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, p. 11.

<sup>166</sup> COSCIANI, C., *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, Milano, 1964, p. 145.

<sup>167</sup> Cfr. TABELLINI, P.M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta. Il problema della "titolarità ingannevole" di redditi*, Padova, 1995, pp. 17 e segg.

<sup>168</sup> BLUMENSTEIN, E., *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, trad. it a cura di FORTE, F., 1954, p. 275.

<sup>169</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, p. 1767. Lo stesso Autore ha così affermato che «[d]ovrebbe considerarsi, quindi, sempre perfettamente lecita l'operazione che è caratterizzata da un *quid pluris* rispetto al risparmio fiscale e cioè ha una sua giustificazione non meramente ed esclusivamente (o prevalentemente) fiscale, che presuppone delle finalità imprenditoriali che abbiano un reale spessore e, di conseguenza, non è costruita per utilizzare un determinato strumento negoziale solo in senso formale in funzione elusiva di una norma (imperativa) fiscale» (GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 11).

<sup>170</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, p. 11



una posizione assunta dalla dottrina privatistica la frode alla legge nel senso dell'elusione fiscale sarebbe un tipo *sui generis*, non riconducibile a quella disciplinata dall'art. 1344 c.c., poiché, da un lato, quest'ultima si applicherebbe soltanto alle norme imperative tra cui, secondo l'orientamento in parola, non vi sarebbero quelle tributarie, e, dall'altro, in quanto nel caso dell'elusione fiscale il "*fraus*" non risiederebbe, come nel caso della frode *ex art. 1344*, nel proposito di eludere una norma (imperativa), ma in «*nella consapevolezza di ledere il diritto di altri soggetti, i creditori, il fisco, e perciò, pur essendovi un atto lecito, il negozio in sé non può dirsi illecito*»<sup>(171)</sup>.

Procedendo lungo questa via si rischia, tuttavia, di ridurre l'elusione fiscale alla *frode fiscale* e, quindi (nuovamente) all'evasione<sup>(172)</sup>. È noto, infatti, che la *frode al terzo* riguarda il caso in cui ci si adoperi per frustrare il legittimo esercizio di un diritto del terzo – come nel caso della frode ai creditori<sup>(173)</sup>. Pertanto, qualora il terzo sia il Fisco tale fattispecie frodatória potrà dirsi realizzata se e nella misura in cui il presupposto impositivo sia già sorto ed il contribuente ponga in essere delle operazioni (veri e propri raggiri) per celarlo o comunque ostacolare l'attività di accertamento<sup>(174)</sup>. Diversamente, come affermato dalla Corte di Cassazione, 29 settembre 2006, n. 21221, «*il proprium del comportamento abusivo consiste proprio nel fatto che, a differenza dalle ipotesi di frode, il soggetto ha posto in essere operazioni reali, assolutamente conformi ai modelli legali, senza immutazioni del vero o rappresentazioni incomplete della realtà*».

Non sembra, quindi, che la predetta concezione dell'elusione fiscale possa superare gli ostacoli già segnalati con riferimento alla prospettiva del risparmio d'imposta. In entrambi i casi, infatti, si approda ad una sostanziale perdita di autonomia della categoria concettuale dell'elusione fiscale.

In tal senso sembra maggiormente condivisibile quell'orientamento della dottrina che ha tentato di individuare il *proprium* delle condotte elusive nell'intento di aggirare una o più norme tributarie sulla falsa riga della frode *alla legge* ai sensi dell'art. 1344 c.c. – e non nei termini di frode al terzo<sup>(175)</sup>.

Tale impostazione potrebbe, tuttavia, andare incontro ad un diverso ordine di difficoltà. Si potrebbe, infatti, obiettare – richiamando una tesi esposta da JARACH – che «*il motivo di eludere non può essere provato se non tramite il fatto oggettivo della mancanza di una finalità economica che giustifichi le forme giuridiche prescelte*»<sup>(176)</sup> e, che, pertanto, «*il punto centrale del concetto di elusione fiscale non è la finalità di eludere l'imposta, bensì l'inesistenza di una finalità economica*»<sup>(177)</sup>.

---

<sup>171</sup> SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 192-193.

<sup>172</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 16.

<sup>173</sup> DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Milano, 2008, p. 634.

<sup>174</sup> Sul punto SANTAMARIA, B., *La frode fiscale*, Milano, 2011, pp. 3-15.

<sup>175</sup> *Ex pluribus* GALLO, *op. cit.*, pp. 24 e segg.

<sup>176</sup> JARACH, D., *Il fatto imponible*, Padova, 1981, p. 137.

<sup>177</sup> JARACH, D., *op. cit.*, p. 136.

A tale obiezione si può però replicare che l'aspetto della prova dovrebbe essere tenuto distinto da quello ontologico – riguardante, nel caso di specie, l'identità di una certa condotta. Ed infatti JARACH trae la propria conclusione da una specifica concezione del fatto imponibile in cui «è il rapporto economico creato dalle parti a determinare il sorgere dell'obbligazione tributaria»<sup>178</sup>); da ciò seguirebbe, quindi, che l'unica volontà delle parti che può assumere una qualche rilevanza ai fini del diritto tributario è quella del fine empirico perseguito con la realizzazione di un certo negozio o percorso negoziale (*intentio facti*) – visto che è da tale volontà che il rapporto economico in cui si rinviene il presupposto dell'imposta trae la propria origine e conformazione. Da questa prospettiva veniva, perciò, esclusa ogni rilevanza di quella diversa volontà delle parti diretta a conformare il predetto rapporto economico ad una specifica disciplina di diritto civile (*intentio juris*)<sup>(179)</sup><sup>(180)</sup>. Secondo JARACH, infatti, «la considerazione economica dei fatti imponibili permette di prescindere dalle forme del diritto privato in generale ed anche in modo speciale [ossia ai fini antielusivi] quando l'uso di quelle forme inadeguate è motivato dallo scopo di evitare o diminuire l'imposta corrispondente agli intenti pratici dei negozi»<sup>(181)</sup>.

È però un dato ormai acquisito che nell'ambito del sistema tributario nazionale la natura del fatto imponibile si sia progressivamente attestata intorno ad una concezione “giuridicizzata” in cui gli effetti economico-sostanziali non sono assunti in modo diretto dalla legge, ma sono attratti a tassazione sempre secondo i loro profili giuridici<sup>(182)</sup>. In un sistema di questo tipo – come già osservato da HENSEL – «il comando – tu devi pagare le imposte – è sempre condizionato dalla frase: se tu realizzi la fattispecie legale (non: se tu miri ad un determinato effetto economico)»<sup>(183)</sup> e ciò comporta che la «figura giuridica [dell'elusione] appartiene alla più grande categoria dell'agere in fraudem legis»<sup>(184)</sup>.

Pertanto, dalla prospettiva dell'ordinamento nazionale non sembra possibile ricondurre l'identità dell'elusione fiscale all'assenza di una finalità economica<sup>(185)</sup>. Ragionare

<sup>178</sup> JARACH, D., *op. cit.*, p. 137. Tale tesi si risolveva, pertanto, in una radicale autonomia del diritto tributario rispetto al diritto civile (*Ibidem*).

<sup>179</sup> Quest'ultima tipologia di volontà, infatti, non entrava a far parte del fatto imponibile in quanto non produceva alcun effetto sul piano delle caratteristiche del rapporto economico posto in essere dalle parti, bensì si occupava semplicemente di formalizzarlo attraverso gli schemi del diritto civile.

<sup>180</sup> «[A] mmettere il contrario urterebbe contro la natura del fatto imponibile, che è economica e non giuridica, e urterebbe contro la fonte del rapporto d'imposta, che è data esclusivamente dalla legge e non dalla manifestazione di volontà delle parti» (JARACH, D., *op.cit.*, pp. 135-136).

<sup>181</sup> JARACH, D., *I contratti a gradini e l'imposta (nota a Cass., sez. I, 9 maggio 1979, n. 2658)*, in *Riv. dir. fin.*, 1982, p. 89.

<sup>182</sup> Sul punto si veda MANZONI, I., VANZ, G., *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Torino, 2008, p. 498 nonché MASTROIACOVO, V., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, p. 362.

<sup>183</sup> HENSEL, A., *Diritto Tributario*, Milano, trad. it a cura di JARACH, D., 1956, p. 148.

<sup>184</sup> HENSEL, A., *Ibidem*.

<sup>185</sup> In senso conforme può ricordarsi l'ampio dibattito sorto intorno alla natura degli effetti dell'atto da sottoporre alla registrazione cui si riferiva nell'art. 8 della legge sul registro del R.D. del 30 dicembre 1923, n. 3269, poi approdato nell'attuale formulazione dell'art. 20 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 secondo cui *l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente*. Al riguardo si rinvia a MASTROIACOVO, V., *Dalla norma generale e astratta all'applicazione concreta*, in *Diritto Tributario*, a cura

diversamente, significherebbe non soltanto commettere l'errore di «*confondere i presupposti del tributo con la sua disciplina giuridica, gli elementi metagiuridici con gli elementi giuridici, la politica tributaria con il diritto tributario*»<sup>186</sup>), ma soprattutto cadere «*nell'attribuzione al principio di capacità contributiva di una funzione interpretativa che fatica talvolta a distinguersi dall'attività riservata al legislatore*»<sup>187</sup>). L'approccio suggerito da JARACH non sfocia, infatti, nella mera individuazione di un diverso effetto tributario sulla base di una certa interpretazione delle norme o di qualificazione dei fatti, ma comporta un superamento delle forme giuridiche adottate da contribuente sulla base di un ragionamento in termini di equivalenza ed equiparazione degli effetti economici di una fattispecie giungendo con ciò ad integrare i confini stessi del "fatto imponibile" in sostanziale discontinuità con il contenuto della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost che riserva tale attività al solo Legislatore<sup>188</sup>).

Ciò posto, può ad ogni modo essere utile osservare, a discapito dell'idea che vuole ricondurre il *proprium* dell'elusione all'assenza di una finalità economica, che quest'ultima non sembra affatto costituire un tratto esclusivo delle condotte elusive. Si può, infatti, rilevare che rispetto alla sfera di comportamenti a cui il diritto tributario si rivolge in via prevalente, ossia quella degli agenti economici, l'assenza di uno scopo economico (così come l'utilizzo di forme negoziali anomale) è sintomo di una condotta irragionevole dal punto di vista dell'economica e che se posta in essere deve, quindi, poter trovare la sua giustificazione in considerazioni diverse da quelle meramente economiche; ciò, però, non deve autorizzare alcuna conclusione in merito alla natura di una determinata condotta<sup>189</sup>); quest'ultima, infatti, potrebbe sottacere un occultamento di valori imponibili così come una condotta del tutto lecita in quanto giustificata da ragioni personali o comunque diverse da quelle di natura economica<sup>190</sup>). Pertanto, dedurre l'elusività di una certa condotta dall'inesistenza di una sottostante finalità economica costituirebbe un *non sequitur*<sup>191</sup>)(<sup>192</sup>).

---

di FANTOZZI, A., Torino, 2012 p. 361. Con specifico riferimento al dibattito sorto intorno alla posizione espressa da Jarach (nonché da Griziotti) si rimanda a MELIS, G., *Sull'"interpretazione antielusiva" in Benvenuto Griziotti e sul rapporto con la Scuola tedesca del primo dopoguerra: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2008, p. 413 (in particolare si veda § 3).

<sup>186</sup> UCKMAR, A., *La legge del registro. Commento teorico pratico*, Padova, 1958, pp. 198-199.

<sup>187</sup> MELIS, G., *op. cit.*, p. 450.

<sup>188</sup> MELIS, G., *op. cit.*, pp. 453-454.

<sup>189</sup> Si veda al riguardo LUPI, R., *L'oggetto economico delle imposte nella giurisprudenza sull'antieconomicità*, in *Corr. trib.*, 4, 2009, p. 258.

<sup>190</sup> Peraltro, la riflessione appena condotte inducono a ritenere che la sfera di riferimento degli scopi da prendere in considerazione per decidere se, a partire da una configurazione negoziale anomala, si sia, effettivamente, in presenza di una condotta elusiva, dovrebbe essere ampliata al fine di includere qualsiasi scopo di natura extrafiscale.

<sup>191</sup> STEVANATO, D., *Elusione e abuso del diritto tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, 2013, reperibile su [http://www.giustizia-tributaria.it/documenti/seminari\\_corsi\\_formazione/seminario\\_Trieste\\_15e16\\_febbraio/relazioni/relazione%20Stevanato%20elusione%20Trieste%2015.2.2013.pdf](http://www.giustizia-tributaria.it/documenti/seminari_corsi_formazione/seminario_Trieste_15e16_febbraio/relazioni/relazione%20Stevanato%20elusione%20Trieste%2015.2.2013.pdf)

<sup>192</sup> In realtà, come si vedrà, l'idea (*rectius*: la fallacia) di poter ricavare l'elusione fiscale dall'assenza (in tutto o in parte) di una finalità economica ha contraddistinto l'orientamento del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive nonché taluni orientamenti della giurisprudenza, anche di legittimità.

Piuttosto, l'elemento dello "scopo economico" dovrebbe essere inteso come una diversa prospettiva<sup>(193)</sup> da cui poter valutare la presenza dell'elemento soggettivo dell'intento di eludere<sup>(194)</sup>; ossia, come una prospettiva da cui poter cogliere le ragioni del perché il contribuente abbia fatto ricorso ad una determinata operazione che, *prima facie*, si presenta come anomala sul piano delle forme giuridiche adottate. In questo senso viene a confermarsi l'esigenza, a cui si è fatto cenno precedentemente, di distinguere il piano delle modalità con cui si può rintracciare un comportamento elusivo da quello della sua identità e, quindi, degli elementi da cui se ne dovrebbe desumere il disvalore in un senso specifico e diverso rispetto all'evasione fiscale. In tale ottica lo "scopo economico" così come "le forme negoziali anormali" svolgerebbero il ruolo di indizi<sup>(195)</sup> della presenza di un comportamento elusivo<sup>(196)</sup> che, pertanto, andrebbero presi in considerazione non per ricercarvi il *proprium* delle condotte elusive, ma in relazione alla possibilità di un loro utilizzo ai fini di un giudizio basato su elementi oggettivi, più facilmente verificabili rispetto alla pura e semplice intenzione di eludere<sup>(197)</sup>.

Pertanto, sostenere che la rilevanza dell'anormalità dei percorsi negoziali sia, in ultima analisi, giustificata dal fatto che questi ultimi non risultano giustificati da un reale (o prevalente) scopo economico (diverso dal mero risparmio fiscale) non sembra, di per sé, condurre ad una contraddizione rispetto ai presupposti della posizione che rinviene nell'elemento dell'aggiramento – inteso nel senso precedentemente definito – il *quid* identificativo delle condotte elusive.

Si potrebbe, ad ogni modo, osservare che così ragionando non avrebbe molto senso riferirsi all'elemento dell'anormalità dei percorsi negoziali, rivestendo valore assorbente

---

<sup>193</sup>In tal senso sembrerebbe deporre la tesi secondo cui «*il diritto di impiegare una forma giuridica lecita o addirittura prevista dall'ordinamento comporta, come suo limite essenziale, il divieto di impiegarla al di fuori della vicenda economica che le è propria*» (ALTIERI, E., *La codificazione del principio dell'abuso del diritto in campo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2012, p. 903). Viene così ad essere recuperata la tesi già espressa da BLUMENSTEIN che, nel commentare la rilevanza del requisito oggettivo dell'anormalità dei procedimenti negoziali scelti, affermava che «*[l]a barriera è che i vantaggi che si cercano di conseguire non siano soprattutto di natura tributaria, poiché altrimenti si integra l'elemento obiettivo dell'elusione*» (BLUMENSTEIN, E., *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, trad. it a cura di FORTE, F., 1954, p. 28)

<sup>194</sup>In questi termini si veda, sebbene con riferimento al diritto civile, MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 304 e segg.

<sup>195</sup>FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 138.

<sup>196</sup>Ed, infatti, tali "indizi" compaiono a vario titolo, e secondo molteplici declinazioni e precisazioni, nell'ambito delle varie clausole antielusive presenti nei principali sistemi tributari. Ci si riferisce, ad es., all'utilizzo del *business purpose test* nell'ambito di una clausola antielusiva quasi-generale prevista all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73.

<sup>197</sup>La difficoltà di provare l'intento elusivo è stata immediatamente colta dalla dottrina a partire già dalle prime riflessioni intorno alla possibilità di ricondurre l'elusione fiscale nell'alveo della frode alla legge: «*proposte come queste, dirette a colpire solo le operazioni caratterizzate dalla maliziosità e dalla frode, finiscono con l'attribuire assorbente rilievo all'elemento soggettivo e cioè ad un elemento di difficile accertamento da parte dell'A.F. (la quale, proprio per questo, sembrerebbe orientata in recenti proposte legislative a prediligere il ricorso agli elementi oggettivi – il confronto tra negozi e l'identità del risultato economico – ai fini della qualificazione come elusiva di eli' attività negoziale)*» (GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 20.).

l'elemento della finalità economica<sup>198</sup>). Va però osservato che l'attuale costruzione dei fatti imponibili vincola le condotte elusive ad estrinsecarsi in primo luogo – anche se forse non necessariamente – sotto forma di percorsi negoziali più o meno atipici<sup>199</sup>. Si è ricordato, infatti, che l'aspetto economico-sostanziale delle manifestazioni di capacità contributiva è colto dal Legislatore rinviando ad una realtà negoziale o, comunque, all'utilizzo di talune forme giuridiche. Pertanto l'eventuale assenza di uno scopo economico viene ad essere *in primis* segnalata dalla presenza di un utilizzo distorto delle forme giuridiche. Non sembra, quindi, possibile assegnare una diretta rilevanza al criterio dello scopo economico senza una preliminare considerazione del requisito dell'abuso delle forme giuridiche. Tuttavia, tra i due elementi in questione potrebbe rinvenirsi una sorta di circolo virtuoso: l'anormalità delle forme giuridiche vale a segnalare la possibile assenza di uno scopo economico e quest'ultimo serve per accertare l'eventuale giustificazione extrafiscale di tale anomalia cosicché possa essere esclusa la sottostante presenza di una finalità elusiva<sup>200</sup>.

## 2.2 *La frode alla legge quale presupposto per l'applicazione della clausola antielusiva generale*

Se in una dimensione compatibile con l'ordinamento nazionale l'elusione fiscale, in quanto fenomeno, pare trovare la sua identità nell'intento di aggirare le norme impositive, appare ragionevole rinvenire nella frode alla legge il quadro giuridico di riferimento per definire le condizioni di applicazione della clausola antielusiva generale. Occorre però chiarire in che termini la frode alla legge possa essere richiamata nell'ambito del sistema tributario nazionale.

È possibile riferirsi direttamente all'art. 1344 c.c. riguardante il contratto in frode alla legge, oppure è necessaria una fondazione autonoma che renda ragione, seppur nel contesto dell'*agere in fraudem legis*, delle peculiarità del diritto tributario?

Come si vedrà la dottrina ha da tempo chiarito l'improcedibilità della prima alternativa e lo stesso Legislatore è giunto ad accogliere tale prospettiva attraverso l'introduzione dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73. Tuttavia, un generale ripensamento della questione sembra essere suggerito dal recente orientamento della Corte di Cassazione che ha individuato nell'abuso del diritto – e non nella frode alla legge – il quadro di riferimento da cui dedurre le condizioni di applicazione di un più generale principio antielusivo operante in chiave di clausola antielusiva generale non scritta.

---

<sup>198</sup> Come si avrà modo di chiarire una tale ipotesi è stata presa in considerazione per spiegare, nell'ambito dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73, l'assenza di ogni riferimento all'abuso delle forme negoziali, rinviando, invece, all' "assenza di valide ragioni economiche".

<sup>199</sup> VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1606 nonché, MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 224, nota 152.

<sup>200</sup> Su questa linea di considerazioni sembra altresì non del tutto accettabile quella posizione della dottrina che finisce per assegnare rilevanza soltanto alla violazione dei principi del sistema (LUPI, R., *Manuale Giuridico Professionale di Diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo*, Milano, 2001, p. 288) e, quindi, alla mera asistematicità del vantaggio fiscale conseguito (Cosi' BEGHIN, M., *Le «ragioni economiche» tra difetto di causa contrattuale ed elusività dell'operazione*, in *Corr. trib.*, 33, 2007, p. 2700)

Nella prospettiva della presente ricerca occorre, quindi, chiedersi se questo mutamento di prospettiva sia il frutto di una tendenziale insoddisfazione rispetto alla categoria della frode alla legge, inteso quale strumento di contrasto alle condotte elusive, oppure se si tratti di una mera riformulazione del medesimo approccio secondo una terminologia in linea con la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Infatti, poiché le nozioni di abuso del diritto e frode alla legge presentano, storicamente, degli elementi di reciproca distinzione – sebbene siano numerosi i punti di contatto – la risposta alla predetta questione non potrà che incidere sulle modalità con cui vengono ad essere individuati i presupposti per l'applicazione di una clausola antielusiva generale.

Peraltro, l'analisi di tale questione vale a chiarire eventuali elementi di tensione tra la formulazione della clausola antielusiva generale e l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in tema di elusione fiscale che, come detto, si basa sul principio dell'abuso del diritto. Tale questione risulta, inoltre, di accresciuta importanza allorché si consideri che la Commissione Europea ha recentemente raccomandato<sup>(201)</sup> l'adozione di una clausola antielusiva comune basata sul principio dell'abuso del diritto così come elaborato dalla ricordata giurisprudenza comunitaria.

Come si avrà modo di chiarire la nozione comunitaria di abuso del diritto risulta in larga parte diversa da quella di frode alla legge elaborata dalla dottrina nazionale, ma risulta altresì solo in parte omogenea concetto di abuso del diritto elaborato dalla Corte di Cassazione – che per verti versi rimane ancora legato ad una visione dell'elusione fiscale in termini di frode alla legge.

In tal senso, il ripensamento delle condizioni di applicazione della clausola antielusiva generale in termini di abuso del diritto più che una conseguenza dell'orientamento della Corte di Cassazione, risulterebbe un portato dell'orientamento della Giurisprudenza Comunitaria. E, in effetti, alcune delle recenti riforme riguardanti le clausole antielusive generali varate da alcuni Paesi comunitari, come la Francia, la Spagna e soprattutto il Belgio, si giustificano proprio per l'obiettivo di adeguare il contenuto di tali clausole al concetto comunitaria di abuso del diritto.

Resta naturalmente da chiarire se tali riforme si siano tradotte in una mera codificazione del predetto principio oppure (come sembra) abbiano aggiunto elementi di novità (ma non di conflitto) funzionali ad una più precisa definizione delle condizioni di applicazione della clausola antielusiva adottata.

Al fine di porre le basi per tale analisi appare ragionevole procedere, in primo luogo, con una ricostruzione del concetto di frode alla legge partendo dalle sue radici civilistiche e differenze rispetto al concetto di abuso del diritto. Infatti, sebbene per ragioni espositive l'orientamento della Corte di Cassazione in tema di abuso del diritto sarà affrontato solo più

---

<sup>201</sup> *Raccomandazione della Commissione sulla pianificazione fiscale aggressiva*, 6 dicembre 2012, C(2012) 8806. A tale riguardo vale la pena osservare sin da subito come il modello di clausola antiabuso raccomandato dalla Commissione si basi anche sul concetto di sostanza economica come criterio per “trattare” le costruzioni di puro artificio meritevoli di essere ignorate ai fini fiscali (cfr. § 4.2).

avanti, appare opportuno, sin da subito, rilevare la diversa funzione tradizionalmente assegnata all'abuso del diritto rispetto alla categoria della frode alla legge.

Successivamente, verrà ricostruita l'accezione in cui la categoria della frode alla legge è stata accolta dalla dottrina tributaristica anche in rapporto al ruolo dell'art. 1344 c.c. relativo al contratto in frode alla legge.

Ciò detto, una compiuta riflessione intorno ai possibili presupposti della clausola antielusiva generale non sembra possa sottrarsi ad un esame dell'approccio di matrice *Common Law* riconducibile ad una serie di dottrine giurisprudenziali quali la *step transaction*, il *business purpose test*, la *sham transaction*, l'*economic substance* e la *substance over form*<sup>(202)</sup>. Infatti, come rilevato dalla dottrina più recente, la struttura delle clausole antielusive generali costituisce oggi uno degli esempi di maggior rilievo, forse il più eclatante, della sempre più crescente importanza della circolazione internazionale dei modelli giuridici quale metodologia alla base del *drafting* delle discipline legislative di ciascun Paese<sup>(203)</sup>. Lo stesso art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73, come si avrà modo di chiarire, risente di tale approccio in quanto, come osservato dalla dottrina<sup>(204)</sup>, il Legislatore nazionale, pur muovendosi nel contesto della frode alla legge, ha attuato un certo recupero della dottrina del *business purpose test* avendo rinvenuto nelle *valide ragioni economiche* l'elemento dalla cui assenza dipende, in ultima analisi, la possibilità stessa di considerare come elusive quelle fattispecie che, ciononostante, si caratterizzano per la presenza di un aggiramento di norme.

La circolazione internazionale dei modelli giuridici ha, inoltre, importanti ricadute anche sul piano degli orientamenti giurisprudenziali. In tal caso, infatti, il riferimento a modelli giuridici caratterizzati da un certo grado di condivisione e ricorrenza tra i diversi ordinamenti stranieri viene sovente utilizzata per comprovare l'esistenza di istituti o principi simili anche nell'ordinamento interno<sup>(205)</sup>.

Tale fenomeno ha di recente interessato anche la giurisprudenza nazionale che, proprio al fine di affermare l'esistenza di un generale principio antielusivo, ha posto numerosi riferimenti alle legislazioni in tal senso adottate dai prevalenti ordinamenti comunitari e non. A tal riguardo merita di essere rilevato che in una recente pronuncia della Corte di Cassazione, 21 gennaio 2011, n. 1372, i giudici, seppur nel contesto dell'abuso del diritto, hanno fatto espresso riferimento alla codificazioni dell'*economic substance doctrine*

---

<sup>202</sup> Come verrà chiarito in seguito tale tassonomia deve essere valutata con particolare attenzione in quanto le dottrine in questione, in quanto frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale, sono tra loro in rapporto di sovrapposizione più che di autonomia. Sul punto THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, pp. 161-162.

<sup>203</sup> Sul punto GARBARINO, C., *Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules in Theoretical inquiries in law*, 2, 2010, p. 764; COOPER, G.S., *International experience with general anti-avoidance rules*, in *Southern Methodist University Law Review*, 54, 2011, p. 83, PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 4, 2008, p. 151.

<sup>204</sup> BARASSI, M., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di SACCHETTO, C., Torino, 2011, p. 50-51.

<sup>205</sup> BARASSI, M., *op.cit.*, p. 57.

introdotta negli Stati Uniti d'America con il *Patient Protection and Affordable Care Act* del 23 Marzo 2010<sup>(206)</sup>.

Pertanto, al fine di porre le basi per una corretta comprensione di tale orientamento, e delle sue ricadute rispetto al modo in cui la Cassazione utilizza la categoria giuridica dell'abuso del diritto, appare opportuno svolgere alcune considerazioni intorno alle citate dottrine giurisprudenziali di matrice *Common Law*. Tali riflessioni costituiranno, inoltre, la base da cui meglio comprendere i vari modelli di clausole antielusiva generali presenti in alcuni ordinamenti stranieri e la cui analisi, come enunciato in premessa al presente lavoro, costituisce aspetto centrale del presente lavoro.

### 2.2.1 (segue) *La frode alla legge e l'abuso del diritto*

In via di prima approssimazione si può affermare che è l'idea stessa di norma giuridica, nel prevedere e regolare talune situazioni di vantaggio, ad aprire alla nozione di abuso del diritto. Tale categoria giuridica si riferisce, infatti, alla possibilità di esercitare libertà individuali, collettive od individuali, secondo modalità che, pur risultato formalmente conformi alla fattispecie astratta prevista dal Legislatore, risultano dirette a soddisfare un interesse diverso a quello per cui dette situazioni di vantaggio sono riconosciute. In tal senso è stato osservato che l'abuso del diritto, nella sua accezione tradizionale, si presenta come abuso di una *facoltà agendi*<sup>(207)</sup>, ossia come una categoria atta ad emergere non tanto sul piano statico – ossia come una contraddizione interna sul piano della formulazione della norma –, ma su quello dinamico dell'*esercizio* da parte dei singoli di ciò che la norma attribuisce<sup>(208)</sup>. Ed, infatti, superate le prime posizioni legate all'opportunità di introdurre un sindacato di tipo morale<sup>(209)</sup> o sociale<sup>(210)</sup> sull'esercizio dei diritti da parte dei singoli<sup>(211)</sup>, la

---

<sup>206</sup> Si veda l'art. 1409 rubricato "*Codification of economic substance doctrine and penalties*".

<sup>207</sup> MESSINETTI, D., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, agg. II, 1998, p. 1

<sup>208</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 13.

<sup>209</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla tesi di SAVATIER secondo cui l'abuso si avrebbe nei casi di esercizio di un diritto secondo uno schema del tutto conforme al modello legale di riferimento, ancorché quest'ultimo risulti in contrasto con un dovere indicato dalla legge morale (ed, infatti, da questa prospettiva è l'immoralità dell'esercizio del diritto la fonte di responsabilità giuridica)(SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Parigi, 1951).

<sup>210</sup> Così JOSSERAND secondo cui l'abuso consisterebbe nel contrasto tra l'atto di esercizio di un diritto e la sua funzione sociale (JOSSERAND, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1927). L'esercizio non abusivo del diritto soggettivo viene così valutata da una prospettiva di tipo teleologico che trascende l'utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta invece ad una funzione sociale. L'esercizio di un diritto soggettivo non mette immediatamente fuori gioco ulteriori considerazioni, ma anzi deve confrontarsi e armonizzarsi con diritti e interessi concorrenti, incluso, in ipotesi, l'interesse generale. Sul punto PINO, G., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, p. 161.

<sup>211</sup> Sul punto si può ricordare la ricostruzione di Rescigno che, pur muovendo dalla tesi di fondo circa l'impossibilità di ricostruire in termini dogmatici la figura dell'abuso del diritto, trattandosi di una figura sorta dalle contraddizioni tra società liberale ed economica capitalistica con una pluralità di manifestazioni storiche (RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 31), ravvisava un primo momento di unità dell'abuso del diritto proprio una funzione di correzione in chiave etico-sociale del diritto positivo da rinvenirsi, sotto la spinta delle ideologie cattoliche e marxiste, nell'idea, da un lato, che il giudice civile possa conoscere e sanzionare il peccato e che, dall'altro, che quest'ultimo possa essere espressione della riprovazione della coscienza collettiva (cioè sociale) (*Ivi*, pp. 37-38).



dottrina ha progressivamente ricondotto l'abuso del diritto ad una «alterazione della funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso»<sup>(212)</sup>.

L'abuso del diritto come abuso di una *facultas agendi* si manifesta, pertanto, nei termini di uno sviamento dell'azione rispetto allo scopo per cui il diritto è stato attribuito richiedendo, sul piano del rimedio, il rinvio ad un criterio di giudizio ulteriore rispetto a quello della conformità formale dell'esercizio del diritto al suo modello legale.

È chiaro, infatti, che il diritto soggettivo è *agere licere* per il soddisfacimento di un interesse ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento, ma ciò individua, evidentemente, uno spazio di libertà e non di arbitrio: l'interesse oggetto di tutela, quale *ratio* del riconoscimento del diritto, ne segna al contempo i confini dell'esercizio<sup>(213)</sup><sup>(214)</sup>.

La categoria dell'abuso del diritto si è, quindi, sviluppata come tentativo<sup>(215)</sup> di garantire ai privati uno spazio di libertà per il perseguimento dei propri interessi senza consentire che quest'ultimo scadesse in arbitrio<sup>(216)</sup>.

In tal ottica l'abuso del diritto è un portato storico-evolutivo del concetto stesso di diritto che proprio per tale ragione mal si presta ad essere codificato e tradotto in una formula chiusa sintetizzabile in una norma positiva<sup>(217)</sup>. L'inafferrabilità di tale categoria giuridica ha, quindi, da subito posto il problema della definizione delle condizioni per il suo accertamento. Muovendo dalla concezione secondo cui l'abuso del diritto, inteso quale *facultas agendi*, è in

---

<sup>212</sup> ROMANO, S., *Abuso del diritto (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1958, p. 168.

<sup>213</sup> SACCO, R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di ALPA, G., et al., Torino, 2001, p. 373. Sul punto solo in apparente contrasto Rescigno in quanto per tale Autore l'unità del problema dell'abuso del diritto emergerebbe a partire da una dimensione storica (ossia come risultato di un conflitto tra società liberale ed economica capitalistica) e non sul piano dogmatico (cfr. , p. 75 nota 33).

<sup>214</sup> Secondo la Corte di Cassazione (18 settembre 2009, n. 20106 – caso Renault) l'abuso del diritto sussisterebbe anche quando si possa accertare che la parte avente diritto ha esercitato in modo anomalo il proprio potere e secondo modalità che denunciano una sproporzione tra il vantaggio acquisito la situazione sfavorevole patita dalla controparte. E ciò perché l'interesse deve essere fatto oggetto di una valutazione attenta al rapporto tra il vantaggio conseguito dal titolare del diritto e gli svantaggi (*rectius*: danni) patiti dalla controparte, anche nell'ottica di una adeguata proceduralizzazione dell'esercizio del diritto secondo buona fede e correttezza al fine di escludere che il diritto sia stato esercitato (Cfr. MORELLO, U., *Abuso del diritto*, in *Lezioni di diritto civile. Casi questioni e tecniche argomentative*, a cura di GAMBARO, A. e MORELLO, U., Milano, 2012, p. 568.)

<sup>215</sup> Ipotesi questa che fu presa in considerazione nei lavori preparatori al codice civile con il progetto di art. 7 secondo cui «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto». Sul punto si veda CARINGELA, F., *Studi di diritto civile. Vol. 2: Proprietà e diritti reali*, Milano, 2007, p. 184. È noto, tuttavia, come il Legislatore nazionale abbia mancato di introdurre una norme di carattere generale sull'abuso del diritto. E ciò secondo un'opinione della dottrina non sarebbe un male visto che «la dottrina dell'abuso è superflua (...) è in qualche caso un medio logico inutile; negli altri casi un inutile doppione» (SACCO, R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di ALPA, G., et al., Torino, 2001, p. 373). Va però osservato che tale critica veniva mossa considerando l'abuso del diritto come una più generale applicazione della regola della buona fede di cui all'art. 1375 c.c. (RESTIVO, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, pp. 76-77)

<sup>216</sup> RESTIVO, C., *op. cit.*, pp. 64-65. Secondo l'Autore, peraltro, tale sviluppo costituirebbe l'esempio di evidente di un più generale mutamento di prospettiva che non si rivolge più esclusivamente alle modalità di attribuzione di un potere ai privati, ma – soprattutto – nelle modalità di controllo del suo esercizio (*Ivi*, p. 66).

<sup>217</sup> SCERNI, M., *L'abuso del diritto nei rapporti internazionali*, Roma, 1930, p. 115.

primo luogo alterazione della funzione obiettiva del diritto, non potrà però che giungersi alla conclusione secondo cui la sua presenza dovrà essere accertata mediante una valutazione dell'interesse perseguito dal soggetto. È questo, infatti, il parametro che entra in gioco, come visto, per stabilire se l'esercizio del diritto sia o meno conforme allo scopo per cui il diritto viene riconosciuto<sup>(218)</sup>. A tal riguardo la dottrina è altresì concorde nel ritenere che tale situazione si manifesta nei termini di esercizio del diritto secondo atti e negozi validi e leciti, ma posti in essere in funzione atipica, cioè secondo criteri anomali rispetto alla funzione del diritto<sup>(219)</sup>.

Così inquadrato l'abuso del diritto è solitamente tenuto distinto dalla figura della frode alla legge atteso che quest'ultima non riguarderebbe una *facultas agendi*, ma una *norma agendi*<sup>(220)</sup>. In tal senso la frode alla legge si distingue dall'abuso del diritto in senso stretto in quanto quest'ultimo ha ad oggetto l'esercizio di un diritto (*rectius*: di una situazione di vantaggio), mentre la frode alla legge si rivolge alle norme<sup>(221)</sup>.

Il *proprium* della frode alla legge risiederebbe così nell'aggiramento delle norme giuridiche da parte del soggetto privato che abusando della libertà di adottare una certa configurazione giuridica per soddisfare i propri interessi sfrutta la varietà delle forme giuridiche e degli istituti messi a disposizione dall'ordinamento per ottenere un risultato che, ordinariamente, non sarebbe disponibile in quanto disapprovato dal sistema nel suo complesso.

Ciò consente di isolare un ulteriore profilo distintivo della frode alla legge rispetto all'abuso del diritto (in senso stretto): mentre la frode alla legge è necessariamente legata al verificarsi di un aggiramento di norme, l'abuso del diritto è intimamente legato alla produzione di un danno alla controparte senza del quale, infatti, non verrebbe a giustificarsi l'esercizio non conforme del diritto<sup>(222)</sup>.

In conclusione, sebbene abuso del diritto e frode alla legge siano entrambi espressione di una superiore esigenza di correzione del diritto scritto, solo il divieto di abuso del diritto si risolve nella necessità, da parte dell'interprete, di bilanciare gli interessi e i diritti in conflitto – valutando altresì la presenza di un danno<sup>(223)</sup> –, mentre nella frode alla legge è sufficiente accertare la presenza di un aggiramento di disposizioni normative in vista del conseguimento di un risultato disapprovato dal sistema ancorché non si riverberi (necessariamente) nella forma di un danno per un terzo.

---

<sup>218</sup> Infatti, nel senso appena definito, l'abuso del diritto è possibile solo e nella misura in cui l'interesse è presente all'interno della fattispecie quale momento autonomo, rispetto agli altri elementi di fatto che vi concorrono, per l'individuazione del presupposto del diritto. Sul punto RESTIVO, C., *op. cit.*, p. 128. Conseguentemente, ove l'interesse venga cristallizzato in determinate ipotesi tipiche, l'abuso del diritto non potrà configurarsi poiché l'interesse finirà per dissolversi in un mero elemento fattuale (RESTIVO, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 131).

<sup>219</sup> ROMANO, S., *Abuso del diritto (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1958, p. 166.

<sup>220</sup> Sul punto PIAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, pp. 19-20.

<sup>221</sup> MORELLO, U., *Abuso del diritto*, in *Lezioni di diritto civile. Casi questioni e tecniche argomentative*, a cura di GAMBARO, A. e MORELLO, U., Milano, 2012, p. 585.

<sup>222</sup> SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 192-193.

<sup>223</sup> PATTI, S., *Abuso del diritto (voce)*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, Vol. I, 1988, p. 7.

Ad ogni modo non può tacersi, almeno dalla prospettiva generalissimi qui assunta, come abuso del diritto e frode alla legge finiscano per presentarsi, almeno sul piano fenomenico, secondo modalità contigue e, quindi, difficilmente distinguibili. Come accennato, infatti, anche la frode alla legge è solita presentarsi nei termini di un utilizzo anomalo ed abnorme, seppur lecito, di istituti e forme giuridiche in vista del perseguimento di un fine diverso da quello tipico per cui tali forme ed istituti sono messi a disposizione dall'ordinamento.

### 2.2.2 (segue) *La frode alla legge e la sua autonomia nel diritto civile*

Per cogliere la specifica rilevanza sul piano tributario della categoria della frode alla legge appare necessario un ulteriore inquadramento civilistico. Sia perché è nell'ambito del diritto privato che tale nozione è stata progressivamente elaborata sia perché è proprio a partire da tale prospettiva che è possibile cogliere l'autonomia della frode alla legge rispetto alle condotte *contra legem*.

Punto di partenza delle varie posizioni sviluppate dalla dottrina civilistica è la nota formulazione di Paolo secondo cui «*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*»<sup>(224)</sup>. I comportamenti in frode alla legge sarebbero, quindi, quelli che pur non andando oltre la lettera della legge, ne contraddicono, nella sostanza, lo scopo ed il senso ultimo<sup>(225)</sup>. Più nel dettaglio la frode alla legge designa quei casi in cui un soggetto, per ottenere un vantaggio a cui non avrebbe altrimenti titolo, oppure per evitare l'applicazione di una regola a lui sfavorevole, si fa scudo in maniera formalmente ineccepibile di una o più regole giuridiche rese applicabili mediante una formale integrazione del loro presupposto<sup>(226)</sup>.

Ciò posto occorre chiarire in che senso la frode alla legge, quale figura distinta dall'abuso del diritto per le ragioni appena elencate, venga a distinguersi dalla violazione alla legge.

A tale interrogativo i sostenitori della cosiddetta teoria oggettiva hanno risposto osservando che la frode alla legge individuerebbe tutti quei casi in cui, attraverso un certo percorso negoziale in sé lecito, viene ad essere raggiunto un *effetto* proibito imperativamente<sup>(227)</sup>.

In quest'ottica la frode risulterebbe distinta dalla vera e propria illiceità in quanto solo quest'ultima si risolverebbe nella diretta ed aperta violazione di una norma<sup>(228)</sup>. Tale posizione si giustifica alla luce di una concezione delle norme giuridiche secondo cui quest'ultime sarebbero suddivisibili in norme di tipo materiale ovvero formale<sup>(229)</sup>: nel primo caso si vieta il raggiungimento di un certo effetto (ad es. economico) e solo indirettamente il

---

<sup>224</sup> D. 1, 3, 29.

<sup>225</sup> MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 19.

<sup>226</sup> PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, p. 161.

<sup>227</sup> ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge*, Weimar, 1911, p. 134; BETTI, E., *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 378; CESSARI, A., *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1953, p. 1071. In chiave ricostruttiva si veda CRICENTI, G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, pp. 29 e segg.

<sup>228</sup> FERRARA, F., *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, p. 68.

<sup>229</sup> MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 19.

procedimento per realizzarlo; nel secondo caso, invece, si vieta un comportamento ben determinato non ammettendo, quindi, che un certo risultato possa essere raggiunto per altre vie.

Muovendo da questa prospettiva appare, quindi, evidente che la frode alla legge risulta possibile solo con riferimento alle norme di tipo materiale e sussisterebbe in tutti quei casi in cui, mediante un qualsiasi percorso, sia raggiunto un effetto coincidente con quello vietato<sup>(230)</sup>.

È però stato osservato che così ragionando il problema della frode alla legge finisce per refluire in quello della violazione della legge<sup>(231)</sup>: se il negozio in frode alla legge produce lo stesso effetto vietato dal sistema allora le norme che intendevano vietare un tale effetto non potranno che ritenersi violate – e non semplicemente aggirate<sup>(232)</sup>. In sintesi, il negozio in frode alla legge non sarebbe altro che un negozio illecito atipico<sup>(233)</sup>.

A ciò si è però replicato che ad ogni modo la frode alla legge rimarrebbe distinta dalle condotte *contra legem* in quanto non si tradurrebbe, come quest'ultime, in una aperta violazione delle legge, ma nel ricorso a comportamenti obliqui ed indiretti<sup>(234)</sup>.

Tale risposta non sembra, tuttavia, soddisfacente poiché agganciata ad una prospettiva meramente fenomenica incapace di individuare gli elementi strutturali della frode<sup>(235)</sup>. In tal senso la categoria della frode alla legge finirebbe per sovrapporsi al concetto di negozio indiretto<sup>(236)</sup> che, come noto, non esprime necessariamente una patologia del contratto – salvo non sia illecito il fine indirettamente perseguito<sup>(237)</sup>.

Nel tentativo di superare tale *impasse* si è fatta largo l'opposta teoria soggettiva della frode alla legge che, da un lato, rifiuta di ritenere fraudolento il negozio non espressamente proibito dalla legge – altrimenti si darebbe applicazione analogica di una norma eccezionale contrariamente al disposto dell'art. 14 prel. c.c. – e, dall'altro, considera come in frode alla

---

<sup>230</sup> CESSARI, A., *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1953, p. 1071.

<sup>231</sup> Per completezza si segnala che il rinvio alla violazione della legge non è stato inteso con riferimento alla simulazione atteso che secondo un'opinione pressoché unanime il contratto in frode alla legge risulta radicalmente distinto da quello simulato poiché le parti vogliono realmente (ed esattamente) il negozio che hanno posto in essere proprio perché strumentalizzato rispetto al fine di ottenere l'aggiramento di una norma imperativa. Sul punto MORELLO, U., *op. cit.*, p. 189 nonché *ex pluribus* TORRENTE, A., SCHLESINGER, P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, pp. 617-618.

<sup>232</sup> MORELLO, U. *op. loc. ult. cit.*, p. 19.

<sup>233</sup> CRICENTI, G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, p. 31.

<sup>234</sup> FERRARARA, F., *op. cit. loc. ult.*, p. 68.

<sup>235</sup> Così GIACOBBE, G., *Frode alla legge (voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, 1969, p. 80.

<sup>236</sup> Il concetto in questione pare ben esemplificato dalla Corte di Cassazione (sent. 21 dicembre 1984, n. 6650) secondo cui il negozio indiretto «ricorre quando le parti utilizzino una fattispecie negoziale tipica, e la pongano effettivamente in essere, ma per conseguire, oltre agli scopi ad essa propri, anche ulteriori scopi propri di un diverso negozio tipico, trovano applicazione le norme del negozio impiegato, per quanto riguarda struttura, forma ed elementi costitutivi, mentre le norme di quel diverso negozio sono operanti nella parte in cui si limitino a regolarne il risultato, indipendentemente dallo strumento adoperato per il suo raggiungimento».

<sup>237</sup> CARINGELA, F., *Manuale di diritto civile. Volume 3*, Milano, 2008, pp. 208-209. Al riguardo è stato, infatti, osservato che la categoria del negozio indiretto si rivela come un mero schema descrittivo in capace di separare i casi in cui la forma contrattuale adottata debba essere conservata ovvero superata – come nel caso della frode alla legge (NARDI, S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, p. 33).

legge quei negozi giustificati dall'intento di aggirare una norma imperativa ancorché l'effetto prodotto sia soltanto analogo a quello vietato<sup>(238)</sup>. In tal senso il negozio in frode alla legge non sarebbe un semplice negozio indiretto poiché risulterebbe qualificato dall'ulteriore elemento dell'intento di eludere una norma e, quindi, risulterebbe altresì distinto dai contratti *contra legem* proprio in ragione del diverso intento che lo giustifica<sup>(239)</sup>.

Rimane, tuttavia, il fatto che anche la teoria soggettiva incontra delle profonde difficoltà nello stabilire l'autonomia della frode alla legge rispetto alla categoria del negozio illecito.

È stato, infatti, sottolineato che se la causa del contratto deve essere intesa – come affermato dalla prevalente dottrina – nella sua accezione concreta, ossia come interesse pratico che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare, allora, nella frode alla legge tale

---

<sup>238</sup> CRICENTI, G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, p. 32.

<sup>239</sup> Così GIACOBBE, G., *Frode alla legge (voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, 1969, p. 80. Secondo un autorevole orientamento la correttezza di tale impostazione sarebbe confermata anche dal tenore letterale dell'art. 1344 c.c. ove la causa del contratto in frode alla legge non è stabilita come *in re ipsa* illecita, ma è *reputata* come illecita (CARRARO, L., *Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 177 e p. 79.). Tale circostanza sarebbe, infatti, prova che per il Legislatore l'effetto del negozio in frode alla legge non è identico ad uno vietato tanto che sul piano della sua causa quest'ultima può solo essere *reputata* come illecita e ciò dipenderebbe proprio dal fatto che il *proprium* della frode sta nell'obiettivo di aggirare quelle norme che tale effetto vietano (e che quindi non potrà essersi prodotto, altrimenti le norme sarebbero state violate). Quindi, il riferimento all'aspetto soggettivo dell'*intentio* consentirebbe di isolare l'autonomia della frode alla legge rispetto alle condotte *contra legem*. Inoltre, sempre da questa prospettiva, viene osservato che l'intento fraudolento verrebbe a distinguersi dal motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. poiché non avrebbe carattere determinante e non sarebbe comune ad entrambe le parti. Sul punto CARRARO, L., *Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 79. Quindi l'art. 1344 c.c. non sarebbe un doppione dell'art. 1345 c.c. In tal senso depone il dato testuale della Relazione al Codice Civile, ricordato al riguardo da NARDI, S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, pp. 9-10, a mente del quale «*la legge reputa che vi sia illiceità quando un contratto, anche se di per sé lecito, è stato preordinato al fine di eludere l'applicazione di norme imperative (art. 1344). Opera qui l'illiceità dell'intento prativo comune ad entrambe le parti, che in via più generale è preso in considerazione nell'art. 1345. Il presupposto concorde delle parti, di far servire il contratto quale mezzo per la realizzazione di una finalità riprovata dall'ordinamento giuridico, da divergere lo scopo della tutela accordata al contratto; ma non si può spingere la sanzione fino a colpire anche l'illiceità del motivo che stimolò soltanto una delle parti senza far soggiacere la forza obbligatoria del contratto a inesprese determinazioni, capaci di vulnerare la buona fede del contraente che opero per scopi protetti dalla legge*». Tale impostazione del problema ha, tuttavia, incontrato un ostacolo nella seguente obiezione: se l'intento fraudolento deve intendersi distinto dal motivo illecito in quanto non necessariamente comune ad entrambe le parti – come invece richiesto dall'art. 1345 c.c. –, allora, si giungerebbe all'assurdo di ammettere che, attraverso l'istituto della frode alla legge, l'intenzione di una sola delle parti possa costituire un valido presupposto per invalidare il negozio ai danni dell'altra parte (OPPO, G., *Recensione a Carraro*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 179). A ciò si è però replicato che per le teorie soggettive l'elemento subiettivo non andrebbe ricercato nel motivo, cioè nell'intento pratico-economico (*intentio facti*) di una delle due parti, ma nell'*intentio iuris* ossia nel volere un certo effetto giuridico quale conseguenza complessiva del negozio (D'AMICO, G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 77). Muovendo da questa prospettiva si è altresì affermato che la frode alla legge dipenderebbe dalla presenza di un accordo collegato ad uno principale che finisce per degradare quest'ultimo a strumento per il conseguimento di uno scopo ulteriore rappresentato, appunto, dall'elusione di un divieto (PUGLIATTI, S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298). In tal senso, la frode alla legge veniva ricondotta alla presenza di una pluralità di negozi, tra loro collegati, vincolando l'applicabilità dell'art. 1344 c.c. al verificarsi di questa specifica fattispecie (PASSAGNOLI, G., *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, a cura di VETTORI, G., (diretto da ROPPO, V.), Vol. II, Milano, 2007, pp. 479 e segg. Così anche Cass., 7 ottobre 2008, n. 24769).

interesse, essendo quello di aggirare una norma imperativa, non potrà che considerarsi illecito; ma allora il negozio reputato *in fraudem legis* dovrebbe considerarsi coincidente con quello *contra legem* per illiceità della sua causa<sup>(240)</sup>.

Sembrerebbe, quindi, corretto concludere in favore della tesi secondo cui la frode alla legge più che sul piano dogmatico dovrebbe essere analizzata su quello delle sue modalità attuative atteso che la frode alla legge non risulterebbe altro che una modalità di essere dell'illiceità della causa<sup>(241)</sup>.

Questo breve *excursus* intorno alle varie elaborazioni dottrinali (di matrice civilistica) intorno al concetto di frode alla legge consente di cogliere, come osservato da parte della dottrina, che «*la storia del concetto di fraus legis si pone come la storia dei tentativi fatti per giustificare o per avversare un concetto autonomo dell'istituto*»<sup>(242)</sup>.

Tale circostanza, come visto, non è estranea all'evoluzione delle elaborazioni della dottrina in merito all'identità delle condotte elusive rispetto all'evasione.

Si è osservato, infatti, che ove sia privilegiata una lettura in termini di effetto (non dissimile dalle ricordate teorie oggettive), si giunge ad una sostanziale identificazione tra evasione ed elusione atteso che in entrambi i casi si avrebbe a che fare con un comportamento *contra legem* in virtù della comune illiceità del risultato prodotto (ossia il risparmio fiscale illegittimo). Si è quindi osservato che l'autonomia dell'elusione fiscale potrebbe essere conservata soltanto ove si assuma la diversa prospettiva dei limiti all'esercizio dell'autonomia privata e, in particolare, dell'aspetto soggettivo dell'elusione legato alla presenza dell'intento di aggirare una norma. L'autonomia dell'elusione fiscale sembrerebbe, quindi, essere salvaguardata assumendo una prospettiva non dissimile dalla teoria soggettiva della frode alla legge.

Tuttavia, in base a quanto appena rilevato, anche la suddetta teoria soggettiva della frode alla legge sembrerebbe incapace di distinguere la frode dalla violazione della legge – degradando la prima ad una mera modalità di essere della causa illecita. Pertanto, anche dalla prospettiva poc'anzi ricordata, sembrerebbe corretta la tesi di chi vede nell'elusione al più una *species* del *genus* delle condotte evasive che per tale ragione si presta ad essere indagata soltanto sul piano delle sue modalità attuative.

Tale conclusione non sembra, però, obbligata.

Merita, infatti, di essere ricordato che secondo un certo orientamento della dottrina l'autonomia della frode alla legge dovrebbe essere ricostruita superando le precedenti contrapposizioni tra teoria soggettiva ed oggettiva<sup>(243)</sup> e prendendo atto del fatto che storicamente la categoria giuridica in questione è stata utilizzata nell'ottica di un principio

---

<sup>240</sup> BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, Vol. III, Milano, 2000, p. 448; PUGLIESE, A., *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 174.

<sup>241</sup> BOLEGO, G., *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Milano, 2011, p. 38.

<sup>242</sup> MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 25 nonché SACCO, R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di SACCO, R. e DE NOVA, G., Torino, 1993, p. 120.

<sup>243</sup> MORELLO, *op. cit.*, p. 37. Si veda anche CRICENTIL, G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, p. 38.

immanente al concetto stesso di ordinamento giuridico positivo<sup>(244)</sup> secondo cui non può ammettersi uno svuotamento della portata delle regole del sistema mediante un utilizzo strumentale delle stesse e delle forme giuridiche da queste ricavabili<sup>(245)</sup>.

Nello specifico è stato osservato che le diverse forme di repressione della frode alla legge sono tutte accomunate dal fatto di richiedere una qualche forma di integrazione della norma elusa o di superamento delle forme giuridiche adottate che implica, altresì, – come ben chiaro nel caso del diritto tributario alla luce del ruolo della riserva di legge – un delicato accertamento delle resistenze opposte dal sistema al fine di prevenire un esame disinvolto ed incauto della *ratio legis*<sup>(246)</sup>.

In tal senso l'art. 1344 c.c. sarebbe espressione, a livello contrattualistico, di una più generale nozione di frode alla legge riguardante l'interno ordinamento con riferimento a tutti quei casi in cui le norme del sistema vengano svuotate della loro reale portata, ossia aggirate, al fine di raggiungere un risultato sostanzialmente *analogo* a quello non permesso ma secondo una forma giuridica che non ne traduce l'illiceità in quanto conforme alla *littera* di altre disposizioni dell'ordinamento – che pure verrebbero svuotate del loro contenuto in quanto frustrate nello *spiritus*<sup>(247)</sup>.

In questo quadro non ha, quindi, senso concepire la frode alla legge secondo la teoria oggettiva poiché ciò vincolerebbe, nuovamente, ad una prospettiva di tipo dogmatico legata alla possibilità di stabilire una qualche identità tra l'effetto del negozio reputato in frode alla legge ed un effetto vietato da norme imperative. Piuttosto, appare accolto un certo recupero della teoria soggettiva atteso che, secondo l'orientamento in commento, *«per risolvere il problema della frode alla legge è necessario compiere una serie di valutazioni (tradizionalmente descritte come problemi di individuazione dell'intento elusivo) che, consistendo essenzialmente in un esame di elementi oggettivi desunti dalla situazione economica e dagli interessi in gioco (...) hanno il loro punto focale (a) nell'accertamento*

---

<sup>244</sup> VIDAL, F., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Parigi, 1957, p. 386 e p. 212.

<sup>245</sup> MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 334-335.

<sup>246</sup> MORELLO, *op. cit.*, p. 268. Su queste basi l'orientamento in commento ha, quindi, ritenuto di poter rinvenire l'esistenza di vere e proprie direttive operanti a livello generale affermando che *«[s]tabilito che l'interpretazione rigida ed il rispetto delle forme civili costituiscono nella specie la regola, la frode potrà essere eccezionalmente colpita solo se l'integrazione sia ammessa perché: (a) la norma "elusa", pur facendo parte di un settore di jus strictum, ha tuttavia una sua completezza e razionalità, esprime una direttiva dell'ordinamento, forma cioè "sistema"; (b) possono essere accantonate le esigenze di stretta interpretazione, considerando il rischio di uno svuotamento della disposizione che la facilità e generalizzabilità del procedimento elusivo può comportare. E solo se la costruzione del reale affare compiuto al di là delle forme dichiarate appaia giustificato (a) da clausole del contratto, patti accessori o negozi collegati o dallo stesso modo in cui è congegnato il procedimento elusivo; oppure (b) da elementi economici facilmente accertabili e di indubbio peso nel contesto degli interessi in gioco, tenendo ancora presente, in generale, se l'impiego di determinate forme e procedimenti risulti così diffuso da costituire espressione di una prassi consolidate. L'insieme delle direttive testé enunciate costituiscono certamente un corpus di regola da cui può desumersi un concetto unitario di frode alla legge»* (MORELLO, *op. cit.*, pp. 335-336).

<sup>247</sup> In altri termini l'art. 1344 c.c. sarebbe espressione particolare di un più generale principio che, ove riferito alla sfera dei contratti, non poteva che essere attuato sul piano della nullità del negozio per illiceità della sua causa (in quanto dato determinante di ogni qualificazione normativa che si riferisca alle fattispecie negoziali). Al riguardo si veda GIACOBBE, G., *Frode alla legge (voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, 1969, p. 87.

della surrogabilità in senso economico del procedimento elusivo con quello proibito; (b) nella mancanza di un legittimo interesse delle parti; (c) nella facilità di individuazione della frode, con riferimento ai rischi ed al costo del procedimento impiegato, per stabilire se l'elusione dimostri espressione di una prassi consolidata o facilmente consolidata»<sup>(248)</sup>

Vi è, quindi, un senso – seppur debole – in cui la teoria soggettiva precedentemente considerata consentirebbe di salvaguardarne l'autonomia giuridica della frode alla legge rispetto alle condotte in *contra legem*.

A tale riguardo appare importante sottolineare che per l'orientamento appena considerato il concetto di intento fraudolento non andrebbe inteso quale stato subiettivo appartenente alla sfera introspettiva delle parti, ossia quale concreta volontà di porsi al di fuori dall'area di applicazione della norma, ma andrebbe più correttamente ricondotto alla presenza di elementi obiettivi ricavabili dall'esame del contratto come la *surrogabilità in senso economico del procedimento posto in essere* ovvero la *mancanza di un apprezzabile interesse delle parti*. In tal senso l'approccio in questione consentirebbe di superare le difficoltà legate non solo al contenuto stesso della nozione di intento fraudolento ma anche – e forse soprattutto – della sua prova.

### 2.2.3 La frode alla legge nel diritto tributario

L'aver ricostruito nei termini sopraesposti la categoria della frode alla legge, anche nei suoi rapporti con l'art 1344 c.c., consente una più chiara comprensione del ruolo progressivamente assegnato dalla dottrina tributaristica alla categoria delle frode quale punto di riferimento per l'elaborazione di una clausola antielusiva generale.

Va, infatti, sottolineato che nel dibattito sorto agli inizi degli anni '90, ossia in una fase in cui i rimedi legislativi all'elusione risultavano ancora appiattiti lungo una costruzione casistica, la questione principale riguardava la possibilità di estendere l'art. 1344 c.c. al diritto tributario, introducendo così uno strumento di contrasto generale alle condotte elusive<sup>(249)</sup>.

La dottrina dava, infatti, per assodata l'autonomia della frode alla legge rispetto alla violazione della legge, e quindi dell'elusione rispetto all'evasione, e si domandava se l'elusione dovesse, e potesse, essere contrastata sulla base di un principio antifrode generale ovvero fosse necessario il riferimento ad una norma positiva, seppur mutuata da altre branche del diritto<sup>(250)</sup>.

Nella prima direzione si è mosso chi, recuperando la prospettiva civilistica precedentemente discussa, riteneva di poter rinvenire nell'art. 1344 c.c. un principio più ampio, in sé autosufficiente, e direttamente applicabile al diritto tributario<sup>(251)</sup>. Da questa

<sup>248</sup> MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 335

<sup>249</sup> Come ricordato in GALLO, F., *Note minime sull'abuso del diritto in materia fiscale*, in relazione presentata al convegno "Elusione tributaria. L'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna", 2008, pp. 111-112.

<sup>250</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, p. 1761; GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, p. 11; GALLO, F., *Note minime sull'abuso del diritto in materia fiscale*, in relazione presentata al convegno "Elusione tributaria. L'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna", 2008, p. 111.

<sup>251</sup> MORELLO, U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8.



prospettiva la pedissequa applicazione dell'art. 1344 c.c. era inoltre giudicata inopportuna per le seguenti ed ulteriori ragioni: i) l'elusione fiscale si realizza anche mediante atti e fatti, e non solo attraverso contratti; ii) la declaratoria di nullità del contratto avrebbe reso difficile la ricostruzione del fatto imponibile poiché sarebbe mancata ogni indicazione sul modulo giuridico attraverso cui cogliere la capacità contributiva da assoggettare a tassazione; iii) le norme tributarie, ove fossero state qualificate come non imperative, non avrebbero potuto giustificare l'applicazione dell'art. 1344 c.c. poiché quest'ultimo si riferisce espressamente alle norme imperative<sup>(252)</sup>.

L'opposto orientamento, pur prendendo atto delle questioni segnalate, riteneva di dubbia compatibilità con la tradizione giuridica nazionale il riferimento ad un principio generale antielusivo immediatamente applicabile al caso concreto<sup>(253)(254)</sup>. Pertanto, l'unica alternativa giudicata percorribile – anche dalla Corte di Cassazione<sup>(255)</sup> – era quella fondata sull'estensione dell'art. 1344 c.c.<sup>(256)</sup>, ancorché fosse poi auspicata l'introduzione di una clausola antielusiva generale modellata, appunto, su un più generale concetto di *fraus legi* da cui discendesse non la comminatoria della nullità, ma dell'inefficacia, ossia dell'inopponibilità nei confronti del Fisco, degli effetti delle operazioni elusive<sup>(257)</sup>.

La questione legata all'imperatività delle norme tributarie<sup>(258)</sup> veniva risolta osservando che le norme tributarie sono a tutti gli effetti norme cogenti (cioè da rispettare in ogni caso) che non consentono deroghe in quanto dirette a tutelare interessi di carattere generale e/o aventi rilevanza pubblicistica<sup>(259)</sup>. Tale conclusione veniva radicata nel fatto che l'art. 53 Cost., in attuazione del dovere inderogabile di solidarietà posto dall'art. 2 Cost., fissa l'obbligo per ciascun contribuente di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva<sup>(260)</sup>. Peraltro, tra le norme imperative non vi sarebbe soltanto quelle

---

<sup>252</sup> MORELLO, U., *op. cit.*, p. 11.

<sup>253</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 13 (si veda in particolare la nota 5).

<sup>254</sup> Ed, in effetti, tale osservazione appare corretta se si ricorda che il diritto tributario risulta coperto da riserva di legge (la cui applicabilità, come visto, non viene peraltro esclusa neanche con riferimento alle norme sull'accertamento).

<sup>255</sup> Cass., sez. civ., 6 dicembre 1983, n. 7267 nonché Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, Cass. sez. trib., 26 ottobre 2005, n. 20816 e Cass., 14 novembre 2005, n. 22032.

<sup>256</sup> CIPOLLINA, S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 148; D'AYALA VALVA, F., *I problemi dell'evasione ed elusione nell'attuale normativa*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, p. 1154; ZIZZO, G., *Sul lease back e l'elusione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, p. 225.

<sup>257</sup> GALLO, F., *op. cit.*, p. 25; GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, p. 1767.

<sup>258</sup> Che in tale contesto era percepita come l'obiezione di maggior rilievo all'impostazione in commento. Sul punto GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 16. In favore della non imperatività delle norme tributarie anche Cass. civ., sez. trib., 3 settembre 2001, n. 11351.

<sup>259</sup> GALLO, F., *op. cit.*, p. 25.

<sup>260</sup> Pertanto, «*se si opera tramite il filtro della indicata norma costituzionale, intesa come direttamente applicabile, attraverso il veicolo della norma tributaria sostanziale, anche ai rapporti interpretati, non può negarsi la sicura esistenza anche in materia fiscale di un danno sociale (quindi anche altrui) conseguente alla elusione fraudolenta della norma tributaria*» (GALLO, F., *op. cit.*, p. 18).

Si veda anche Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816, la quale ritiene «*pertinente anche il richiamo all'art. 1344 del codice civile poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale*

proibitive dovendosi, invece, ammettere l'esistenza di norme imperative cosiddette materiali da cui derivano obblighi e divieti condizionati (se si realizza un certo presupposto stabilito da una legge fiscale, nasce l'obbligo costituzionale di corrispondere il tributo)<sup>(261)</sup><sup>(262)</sup>. In sintesi, lo schema desumibile dall'art. 1344 c.c. veniva ritenuto applicabile anche al settore tributario poiché «*gli artt. 1343 e 1344 del codice civile ed il correlativo art. 1418 del codice civile (comminanti la nullità del negozio per violazione di una norma imperativa) enunciano un principio di ordine generale, rivolto a prevedere e disciplinare anche quei casi di violazione di norme imperative materiali non contemplati da una norma proibitiva espressa, ma il cui verificarsi provoca ugualmente la lesione di un interesse protetto e un danno giuridicamente rilevante*»<sup>(263)</sup>.

Rimaneva, però, il problema del rimedio offerto dall'art. 1344 c.c., ossia la nullità del contratto, per contrastare le condotte elusive. L'orientamento in commento era, infatti, ben conscio del fatto che l'art. 1344 c.c. ancorché fosse utile nei casi in cui per combattere l'elusione era sufficiente eliminare il contratto-mezzo, ciò non poteva dirsi affatto risolutivo in tutti questi casi in cui, da un lato, l'atto-mezzo non era un contratto e, dall'altro, fosse comunque necessario compiere un passo in più, ossia accedere ad una riqualificazione della fattispecie<sup>(264)</sup>. Era chiaro, infatti, che il Fisco, potendo cogliere i fatti imponibili solo attraverso un filtro giuridico, spesso rappresentato dalla "realtà" contrattuale, si sarebbe trovato in una situazione di paralisi se si fosse fermato alla mera nullità del contratto elusivo<sup>(265)</sup>; viceversa, si rendeva necessaria una conversione del contratto<sup>(266)</sup>, sebbene ai soli fini fiscali, in modo che fosse possibile accedere ad una riconfigurazione del fatto

---

*del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 della Costituzione)».*

<sup>261</sup> GALLO, F., *op. cit.*, p. 17.

<sup>262</sup> In vero è stato osservato che ad una attenta analisi le norme tributarie individuano veri e propri obblighi e divieti. In primo luogo si osserva che la presenza di norme tributarie di tipo formale che non si occupano del presupposto d'imposta, ma di definire determinati obblighi connessi all'imposta stessa (ad es. quelli relativi ai versamenti), e dall'altro, che le diverse previsioni d'ineducibilità previste dall'art. 100 del t.u.i.r. non sono altro che divieti della forma "non è ammessa la deducibilità di...". L'intero *corpus* delle norme disciplinanti la determinazione del reddito si costituirebbe, perciò, in forma di obblighi e divieti. Inoltre, si è osservato che anche le norme sostanziali si presentano nella forma di obblighi. Valga come esempio l'art. 1 del t.u.i.r. ove si dispone che *presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche è il possesso di redditi in denaro o in natura rientranti*. La norma ha certamente un linguaggio prescrittivo, in quanto sottace una forma logica di carattere deontico in base alla quale la fattispecie cui ricollegare il prelievo deve identificarsi con il possesso di redditi classificati secondo i criteri di determinazione e d'imputazione, soggettiva e temporale, previsti dalle categorie del t.u.i.r. Così TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 217-220.

<sup>263</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 17.

<sup>264</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, pp. 24-25.

<sup>265</sup> Seppur nella consapevolezza che il ricorso alla nullità contrattuale, come soluzione al problema dell'elusione fiscale, doveva ritenersi scarsamente efficace perché applicabile solo ai casi di elusione realizzati mediante contratti (TABELLINI, P.M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta. Il problema della "titolarità ingannevole" di redditi*, Padova, 1995, pp. 128 e segg.)

<sup>266</sup> In tal senso anche Cass., sez. civ., 3 settembre 2001, n. 11351 secondo cui «*le disposizioni del codice civile considerano l'illiceità quale causa di nullità e non di conversione del contratto in frode alla legge in quello che costituisce presupposto per l'applicazione della norma che le parti intendevano eludere*».

rendendolo imponibile secondo un modulo giuridico appropriato rispetto alle norme eluse<sup>(267)</sup>(<sup>268</sup>).

Si è, quindi, giunti ad affermare che il riferimento all'art. 1344 c.c. poteva intendersi solo una soluzione residuale percorribile in assenza di una clausola antielusiva generale, che doveva, comunque, essere introdotta mediante «un recupero sul terreno fiscale dell'art. 1344 c.c. ... con la differenza che in questo caso la sanzione non sarebbe data dalla nullità, ma dalla semplice irrilevanza fiscale dell'atto elusivo»<sup>(269)</sup>(<sup>270</sup>). In tal senso «si accetterebbero quelle interpretazioni dell'art. 1344 c.c. che pongono l'accento non tanto sul fatto oggettivo della causa illecita, della devianza della causa, quanto sull'aspetto soggettivo, teleologico»<sup>(271)</sup>.

Pertanto, se si tralascia il dissenso sulla necessità o meno di riferirsi ad una norma antielusiva generale *ad hoc* per il diritto tributario, le due posizioni in commento risultano concordi nell'affermare che il mezzo di contrasto alle condotte elusive doveva essere approntato sulla base della categoria della frode alla legge intesa, in primo luogo, secondo una teoria latamente soggettiva e, inoltre, da declinare, sul piano del rimedio, nei termini non della nullità del negozio ma dell'inopponibilità dei suoi effetti.

Inoltre non può essere sottovalutato che anche i fautori dell'estensione dell'art. 1344 c.c. sosteneva tale tesi come rimedio temporaneo ribadendo la necessità di introdurre una clausola antielusiva generale che, pur muovendosi nel contesto della frode alla legge, operasse da un punto di vista esclusivamente tributario abbandonando il terreno della nullità contrattuale e, più in generale, l'ipotesi di contrastare l'elusione fiscale colpendo in sé l'atto-mezzo. Veniva, invece, sottolineata la necessità di colpire gli *effetti* delle varie manifestazioni di autonomia privata in modo che, conservati i rapporti tra privati, fosse comunque possibile ottenere una corretta attuazione della pretesa Erariale.

In sintesi, il riferimento alla categoria della frode alla legge non veniva inteso nei termini di un vincolo rispetto alla necessità di colpire l'elusione fiscale attraverso un rimedio tutto civilistico incentrato sulla rimozione dell'atto-mezzo in quanto tale. Piuttosto la frode

---

<sup>267</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, p. 11.

<sup>268</sup> Peraltro, la strada della nullità è stata giudicata eccessiva anche sotto il profilo della compressione dell'autonomia negoziale: sarebbe stato necessario sostituire, anche sul piano civilistico, il negozio annullato con uno diverso in grado di rendere attuabile la corretta pretesa del Fisco, ma tale ipotesi avrebbe comportato una modificazione e perturbazione dei rapporti tra privati in virtù di ragioni non solo esclusivamente "fiscali" ma spesso legate a valutazioni non sempre chiare dell'Amministrazione finanziaria. Sul punto TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 217-220. In tal senso anche MORELLO, U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8 e, più recentemente, MORELLO, U., *Abuso del diritto*, in *Lezioni di diritto civile. Casi questioni e tecniche argomentative*, a cura di GAMBARO, A. e MORELLO, U., Milano, 2012 pp. 583-584, nota 37.

<sup>269</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, p. 1767.

<sup>270</sup> In tal senso si è espresso anche il Legislatore con l'art. 10, comma 3, L. 27 luglio 2000, n. 212, secondo cui *le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto*. Sul punto FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I - Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, a cura di FALSITTA, G., Padova, 2011, pp. 572-573.

<sup>271</sup> GALLO, F., *ibidem*.

alla legge pare essere utilizzata nei termini di una categoria concettuale che «evochi il contrasto con i principi determinato dalla difficoltà di superare, nel caso concreto, i limiti testuali all'estensione interpretativa della norma (più gravemente) impositrice»<sup>(272)</sup>.

Da questa prospettiva può, quindi, essere accolto anche il punto di vista di chi nega un'autonoma rilevanza degli atti negoziali ai fini tributari sostenendo che quest'ultimi regredirebbero a meri elementi della fattispecie, con la conseguenza che l'elusione della legge tributaria non poteva essere arginata con il ricorso all'art. 1344 c.c.<sup>(273)</sup>. Deve, infatti, essere rilevato come anche i sostenitori di questa sono propensi a qualificare l'elusione fiscale ricorrendo alla categoria della frode alla legge<sup>(274)</sup>.

Non può, quindi, che registrarsi un ampio e trasversale consenso intorno al fatto che, all'interno dell'ordinamento nazionale, il presupposto di una clausola antielusiva generale dovrebbe essere individuato facendo riferimento alla categoria della frode alla legge<sup>(275)</sup>. Ed, infatti, – come si avrà modo di chiarire – da un lato, la dottrina ha tendenzialmente escluso<sup>(276)</sup> il ricorso all'interpretazione<sup>(277)</sup> quale mezzo di contrasto in chiave generale delle

---

<sup>272</sup> FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 138. In tale ottica risulta ancora utile ed opportuno chiamare in causa il concetto di aggiramento poiché il predetto “*contrasto con i principi*” si pone, inevitabilmente, quale risultato di un'operazione di manipolazione delle fattispecie imponibile finalizzata a guadagnare l'applicabilità (*rectius*: la copertura) di una più favorevole norma impositiva rispetto all'effettiva capacità contributiva sottostante alle operazioni realizzate; ma ciò avviene nella consapevolezza che alla fattispecie così integrata non sia più possibile estendere, per via interpretativa, la meno favorevole norma tributaria che avrebbe, invece, consentito di colpire la predetta capacità contributiva proprio perché quest'ultima è stata colta dal Legislatore secondo le forme giuridiche che tipicamente la esprimono e che, appunto, il contribuente ha (intenzionalmente) mancato di integrare proprio allo scopo (esclusivo o prevalente) di ridurre il proprio carico fiscale. In sintesi, la categoria della frode alla legge appare, seppur in un senso lato, di estrema utilità poiché consente di mettere il luce come l'elusione fiscale inizi proprio laddove finisce l'interpretazione (cfr. LUPI, R., *Diritto Tributario. Parte Generale*, Milano, 2005, p. 105).

<sup>273</sup> LUPI, R., *Usufrutto di azioni: una norma antielusione non si può inventare*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 1936.

<sup>274</sup> LUPI, R., *Manuale Giuridico Professionale di Diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo*, Milano, 2001, p. 298. Al riguardo l'Autore per chiarire il “meccanismo” del comportamento elusivo si riferisce al seguente aneddoto, in cui si racconta che il diavolo s'impegnò a costruire un ponte al fine di limitare i disagi di una comunità montana, a condizione che l'anima del primo essere vivente che vi passasse sopra cadesse in suo potere. Tale patto accennava ad esseri viventi, senza specificarne la natura umana e, sul presupposto che gli animali non abbiano un'anima, il diavolo finì con il non guadagnarne alcuna - visto che i membri della comunità Montana decisero di far passare per primo un vitello. Tale esempio, ad avviso dell'Autore, chiarisce che il vero senso dell'elusione risiede nell' “aggiramento” qui esemplificato non da una violazione del patto tra il diavolo e i membri della comunità, ma dallo scopo di evitarne le conseguenze ponendo in essere un comportamento idoneo, nel rispetto della lettera dell'accordo, a frustrarne lo spiro svuotandolo di ogni portata precettiva (rispetto, naturalmente, alle finalità con cui il diavolo aveva sottoscritto il patto stesso).

<sup>275</sup> VACCA, I., *Elusione e certezza del diritto*, relazione presentata al convegno “*Elusione tributaria. L'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna*”, 10 luglio 2008, LUISS Guido Carli, pp. 17 e segg.

<sup>276</sup> Fatta eccezione per la posizione di FALSITTA, G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, p. 3 e su cui si tornerà in seguito.

<sup>277</sup> *Ex pluribus* LUPI, *Diritto Tributario. Parte Generale*, Milano, 2005, p. 105 secondo cui «*il problema dell'elusione nasce quando il comportamento del privato non può essere contrastato in via interpretativa, altrimenti la scappatoia si rivela inconsistente, e il comportamento elusivo fallisce*». Dello stesso autore si veda anche *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 226, nonché *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 411; in senso

condotte elusive, e dall'altro lo stesso Legislatore ha largamente accolto la prospettiva della frode alla legge nel definire il presupposto applicativo della clausola antielusiva semigenerale attualmente prevista dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73.

### 2.3 Una diversa prospettiva: l'approccio giurisprudenziale sviluppato negli U.S.A. e nel Regno Unito

La frode alla legge costituisce soltanto una delle possibili modalità con cui poter cogliere e contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale. Si è visto, infatti, che l'utilizzo della frode alla legge è in qualche modo imposto in tutti quei casi in cui i principi dell'ordinamento non consentano un diretto accesso alla sostanza economica non solo ai fini della definizione dei fatti imponibili, ma anche della riqualificazione e riconfigurazione delle fattispecie concrete da assoggettare di volta in volta ad imposizione.

Da questo punto di vista l'utilizzo della frode alla legge, e delle sue varie declinazioni, è stato tradizionalmente inteso come un tratto tipico delle modalità con cui i Paesi di *Civil Law* hanno nel tempo contrastato le condotte elusive<sup>(278)</sup>.

Difatti negli ordinamenti appartenenti alla tradizione *Common Law* l'elusione fiscale è stata perlopiù colta dalla prospettiva dell'assenza di una adeguata sostanza o finalità economica<sup>(279)</sup>. Storicamente tale approccio trae origine dal complesso di dottrine sviluppate dalla giurisprudenza degli Stati Uniti d'America e del Regno Unito in cui si è progressivamente fatto largo un generale principio di prevalenza della sostanza sulla forma<sup>(280)</sup>.

Tuttavia, come sottolineato da parte della dottrina, gli approcci rispettivamente sviluppati dagli Stati Uniti e dalla Gran Bretagna presentano delle notevoli differenze – nonostante i numerosi punti di contatto<sup>(281)</sup>.

---

conforme, seppur con alcune cautele, MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 229 secondo cui «*se lo strumento interpretativo è applicabile, il contribuente pone in essere non una fattispecie "diversa" da quella prevista dalla norma, ma una fattispecie che continua a ricadere nell'ambito di applicazione di quest'ultima*». Tale ultimo Autore ha, peraltro, osservato che un eventuale approccio interpretativo all'elusione fiscale risulterebbe ad ogni modo incongruo in quanto – diversamente dalla metodologia fondata sulla categoria della frode alla legge – non consentirebbe di isolare le operazioni a finalità elusiva. Infatti, l'opera dell'interprete non può che considerare la fattispecie astratta definita dalla norma e, quindi, le modalità di applicazione della stessa nella generalità dei casi e non soltanto, in quelli di natura elusiva. Pertanto, ove le norme fossero da interpretare in chiave antielusiva gli effetti di tale attività – che generalmente si traducono in una lettura restrittiva della norma – potrebbero finire per pregiudicare il trattamento di fattispecie che nulla hanno a che vedere con l'elusione fiscale (*Ivi*, p. 243).

<sup>278</sup> PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 4, 2008, p. 152; PREBBLE, J., *Trends in anti-avoidance legislation*, in *Asian-Pacific Tax and Investment Bulletin*, 9, 1991, p. 59; THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, pp. 158-159; AVI YONAH, R., SARTORI, N., MARIAN, O., *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford, 2011, pp. 105-107.

<sup>279</sup> BROWN, K.B., *Comparative Regulation of Corporate Tax Avoidance: An Overview*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 pp. 3-4.

<sup>280</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, pp. 160-184.

<sup>281</sup> TILEY, J., *Judicial anti-avoidance doctrine: the US alternatives*, in *British Tax Review*, 5, 1987, p. 180; TILEY, J., *Tax Avoidance Jurisprudence as Normal Law*, in *British Tax Review*, 4, 2004, p. 304.

Nella più recente giurisprudenza britannica sarebbe, infatti, prevalente l'opinione secondo cui il contrasto alle condotte elusive, tipicamente basato sulla prevalenza della sostanza sulla forma, troverebbe in ogni caso un limite invalicabile nell'interpretazione del diritto positivo<sup>(282)</sup>. A tal proposito viene osservato che nel formulare le norme tributarie il Legislatore può far uso di concetti sia economici sia giuridici e che pertanto solo nel primo caso il giudice potrà dirsi autorizzato (da una corretta interpretazione degli *statutes*) a disattendere e riqualificare le forme legali adottate dal contribuente secondo il criterio della sostanza o finalità economica sottostante<sup>(283)</sup>. In quest'ottica l'approccio sviluppato dalla giurisprudenza britannica non si risolverebbe, *stricto sensu*, in un principio di "costruzione" della fattispecie imponibile, ma in un principio interpretativo che, a seconda dei casi, consente o meno di ricostruire in chiave economico-commerciale (e non strettamente giuridica) il significato dei termini fiscali<sup>(284)</sup>.

Viceversa, nella giurisprudenza delle Corti degli Stati Uniti sarebbe prevalente la tendenza ad attribuire al giudice un autonomo potere di riqualificazione con cui poter "costruire" i fatti imponibili attingendo direttamente alla loro sostanza economica superando così i limiti di un approccio meramente interpretativo all'elusione fiscale<sup>(285)</sup>. Alla base di tale impostazione vi sarebbe, infatti, l'idea secondo cui una transazione priva di un adeguato fondamento economico non può essere riconosciuta ai fini dell'applicazione delle norme impositive poiché è proprio la considerazione di una certa realtà economica ciò che ha indotto il Legislativo a riferirsi a talune forme giuridiche per definire il fatto imponibile – e non viceversa<sup>(286)</sup>. Pertanto, ove sia accertata l'assenza (in tutto o in parte) della sostanza o finalità economica a cui il Legislatore intendeva riferirsi, le forme giuridiche adottate dal

---

<sup>282</sup> THURONYI, V., *op. cit.*, pp. 180-184. Secondo parte della dottrina le Corti britanniche sarebbero ferme nell'escludere l'ipotesi di una diretta rilevanza impositiva del fatto economico poiché in tale caso l'imposta verrebbe ad essere applicata al di là di quanto previsto dalle norme di diritto positivo nel loro complesso e, quindi, in spregio al principio del *rule of law*. Sul punto FREEDMAN, J., *Interpreting Tax Statutes: Tax Avoidance and the Intention of Parliament*, in *Law Quarterly Review*, 123, 2007, p. 67, p. 70, nonché pp. 73-7. Si veda anche MORELLO, U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 34.

<sup>283</sup> THURONYI, V., *op. cit.*, p. 181.

<sup>284</sup> TILEY, J., *Tax Avoidance Jurisprudence as Normal Law*, in *British Tax Review*, 4, 2004, p. 304, p. 322 e pp. 327-328; FREEDMAN, J., *Interpreting Tax Statutes: Tax Avoidance and the Intention of Parliament*, in *Law Quarterly Review*, 123, 2007, p. 53, p. 60 e p. 62; SHIERS, R., ADAMS, G., *Arrowtown: wide of the mark?*, in *The tax journal*, 2004, p. 7; MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 55.

<sup>285</sup> ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, pp. 8-10;

<sup>286</sup> HALPERN, J.S., *Putting the cart before the horse: determining economic substance independent of the language of the code*, in *Virginia tax review*, 30, 2007, p. 327; ACEVEDO, A., *Abusive tax practice: the 100-year onslaught on the tax code*, in *Barry law Review*, 12, 2012, p. 179; JARACH D., *I contratti a gradini e l'imposta (nota a Cass., sez. I, 9 maggio 1979, n. 2658)*, in *Riv. dir. fin.*, 1982, p. 89; AULT, H.J., ARNOLD, B.J., *Comparative Income Taxation. A structural Analysis*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 187.

contribuente non possono essere considerate nei termini di una adeguata fonte dell'obbligazione tributaria rispetto a quanto previsto dagli *statutes* <sup>(287)</sup>.

### 2.3.1 *L'esperienza degli Stati Uniti*

Il panorama delle diverse dottrine antielusive elaborate dalla giurisprudenza statunitense risulta particolarmente vasto e ricco di sovrapposizioni. La genesi di tali dottrine è, infatti, intimamente legata alle diverse caratteristiche dei vari casi via via decisi dai giudici nonché alle diversità di opinioni di quest'ultimi su quale fosse la via da seguire per contrastare l'elusione fiscale. Si è così venuta a creare una "rete" di dottrine tra loro reciprocamente connesse, ma dai contorni così sfumati che, ad avviso di parte dottrina, sarebbe vano ogni tentativo di una loro precisa descrizione<sup>(288)</sup>.

Per comodità espositive si può, tuttavia, pensare di ricondurre il complesso delle posizioni in commento a due grandi famiglie di appartenenza<sup>(289)</sup>, a seconda che il presupposto applicativo della dottrina dipenda da una preliminare riconfigurazione dei fatti ovvero da un apprezzamento della loro sostanza economica. Alla prima categoria di dottrine apparterebbero le dottrine che prendono il nome di *sham transaction doctrine* e *step transaction doctrine*, mentre alla seconda le dottrine denominate *business purposes doctrine*, *economic substance doctrine* e *substance over form doctrine*.

#### A) *La prima famiglia di teorie:*

##### A.1 *La sham transaction doctrine*

La genesi della *sham transaction doctrine* è generalmente ricondotta a tre fondamentali decisioni della Corte Suprema statunitense<sup>(290)</sup>: le sentenze *Gregory v Helvering*<sup>(291)</sup>, *Knetch v United States*<sup>(292)</sup> e *Frank Lyon v United States*<sup>(293)</sup>.

È stato però correttamente osservato che la sentenza *Gregory v Helvering*<sup>(294)</sup>, risalente al 1935, può al più essere considerata come un passo preliminare verso

---

<sup>287</sup> Il rimedio all'elusione fiscale verrebbe così ad essere definito a partire da una duplice prospettiva: da un lato, mediante una preliminare opera di ricostruzione dei fatti – ossia di determinazione della natura della transazione da sottoporre a tassazione – e, dall'altro, attraverso una interpretazione teleologica delle disposizioni degli *statutes* (ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008 p. 10).

<sup>288</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, p. 161.

<sup>289</sup> RECTOR, J., *A review of the Economic Substance Doctrine*, in *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 10, 2004, p. 173, nonché HARRITON, D., *Sorting out the Tangle of Economic Substance*, in *Tax Law*, 52, 1999, p. 235.

<sup>290</sup> MOORE, K.N., *The Sham Transaction Doctrine: an Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance*, in *Florida Law Review*, 41, 1989, p. 659.

<sup>291</sup> *Supreme Court of the United States*, 7 gennaio 1935, 293 U.S. p. 465.

<sup>292</sup> *Supreme Court of the United States*, 14 novembre 1960, 364 U.S. p. 361.

<sup>293</sup> *Supreme Court of the United States*, 18 aprile 1978, 435 U.S. p. 561.

<sup>294</sup> La questione affrontata dalla sentenza in commento riguardava un caso in cui il contribuente asseriva di aver realizzato un'operazione di riorganizzazione societaria riconducibile ad uno specifico regime di neutralità fiscale. Nello specifico l'operazione in questione risultava così configurata: la Sig.ra Gregory costituiva la società *Averill Corporation* che riceveva mediante conferimento le quote della *Monitor*

l'elaborazione della dottrina in commento, visto che in essa non ricorre l'utilizzo del termine "sham" e risultano presenti argomentazioni comuni anche alle diverse dottrine del *business purpose test* e dell'*economic substance*<sup>(295)</sup>. Tuttavia, rispetto alla *sham transaction doctrine*, l'importanza della sentenza *Gregory v Helvering* viene generalmente ricondotta al fatto di aver associato il disconoscimento del vantaggio fiscale reclamato dal contribuente al disconoscimento della forma giuridica da questi assegnata all'operazione realizzata in quanto non conforme agli obiettivi delle norme tributarie invocate<sup>(296)</sup>. La questione affrontata dalla sentenza in commento riguardava un caso in cui il contribuente asseriva di aver realizzato un'operazione di riorganizzazione societaria riconducibile ad uno specifico regime di neutralità fiscale<sup>(297)</sup>. Tale operazione è stata, tuttavia, giudicata dalla Corte come «*a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner*»<sup>(298)</sup>. Come rilevato da parte della dottrina tale

---

*Securities Corporation* detenuta dalla *United Mortgage Corporation* a sua volta interamente posseduta dalla stessa signora Gregory; successivamente, la *United Mortgage Corporation* assegnava in neutralità fiscale la partecipazione detenuta nella *Averill Corporation* alla signora Gregory; a questo punto la *Averill Corporation* veniva posta in liquidazione ed al termine della procedura la partecipazione nella *Monitor Securities Corporation* veniva assegnata alla signora Gregory che a sua volta provvedeva a rivenderla a terzi. La Corte ha però dichiarato invalida la qualificazione dell'operazione realizzata nei termini di una riorganizzazione societaria poiché la signora Gregory veniva in ogni caso a perdere il proprio interesse nella *Monitor Securities Corporation*; inoltre, la rapida successione degli eventi e la evidente circolarità dello schema adottato sono state giudicate evidenze sufficienti per ritenere che nel caso di specie l'operazione realizzata fosse in realtà una vera e propria cessione a terzi della *Monitor Securities Corporation*; conseguentemente il complesso delle operazioni poste dalla signora Gregory veniva considerato fittizio in quanto giustificato dal solo scopo di beneficiare di un vantaggio fiscale (la neutralità fiscale) altrimenti non spettante.

<sup>295</sup> MOORE, K.N., *The Sham Transaction Doctrine: an Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance*, in *Florida Law Review*, 41, 1989, p. 663.

<sup>296</sup> PATTON, S., *Treasury Regulation 301.6111-2T and the Economic Substance Doctrine: A Plea for Certainty in the Tax Law*, in *Houson Law Review*, 2, 2002, p. 506.

<sup>297</sup> Nello specifico l'operazione in questione risultava così configurata: la Sig.ra Gregory costituiva la società *Averill Corporation* che riceveva mediante conferimento le quote della *Monitor Securities Corporation* detenuta dalla *United Mortgage Corporation* a sua volta interamente posseduta dalla stessa signora Gregory; successivamente, la *United Mortgage Corporation* assegnava in neutralità fiscale la partecipazione detenuta nella *Averill Corporation* alla signora Gregory; a questo punto la *Averill Corporation* veniva posta in liquidazione ed al termine della procedura la partecipazione nella *Monitor Securities Corporation* veniva assegnata alla signora Gregory che a sua volta provvedeva a rivenderla a terzi.

<sup>298</sup> *Supreme Court of the United States*, 7 gennaio 1935, 293 U.S. p. 469. Nel dettaglio, la Corte ha dichiarato invalida la qualificazione dell'operazione realizzata nei termini di una riorganizzazione societaria poiché la signora Gregory veniva in ogni caso a perdere il proprio interesse nella *Monitor Securities Corporation*; inoltre, la rapida successione degli eventi e la evidente circolarità dello schema adottato sono state giudicate evidenze sufficienti per ritenere che nel caso di specie l'operazione realizzata fosse in realtà una vera e propria cessione a terzi della *Monitor Securities Corporation*; conseguentemente il complesso delle operazioni poste dalla signora Gregory veniva considerato fittizio in quanto giustificato dal solo scopo di beneficiare di un vantaggio fiscale (la neutralità fiscale) altrimenti non spettante; in conclusione, come affermato dalla Corte, il complesso delle transazioni poste in essere dalla signora Gregory doveva essere riqualficato nei termini di un'operazione di tipo realizzativo in quanto «*the whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else*» (p. 470). Sul punto può essere



conclusione dipende dall'aver assunto che le norme di diritto positivo invocate dal contribuente si riferiscano alle operazioni di riorganizzazione nella misura in cui queste ultime siano motivate da un fine economico che, pertanto, in quanto assente nel caso di specie, rendeva non pertinente – e quindi meritevole di essere superata – la forma giuridica che il contribuente pretendeva di opporre al Fisco<sup>(299)</sup>.

Pertanto, la sentenza *Gregory v. Helvering* costituirebbe un primo esempio, seppur embrionale, di applicazione della *sham transaction doctrine* nel senso di aver aperto la via alla tesi per cui, rispetto al corretto trattamento tributario di una certa operazione, deve ritenersi non determinante il *nomen iuris* a questa assegnato dal contribuente<sup>(300)</sup>.

Tale impostazione è stata poi sviluppata nella successiva sentenza *Knetsch v United States* del 1960 dove i giudici hanno utilizzato il termine “*sham*” per denotare quelle transazioni che, in quanto giustificate dal solo motivo di ottenere un risparmio d'imposta, devono considerarsi come non reali e, quindi, meritevole di essere disconosciute<sup>(301)</sup>. Va però

---

utile ricordare che nella sentenza del giudice *a quo*, poi confermata dalla *Supreme Court of the United States*, viene, infatti, affermato che il complesso di transazioni poste in essere dal contribuente doveva essere riquilibrato nei termini di un'operazione di tipo realizzativo in quanto «*to dodge the shareholders' taxes is not one of the transactions contemplated as corporate "reorganizations"*» (*Gregory v Helvering*, 69 F2d pp. 810-811).

<sup>299</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, p. 162. Al riguardo merita di essere rilevato che secondo la Corte «[w]hen subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made "in pursuance of a plan of reorganization" [§ 112(g)] of corporate business, and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose -- a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. (...) The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction, upon its face, lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose» (293 U.S. 469-470).

<sup>300</sup> Tale aspetto della sentenza in commento è stato ad esempio valorizzato nella successiva sentenza *Helvering v. Minnesota Tea Co.* in cui la Corte, riferendosi al precedente *Gregory v. Helvering*, ha qualificato tale sentenza come «*reveal[ing] a sham – a mere device intended to obscure the character of the transaction. We of course, disregarded the mask and dealt with realities*» (296 U.S. 385). Sul punto MOORE, K.N., *The Sham Transaction Doctrine: an Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance*, in *Florida Law Review*, 41, 1989, pp. 662-663. Al riguardo si veda anche ISENBERGH, J., *Musings on Form and Substance in Taxation*, in *University of Chicago Law Review*, 49, 1982, p. 863.

<sup>301</sup> MOORE, K.N., *op. cit.*, p. 664 nonché BLUM, W., *Knetsch v. United State: a pronouncement on tax avoidance*, in *The Supreme Court Review*, 40, 1961, p. 135. Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici risultava particolarmente eclatante al riguardo: un contribuente acquista una polizza vita pagando l'intero importo del premio dovuto mediante indebitamento ed esponendo in deduzione l'intero ammontare degli interessi dovuti sul prestito. La questione da risolvere, come affermato dalla stessa Corte, era, quindi, quella di stabilire se l'indebitamento tecnicamente posto in essere dal contribuente doveva o meno essere considerato come “indebitamento” dal punto di vista fiscale. Considerato che il tasso di ritorno sulla polizza risultava addirittura inferiore al tasso d'interesse sul finanziamento, la Corte ha ritenuto che l'operazione in questione, non modificando (in senso positivo) la situazione economica del contribuente, non potesse dirsi meritevole di alcuna considerazione sul piano fiscale in quanto del tutto fittizia (cioè artificiosa in quanto finalizzata soltanto dallo scopo di “creare” artatamente una posta deducibile).

sottolineato che il termine “*sham*” è stato utilizzato non per denotare un’operazione simulata (ossia non reale perché non voluta dalle parti), ma per indicare un’operazione che, in quanto priva di realtà economica, doveva considerarsi come non reale dal punto di vista del diritto tributario<sup>(302)</sup>. In sintesi, il termine “*sham*” è stato utilizzato – non certo senza una qualche improprietà<sup>(303)</sup> – per riferirsi al caso in cui le parti risultavano essere ricorse ad una serie di atti per creare l’apparenza di una certa relazione che, nella realtà, non si era data in termini di fatti economici.

Ben si coglie, quindi, come già nelle sue formulazioni iniziali la *sham transaction doctrine*, pur ponendo l’accento sulla riqualificazione della forma dell’operazione realizzata, s’intrecci in modo inscindibile con un apprezzamento della sottostante sostanza economica delle operazioni oggetto di considerazione.

Tale circostanza è ben esemplificata dalla sentenza *Frank Lyons vs United States* del 1978 – riguardante un caso di *sale and lease back* – in cui la Corte pur facendo uso della categoria concettuale della *sham transaction* è poi giunta ad accogliere le ragioni del contribuente ricorrendo ad una valutazione della sostanza economica<sup>(304)</sup>. A tale riguardo i

---

<sup>302</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L’Aia, 2003, p. 163.

<sup>303</sup> Al riguardo è però stato osservato che nelle pronunce successive la giurisprudenza ha progressivamente distinto l’*economic sham* dal *factual sham* per indicare soltanto con la seconda espressione ciò che, nella tradizione dei Paesi di *Civil Law*, costituirebbe un caso di simulazione (THURONYI, V., *Comparative tax law*, L’Aia, 2003, p. 164).

<sup>304</sup> Il caso sottoposto all’attenzione dei giudici risultava essere il seguente: la banca *Worthen* intendeva costruire un struttura di uffici da utilizzare come sede centrale e poiché le legislazione dell’epoca imponeva forti restrizioni sulle modalità di finanziamento di un tale progetto l’operazione fu realizzata utilizzando lo schema del *lease-back*. In tal contesto la *Frank Lyon Company* era la controparte con cui la banca *Worthen* aveva posto in essere l’operazione di *lease-back*. A tale riguardo *Worthen* aveva provveduto: i) a vendere l’immobile in costruzione alla *Frank Lyon* e quest’ultima si era obbligata a concederlo in locazione alla prima; ii) ad ottenere un finanziamento di \$ 7.140.000 dalla *New York Life Insurance Company* a copertura della quasi totalità dei costi di costruzione dell’immobile. Con riferimento al prezzo corrisposto dalla *Frank Lyon* per l’acquisto dell’immobile in costruzione dalla banca *Worthen*, pari a \$ 500.000, va precisato che quest’ultimo era stato determinato come differenza tra il prezzo nominale, pari a \$ 7.640.000, e il valore del debito di \$ 7.140.000 contratto dalla *Worthen* e che la *Frank Lyon* si sarebbe accollato. A fronte di tale circostanza la banca *Worthen* si era obbligata a pagare un canone di locazione alla *Frank Lyon Company* per un importo pari alle rate di interessi dovute sul prestito contratto per l’acquisto dei predetti uffici. Di contro, la banca aveva il diritto di riacquistare l’immobile ad un prezzo pari alla somma dei seguenti elementi: a) quota capitale del debito verso la *New York Life Insurance* ancora da rimborsare; b) interessi residui dovuti alla *New York Life Insurance*; c) rimborso dell’investimento iniziale di \$ 500.000 effettuato dalla *Frank Lyon* per l’acquisto dell’immobile. L’aspetto saliente della fattispecie in commento è che la *Frank Lyon Company*, a fronte di un modesto investimento (ossia la quota parte del prezzo pagata senza ricorso ad indebitamento), ha determinato il proprio reddito considerato come deducibili non solo gli interessi sul prestito, ma anche le quote di ammortamento dell’immobile. Secondo l’Amministrazione finanziaria tale comportamento era illegittimo poiché, in termini di sostanza economica, la proprietà dell’immobile doveva essere attribuita alla banca (ossia al soggetto che formalmente appariva come mero conduttore). Nello specifico l’operazione è stata riqualificata nei termini di una operazione di finanziamento della banca (volta ad aggirare le preclusioni legislative allora esistenti) da parte di *Frank Lyon Company* che per tale ragione non poteva ritenersi titolare di un interesse economico nell’immobile idoneo a trasferire in capo a quest’ultimo il diritto agli ammortamenti e, quindi, alla loro deducibilità. Ad ogni modo, la Corte ha respinto tale conclusione poiché ha ritenuto che la *Frank Lyon Company* fosse titolare di una serie di qualità ed attributi tipici dello *status* di *lessor* in uno schema di *sale and lease back*. A tale riguardo particolare rilevanza è stata data al fatto che l’opzione di riacquisto dell’immobile in capo alla banca era reale e, quindi, non assicurava in alcun modo la proprietà dell’immobile in capo a quest’ultima; pertanto, ad avviso ella

giudici hanno in primo luogo osservato che il caso in questione non rappresentava un “*simple sham*” poiché «*as long as the lessor retains significant and genuine attributes of the traditional lessor status, the form of the transaction adopted by the parties governs for tax purposes*»<sup>(305)</sup>. Tuttavia, secondo la Corte, il mero riferimento alla categoria delle *sham transaction* non poteva dirsi risolutivo<sup>(306)</sup>. Ed, infatti, i giudici affermano che «*the conclusion that the transaction is not a simple sham to be ignored does not, of course, automatically compel the further conclusion that Lyon is entitled to the items claimed as deductions*»<sup>(307)</sup>. Secondo la Corte occorre, quindi, aggiungere un ulteriore livello di analisi fondato sull’apprezzamento della sostanza economica dell’operazione: «*[w]e recognize that the Government’s position, and that taken by the Court of Appeals, is not without superficial appeal . . . We, however, as did the District Court, find this theorizing incompatible with the substance and economic realities of the transaction . . . We emphasize that we are not condoning manipulation by a taxpayer through arbitrary labels and dealings that have no economic significance. Such, however, has not happened in this case*»<sup>(308)</sup>.

Appare, quindi, evidente come la *sham transaction doctrine* finisca per perdere una sua identità ben precisa sfociando in un più generale approccio basato sull’apprezzamento della sostanza economica e degli scopi economici delle transazioni realizzate.

Ed, infatti, molte pronunce delle Corti Federali, nel tentativo applicare l’approccio all’elusione fiscale sviluppato dalla Corte Suprema, hanno sempre più fatto riferimento alla sostanza e finalità economica quale criteri decisivi per stabilire la presenza di una *sham transaction*.

Così nella sentenza *Rice’s Toyota Word Inc. v. Commissioner* del 1985<sup>(309)</sup> viene affermato che «*to treat a transaction as a sham, the court must find that the taxpayer was motivated by no business purposes other than obtaining tax benefits in entering the transaction, and that the transaction has no economic substance because no reasonable possibility of a profit exists*»<sup>(310)</sup>. Similmente nella successiva sentenza *Marvin Nelson, Inc. v. Commissioner* del 1987 la Corte sostiene che «*a transaction is a sham if it has no purpose or economic effect other than the creation of tax deductions*»<sup>(311)</sup>. Nello stesso senso anche la precedente sentenza *Falsetti v. Commissioner* del 1985 in cui, peraltro, i giudici circoscrivono un caso specifico di *sham transaction*: «*we deem it advisable to set forth a working definition of what constitutes a sham in substance, basing our definition upon the rationale of such cases as Knetsch v. United States, 364 U.S. 361 (1960), and its progeny,*

---

Corte, doveva ritenersi reale la relazione “locatore-conduttore” sussistente tra la banca e la *Frank Lyon* con la conseguenza che quest’ultima doveva ritenersi autorizzata a dedurre gli ammortamenti sugli immobili dati in godimento alla banca.

<sup>305</sup> *Supreme Court of the United States*, 18 aprile 1978, 435 U.S. 582-84.

<sup>306</sup> MOORE, K.N., *The Sham Transaction Doctrine: an Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance*, in *Florida Law Review*, 41, 1989, pp. 668-669.

<sup>307</sup> “*Frank Lyons vs United States*”, 18 aprile 1978, 435 U.S. 581.

<sup>308</sup> “*Frank Lyons vs United States*”, 18 aprile 1978, 435 U.S. 584.

<sup>309</sup> *Court of Appeals (IV circuit)*, 7 gennaio 1985, 752 F.2d 89.

<sup>310</sup> *Court of Appeals (IV circuit)*, 7 gennaio 1985, 752 F.2d 91.

<sup>311</sup> *Court of Appeals (IX circuit)*, 8 luglio 1987, 820 F.2d 1550.

and dictum in *Frank Lyon Co. v. United States*, 435 U.S. 561 (1978). For purposes of this case, we define "sham in substance" as the expedient of drawing up papers to characterize transactions contrary to objective economic realities and which have no economic significance beyond expected tax benefits»<sup>(312)</sup>.

Tale *excursus* giurisprudenziale consente di sottolineare come il concetto di *sham transaction* si sia progressivamente raffinato sfumando sempre più nell'*economic substance doctrine*.

Infatti, nelle sentenze appena citate la giurisprudenza va uso del concetto di *sham in substance* (o *economic sham*) per riferirsi a quei casi in cui, diversamente dagli *sham in fact*, il tipo di transazione dedotta dal contribuente, ancorché nei fatti posta in essere, risulti comunque inesistente per il diritto tributario in quanto priva di una autonoma sostanza economica diversa dal mero risparmio fiscale<sup>(313)</sup>. Da questo punto di vista non sembra perciò errata la conclusione secondo o si accoglie una nozione di *sham transaction* del tutto sovrapponibile a quella di operazione simulata<sup>(314)</sup> oppure la si riconosce come una particolare declinazione di una più generale dottrina basate sull'apprezzamento della sostanza o finalità economica<sup>(315)</sup>.

Può, quindi, concludersi che la *sham transaction doctrine* appare di difficile inquadramento rivelandosi piuttosto come un primo e generale approccio all'elusione fiscale con cui far prevalere gli aspetti economico-sostanziali su quelli giuridico-formalistici. In tal senso l'importanza della *sham transaction doctrine* sembra potersi cogliere non tanto sul piano della sua autonomia come specifico strumento di contrasto alle condotte elusive, ma su quello della progressiva elaborazione di un quadro di riferimento da cui si sono poi originate le diverse dottrine a vario titolo incentrate sul ruolo della sostanza o finalità economica.

---

<sup>312</sup> Tax Court degli Stati Uniti, 21 agosto 1985, 85 T.C. 347.

<sup>313</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, p. 164.

<sup>314</sup> L'equivalenza tra *sham in fact* e simulazione è sostenuta in THURONYI, V., *op. cit.*, pp. 157-158. Da questo punto di vista la distinzione tra *economic sham* e *factual sham* sembrerebbe rivelare un certo apprezzamento da parte della giurisprudenza statunitense della differenza tra elusione fiscale e simulazione nel senso di aver ricondotta la prima ai casi di *economic sham* e la seconda a casi di *factual sham*. Tuttavia, in altre pronunce tale distinzione appare meno chiara ai fini di tale categoria (*economic sham* o *sham in fact*) debba governare l'applicazione della *sham transaction doctrine*. Infatti, nella sentenza *Boyer v. Commissioner* del 1981 la *sham transaction doctrine* veniva applicata da una prospettiva difficilmente distinguibile da quella simulatoria: «*the sham transaction doctrine may apply in this case if, as the record suggests, the parties intended merely to procure divorce papers rather than actually to effect a real dissolution of their marriage contract*» (*Court of Appeals (IV circuit)*, Vol. in 668 F.2d, p. 1387.). Similmente, nella successiva sentenza *Brown v. Commissioner* del 1985 la *United States Tax Court*, nell'applicare la dottrina delle *sham transactions*, si è espressamente riferita al concetto di "*factual shams*", ossia di transazioni fittizie. In aggiunta nella sentenza *Glass v. Commissioner* del 1986 la *Tax Court* ha affermato che il concetto di "*factual shams*" andrebbe riferito a «*those situations where the taxpayers does not establish the jural relationship he purports to create*» (p. 1176) mentre quello di "*sham in substance*" ai casi in cui vi è «*simply a mislabelling of what actually occurred*» (*ibidem*). Non sembra, quindi, che il concetto di elusione – così come filtrato attraverso la categoria delle *sham transaction* – sia stato adeguatamente distinto da quello di simulazione.

<sup>315</sup> MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 61.

## A.2 La *Step Transaction Doctrine*

Lo scopo della dottrina in commento è quello di arginare le fattispecie elusive realizzate mediante una concatenazione di atti e negozi nel loro complesso idonei a produrre un effetto finale simile a quello derivante dall'impiego di una diversa ed unica forma giuridica a cui, tuttavia, l'ordinamento ricollega un prelievo più oneroso<sup>(316)</sup>.

Nelle elaborazioni della giurisprudenza Statunitense la *step transaction doctrine* è, infatti, utilizzata per riconfigurare in termini unitari un complesso di transazioni tra loro così integrate ed interdipendenti da poter essere ricondotte a vario titolo ad un disegno unitario e, soprattutto, ad una più lineare ed unica operazione<sup>(317)</sup>.

Un primo esempio di applicazione della dottrina in commento è generalmente individuato – anche in questo caso – nella ricordata sentenza *Gregory v. Helvering*<sup>(318)</sup>. In tale pronuncia la Corte ha, infatti, affermato che sul piano fiscale la complessa fattispecie posta in essere dal contribuente<sup>(319)</sup> doveva, in realtà, essere considerata nei termini di un'unica operazione di assegnazione della partecipazione nella *Monitor Securities Corporation* e non di riorganizzazione aziendale come sostenuto dal contribuente nel tentativo di beneficiare del relativo regime di neutralità fiscale<sup>(320)</sup>. Il ragionamento seguito dai giudici è stato visto come un primo esempio di *step transaction doctrine* poiché il disconoscimento del regime di neutralità fiscale reclamato dal contribuente è stato giustificato sostenendo che il risultato ricercato da quest'ultimo poteva essere egualmente ottenuto mediante la più diretta operazione di assegnazione di partecipazioni e che, inoltre, le varie operazioni realizzate da quest'ultimo in una rapida successione temporale risultavano di per sé prive di alcun significato salvo quello di rappresentare dei *passi* di un più ampio disegno

---

<sup>316</sup> TURONYII, *Tax Law Design and Drafting*, vol. 1, pp. 43 e segg.

<sup>317</sup> KNIGHT, R.A., KNIGHT, L.G., *Substance over Form: the Cornerstone of our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS' Arsenal?*, in *Akron Tax Journal*, 8, 1991, p. 100; SCHNEIDER, D., M., *Use of *sudicia* doctrines in federal tax cases decided by trial court, 1993-2006: a quantitative assessment*, in *Cleveland State Law Review*, 57, 2009, p. 48

<sup>318</sup> GILLEN, D.L., *The Evolution of the Step Transaction Doctrine*, in *Washburn Law Journal*, 11, 1971, p. 84.

<sup>319</sup> Rappresentata dalla sequenza: i) conferimento della partecipazione nella *Monitor Securities Corporation* in favore della *Averill Corporation*, ii) assegnazione alla Sig.ra *Gregory* della partecipazione nella *Averill Corporation* e, infine, iii) liquidazione della *Averill Corporation*.

<sup>320</sup> Non può, infatti, sfuggire che la Sig.ra *Gregory* era già proprietaria, sebbene indirettamente attraverso la *United Mortgage Corporation*, della partecipazione nella *Monitor Securities Corporation*, e, quindi, l'aver fatto conferire detta partecipazione da parte della *United Mortgage Corporation* nella *Averill Corporation* disponendo poi l'immediata liquidazione della conferitaria, non ha fatto altro che riportare la Sig.ra *Gregory* in una situazione non dissimile da quella di partenza e, perciò, il successivo atto di cessione della partecipazione nella *Monitor Securities Corporation* ricevuta in seguito alla predetta liquidazione non poteva che essere considerato direttamente ignorando, cioè, le operazioni intermedie in quanto prive di alcun significato (economico) e, quindi, insuscettibili di acquisire un'autonoma rilevanza fiscale. Da questo punto di vista, quindi, il complessivo disegno realizzato dalla Sig.ra *Gregory*, in quanto surrogabile da una più diretta operazione di cessione di partecipazioni, non poteva essere considerato come un esempio di riorganizzazione societaria a cui il Legislatore intendeva riferirsi rispetto al predetto regime di neutralità fiscale.

diretto a raggiungere (indirettamente) l'effetto di assegnare al contribuente (la Sig.ra Gregory) le azioni della *Monitor Securities Corporation*<sup>(321)</sup>.

Tale approccio è stato poi ribadito nella successiva sentenza *Minnesota Tea v. Helvering* (1938) secondo cui «*a given result at the end of a straight path is not made a different result because reached by following a devious path*»<sup>(322)</sup> nonché nella pronuncia *Commissioner v. Court Holding Co.* (1945) ove i giudici hanno affermato che «*transaction must be viewed as a whole, and each step (...) is relevant [to that whole]*»<sup>(323)</sup>. Nella stessa direzione la più recente sentenza *Commissioner v. Clark* (1989) ha ribadito che «*interrelated yet formally distinct steps in an integrated transaction may not be considered independently of the overall transaction*»<sup>(324)</sup>.

In sintesi, l'approccio sviluppato dalla Suprema Corte degli Stati Uniti prevede che il regime impositivo di una transazione complessa, ossia articolata in una serie di "passi" (*steps*), possa essere (ri)determinato considerando il punto di partenza e di arrivo e non i vari passaggi intermedi posti in essere dal contribuente. Muovendo da questa prospettiva la giurisprudenza ha poi individuato dei veri e propri *test*, tra loro indipendenti e non mutamente esclusivi<sup>(325)</sup>, per poter stabilire quando la dottrina in commento può e deve essere applicata<sup>(326)</sup>. Un primo approccio, comunemente denominato "*Binding Commitment Test*", prevede che una serie di operazioni possa essere oggetto di unificazione se al momento in cui il primo *step* veniva relizzato vi era l'obbligo giuridico di porre in essere anche le successive operazioni<sup>(327)</sup>. Un diverso approccio, noto come l'*Interdependence Test*, prevede invece che una serie di operazioni possa essere oggetto di unificazione nel caso in cui le medesime risultino così interconnesse che le relazioni giuridiche create da una delle operazioni sarebbero prive di significato ove non fossero realizzate anche le altre operazioni<sup>(328)</sup>. Infine, secondo l'approccio denominato *End Result Test*, una serie di operazioni può essere unificata ove sia evidente che l'intenzione delle parti<sup>(329)</sup> era quella di ottenere, sin dall'inizio, uno

<sup>321</sup> Cfr. HOBLET, R., *The step transaction doctrine and its effect on corporate transactions*, in *Proceedings of the Annual Tulane Tax Institute*, 1970, 19, p. 103.

<sup>322</sup> *Supreme Court of the United States*, 17 gennaio 1938, 302 U.S. 613.

<sup>323</sup> *Supreme Court of the United States*, 12 marzo 1945, Vol. 324 in U.S. p. 334.

<sup>324</sup> *Supreme Court of the United States*, 22 marzo 1989, Vol. 489 in U.S. p. 738.

<sup>325</sup> SANCILLO, P., *Clarifying (or is it codifying?) the "notably abstruse": step transactions, economic substance and the tax code*, in *Columbia Law Review*, 113, 2013, p. 138.

<sup>326</sup> Sul punto si veda MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 51.

<sup>327</sup> *Supreme Court of the United States*, "*Commissioner v. Gordon*", 20 maggio 1968, 391 U.S. 83. I limiti di tale approccio sono, tuttavia, emersi sin da subito visto che, come rilevato nella sentenza *Kinf Enterprises Inc. v. United States (United States Court of Federal Claims degli Stati Uniti*, 14 novembre 1969, 418 F.2d 511) «*[c]learly, the step transaction doctrine would be a dead letter if restricted to situations where the parties were bound to take certain steps*» (518).

<sup>328</sup> *Court of Appeals, (V circuit) "Security Industrial Insurance Company v. United States"*, 22 aprile 1983, Vol. 702 in F.2d p. 1234; *Court of Appeals (X circuit) "Falconwood Corp. v. United States"*, 2 settembre 2005, Vol. 422 in F.3d p. 1339.

<sup>329</sup> Come osservato dalla dottrina non risulta, tuttavia, di facile soluzione la questione riguardante quale, tra le possibili diverse intenzioni delle parti, debba prevalere ed essere considerata – ad es. se debba prevalere l'intenzione manifestata dall'acquirente ovvero dal venditore (atteso che l'uno, ma non l'altro, potrebbe aver

specifico risultato e che le suddette operazioni non era altro che un mezzo per raggiungerlo ancorché quest'ultimo potesse essere ottenuto in modo più diretto<sup>(330)</sup>.

L'utilizzo combinato da parte delle Corti dei suddetti *test* ha, tuttavia, reso complessa l'opera di definizione della *step transaction doctrine*. Infatti, come osservato dalla dottrina, gli approcci via via seguiti dalla giurisprudenza delle Corti federali hanno progressivamente dato vita a due diverse versioni della dottrina a seconda che venga privilegiata una lettura "atomistica" ovvero "olistica" degli *steps* seguiti dal contribuente nel raggiungere un certo obiettivo<sup>(331)</sup>. Nel primo caso, la *step transaction doctrine* viene applicata – per così dire – *a contrariis* in quanto a fronte di una serie di operazioni qualificate in termini unitari dal contribuente la Corte provvede a rideterminarne il complessivo carico fiscale applicando a ciascuna operazione il proprio specifico regime fiscale nel caso in cui quest'ultime risultino dotate di un autonomo fondamento economico che le rende significative e giustificate indipendentemente dalla realizzazione degli *steps* successivi<sup>(332)</sup>. L'opposto approccio prevede, invece, – in un rapporto di sostanziale continuità con l'impostazione "tradizione" sviluppata dalla Corte Suprema – che la dottrina in commento possa essere applicata soltanto ove sia riscontrabile un piano preordinato per raggiungere un certo risultato mediante una serie di operazioni tra loro concatenate<sup>(333)</sup>.

Le diverse impostazioni appena considerate mostrano, tuttavia, una certa unità ove si osservi che la *step transaction doctrine* non si presenta come un semplice rimedio antielusivo, ma come una tecnica a cui i giudici devono fare riferimento al fine di applicare correttamente gli *statutes* – ossia le norme di diritto positivo. È stato, infatti, rilevato come la dottrina in questione sia stata utilizzata non solo per disconoscere taluni benefici fiscali reclamati dal contribuente, ma anche per confermare il trattamento fiscale (di maggior favore) che questi aveva assegnato alle operazioni realizzate<sup>(334)</sup>.

Muovendo da questa prospettiva la *step transaction doctrine* è stata definita come un aspetto strutturale dell'applicazione della normativa fiscale negli Stati Uniti, ossia come uno

---

agito in totale buona fede subendo, quindi, in via del tutto inconsapevole l'intento elusivo della controparte). Sul punto MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, pp. 53-54). Ne discende che, muovendo da questa prospettiva, sembra ragionevole attendersi una qualche forma di salvaguardia degli effetti fiscali di un disegno elusivo qualora quest'ultimo sia stato inconsapevolmente subito da una o più controparti degli atti e negozi posti in essere dal soggetto che, invece, ha inteso agire con lo scopo elusivo.

<sup>330</sup> *Court of Appeals (V circuit)*, “*Kuper v. Commissioner*”, 9 giugno 1976, 533, F.2d 152.

<sup>331</sup> PHILIP, S., *Clarifying (or is it codifying?) the "notably abstruse": step transactions, economic substance and the tax code*, in *Columbia Law Review*, 2013, 113, pp. 150 e segg.

<sup>332</sup> A titolo di esempio si veda *Court of Appeals (IX circuit)* “*Linton v. United States*”, 21 gennaio 2011, Vol. 630 in F.3d 1211, p. 1224.

<sup>333</sup> *Court of Appeals (II circuit)*, “*Greene v. United States*”, 16 dicembre 1957, Vol. 13 in F.3d p. 577 (si veda in particolare p. 583); *Court of Appeals (VII circuit)*, “*McDonald's Rests. of Ill., Inc. v. Commissioner*”, 14 settembre 1982, Vol. 688 in F.2d p. 520 (in particolare pp. 524-525); *Court of Appeals (II circuit)* “*Greene v. United States*”, 6 gennaio 1994, Vol. 13 in F.3d p. 577 (in particolare pp. 584-585).

<sup>334</sup> MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, pp. 50-51.

strumento interpretativo irrinunciabile per identificare (*rectius*: ricostruire) i fatti a cui applicare le norme di diritto positivo<sup>(335)</sup>.

B) *La seconda famiglia di teorie:*

B.1 *La substance over form doctrine*

Una prima formulazione della *substance over form doctrine* – pur essendo alla base anche delle ricordate sentenza *Gregory v. Helvering, Knetsch e Frank Lyon*<sup>(336)</sup> – è generalmente ricondotta<sup>(337)</sup> alle sentenze *United States v. Phellis*<sup>(338)</sup> e *Weiss v. Stearn*<sup>(339)</sup> in cui i giudici hanno accolto la possibilità di ignorare le forme giuridiche utilizzate dal contribuente facendo prevalere la sostanza dei fatti da questi posti in essere al fine di determinarne le conseguenze fiscali<sup>(340)</sup>. Tale principio è stato però affermato con maggior chiarezza nella successiva sentenza *Commissioner v. Court Holding Co.*<sup>(341)</sup> second cui «[t]o permit the true nature of a transaction to be disguised by mere formalisms, which exist solely to alter tax liabilities, would seriously impair the effective administration of the tax policies of Congress»<sup>(342)</sup>. Pertanto, nella successiva sentenza *United States v. R. F. Ball Construction Co., Inc.*<sup>(343)</sup> la Corte Suprema è giunta ad affermare che «*substance, not form or labels, controls the nature and effect of legal instruments*»<sup>(344)</sup>.

La dottrina della *substance over form* è, quindi, espressione del generale principio secondo cui le forme giuridiche sono meritevoli di tutela non in senso assoluto, ma solo in quanto coerenti con la sostanza dei “fatti” posti in essere dal contribuente e a cui il Legislatore intendeva riferirsi menzionando determinate forme giuridiche nella formulazione degli *statutes*<sup>(345)</sup>.

In questo contesto la dottrina della *substance over form* si presenta come una dottrina di portata fondamentale ai fini di una corretta attuazione del diritto positivo<sup>(346)</sup> – soprattutto nei casi di operazioni complesse ed atipiche come i *sale and leaseback*<sup>(347)</sup> –, tanto che nella

<sup>335</sup> TILEY, J., *Judicial anti-avoidance doctrine: the US alternatives*, in *British Tax Review*, 5, 1987, p. 180, p. 192.

<sup>336</sup> KNIGHT, R.A., KNIGHT, L.G., *Substance over Form: the Cornerstone of our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS' Arsenal?*, in *Akron Tax Journal*, 8, 1991, p. 92.

<sup>337</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, p. 170.

<sup>338</sup> *Supreme Court of the United States*, 21 dicembre, 1921, vol. 257 U.S. p. 156.

<sup>339</sup> *Supreme Court of the United States*, 26 maggio 1924, vol. 265 U.S. p. 242.

<sup>340</sup> *Supreme Court of the United States*, “*United States v. Phellis*”, 21 dicembre, 1921, vol. 257 U.S. p. 168; *Supreme Court of the United States*, “*Weiss v. Stearn*”, 26 maggio 1924, vol. 265 U.S. p. 254.

<sup>341</sup> *Court of Appeals (V circuit)*, 12 marzo 1945, vol. 324 in U.S. p. 331.

<sup>342</sup> *Court of Appeals (V circuit)*, 12 marzo 1945, vol. 324 in U.S. p. 334.

<sup>343</sup> *Court of Appeals (V circuit)*, 3 marzo 1958, vol. 355 in U.S. p. 587.

<sup>344</sup> *Court of Appeals (V circuit)*, 3 marzo 1958, vol. 355 in U.S. p. 593.

<sup>345</sup> MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, pp. 45-46.

<sup>346</sup> BARKER, W.B., *Statutory Interpretation, Comparative Law, and Economic Theory: Discovering the Grund of Income Taxation*, in *San Diego Law Review*, 3, 2003, p. 838.

<sup>347</sup> Cfr. MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 46. Peraltro, è stato osservato come la dottrina in commento



sentenza *Weinert's Estate v. Commissioner*<sup>(348)</sup> i giudici hanno affermato che «[t]he principle of looking through form to substance is (...) the cornerstone of sound taxation»<sup>(349)</sup>.

Inoltre, e con specifico riferimento ai rapporti tra la *substance over form doctrine* e le altre dottrine elaborate dalla giurisprudenza, è importante osservare che nella sentenza *King Enterprise v. United States*<sup>(350)</sup> la Corte è giunta alla conclusione che «courts have enunciated a variety of doctrines, such as step transaction, business purpose, and substance over form. Although the various doctrines overlap and it is not always clear in a particular case which one is most appropriate, their common premise is that the substantive realities of a transaction determine its tax consequences»<sup>(351)</sup>.

In tal senso la *substance over form doctrine*, proprio in virtù della sua ampia formulazione, si presta ad essere meglio colta nei termini di una dottrina generalissima che costituisce il terreno comune entro cui si muovono le diverse ed ulteriori dottrine elaborate dalla giurisprudenza, come la *step transactions* e la *economic substance*. Tale circostanza sarebbe, altresì, confermata dal fatto che le successive pronunce che si sono basate su tale dottrina non ne hanno mutato o innovato la formulazione, ma la hanno utilizzata come quadro di riferimento precostituito per poi giustificare e sviluppare, a seconda della fattispecie *sub iudice*, l'utilizzo di una delle diverse ed ulteriori dottrine come la *economic substance*, la *step transaction* o la *sham transaction*<sup>(352)</sup>.

## B.2 La *economic substance doctrine*

La dottrina della *economic substance* si presta ad essere colta come un caso particolare della *substance over form doctrine* poiché, rispetto a quest'ultima, introduce l'ulteriore elemento secondo cui è la sostanza economica il parametro di riferimento che deve essere coerentemente riflesso nella forma giuridica adottata dal contribuente affinché gli effetti fiscali a questa ricollegabili in base agli *statutes* possano essere rispettati e salvaguardati<sup>(353)</sup>. In tal senso nella recente sentenza *John Hancock v. Commissioner*<sup>(354)</sup> è stato affermato che «[a] transaction will be respected for Federal income tax purposes if it has economic substance and the substance of the transaction is consistent with its form»<sup>(355)</sup>.

---

sia sovente utilizzata dalle Corti in tutti quei casi in cui – come le operazioni tra parti correlate (Cfr. BITTKER, B., LOKKEN, L., *Federal Taxation of Income, Estate and Gift*, New York, 2002, § S4-7) – vi è un'alta probabilità che le forme giuridiche siano state manipolate al precipuo scopo di ottenere un determinato vantaggio fiscale altrimenti non disponibile (DE SOUZA FERREIRA, R.G., *Form versus Substance: A Comparison of Brazil's Tax System to the Tax System of the United States of America*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, 35, 2004, p. 311, pp. 334 e segg.).

<sup>348</sup> *Court of Appeals (V circuit)*, 31 agosto 1961, vol. 294 in F.2d p. 755.

<sup>349</sup> *Court of Appeals (V circuit)*, 31 agosto 1961, vol. 294 in F.2d p. 750.

<sup>350</sup> *United States Court of Federal Claims*, 14 novembre 1969, vol. 418 in F.2d p. 511)

<sup>351</sup> *United States Court of Federal Claims*, 14 novembre 1969, vol. 418 in F.2d p. 516 n. 6)

<sup>352</sup> SANCILLO, P., *Clarifying (or is it codifying?) the "notably abstruse": step transactions, economic substance and the tax code*, in *Columbia Law Review*, 113, 2013, pp. 142-143.

<sup>353</sup> CUNNINGHAM N., B., REPETTI, J.R., *Textualism and Tax Shelters*, in *Virginia Tax Review*, 24, 2004, p. 25.

<sup>354</sup> *Tax Court*, 5 agosto 2013, vol. 141 T.C.

<sup>355</sup> *Tax Court*, 5 agosto 2013, vol. 141 T.C., p. 2.

Tuttavia, la dottrina della sostanza economica presenta anche numerosi punti di contatto con la ricordata *sham transaction doctrine*, almeno nella sua formulazione espressa nella citata sentenza *Knetsch v. United States*, tanto che secondo parte della dottrina le due dottrine dovrebbero considerarsi equivalenti o, comunque, strettamente connesse<sup>356</sup>.

Alla base della *economic substance doctrine* vi è, infatti, l'idea – peraltro già anticipata dalla ricordata sentenza *Gregory v. Helvering*<sup>357</sup> – che non sia possibile riconoscere alcuna realtà fiscale alle operazioni prive di sostanza economica, ossia che si presentano come degli *economic sham*<sup>358</sup>. Come affermato nella recente sentenza *Stobie Creek Investments, LLC v. United States*<sup>359</sup>, «*the economic substance doctrine seeks to distinguish between structuring a real transaction in a particular way to obtain a tax benefit, which is legitimate, and creating a transaction to generate a tax benefit, which is illegitimate (...). Under this doctrine we disregard the tax consequences of transactions that comply with the literal terms of the tax code, but nonetheless lack “economic reality”*». Similmente, nella precedente sentenza *Coltec Industries Inc. v. United States*<sup>360</sup>, i giudici della *Court of Appeals* hanno affermato che «*the economic substance doctrine has been used to prevent taxpayers from subverting the legislative purpose of the tax code by engaging in transactions that are fictitious or lack economic reality simply to reap a tax benefit*».

Lo scopo della dottrina in commento è, quindi, quello di distinguere tra operazioni reali ed operazioni non reali nel senso di essere artificiose in quanto create appositamente per conseguire un beneficio fiscale.

In questo quadro non poteva, tuttavia, non emergere la necessità di accertare anche gli scopi che il contribuente intendeva realizzare. Sul punto la dottrina ha, infatti, rilevato come le Corti federali siano solite applicare la dottrina<sup>361</sup> in commento facendo riferimento a due diversi requisiti: l'uno, di carattere oggettivo, secondo cui una transazione ha sostanza economica se, al di là dei suoi effetti fiscali, altera in modo significativo la posizione economica di partenza del contribuente; l'altro, di carattere soggettivo, secondo cui non vi è sostanza economica se la transazione non risulta giustificata da un prevalente scopo diverso da quello del conseguimento di un beneficio fiscale (requisito soggettivo). Si spiega, dunque,

---

<sup>356</sup> MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 61.

<sup>357</sup> BANKMAN, L., *The economic substance doctrine*, in *Southern California Law Review*, 74, 2000, pp. 7-8. Si veda anche la sentenza *Higgins v. Smith* (*Supreme Court of the United States*, 8 gennaio 1940, 308 U.S. p. 473) secondo cui se «*the Gregory case is viewed as a precedent for the disregard of a transfer of assets without a business purpose ... it gives support to the natural conclusion that transactions, which do not vary control or change the flow of economic benefits, are to be dismissed from consideration*» (p. 476).

<sup>358</sup> LAMPRAVE, P., *An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, 2012, 3, p. 158.

<sup>359</sup> *Court of Appeals (federal circuit)*, 11 giugno 2010, 82 Fed. Cl. 636.

<sup>360</sup> *Court of Appeals*, 12 luglio 2006, 454 F.3d p. 1353-1354.

<sup>361</sup> KAYE, T.A., *United States*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, p. 345; BANKMAN, L., *The economic substance doctrine*, in *Southern California Law Review*, 74, 2000, p. 5 e p. 9; MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, pp. 62-63.

come mai con riferimento al caso *Coltec Industries Inc.* i giudici della *United States Court of Federal Claims* siano giunti ad affermare che la dottrina in commento si presta ad essere meglio intesa come «*a composite of the “business purpose” doctrine, the “substance over form” doctrine, and the “sham transaction” doctrine*»<sup>362</sup>). In tal senso può ricordarsi quanto affermato anche dalla ricordata sentenza *Frank Lyon Co. v. United States* in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha precisato che «*[w]here, as here, there is a genuine multiple-party transaction with economic substance that is compelled or encouraged by business or regulatory realities, that is imbued with tax-independent considerations, and that is not shaped solely by tax-avoidance features to which meaningless labels are attached, the Government should honor the allocation of rights and duties effectuated by the parties*»<sup>363</sup>)

La tesi appena considerata non impone, tuttavia, di ricondurre l'*economic substance doctrine* ad un caso particolare di *business purposes doctrine*, o viceversa. Non va, infatti, sottovalutato che il tratto essenziale dell'*economic substance doctrine* si è pur sempre sviluppato nei termini di una verifica per stabilire se l'operazione realizzata risulti in sé priva di un ragionevole profitto ante-imposte (c.d. “*pre-tax profit*”) – cioè di una sua autonoma giustificazione sul piano dei suoi *effetti* economici<sup>364</sup>). Viceversa, – come si avrà modo di chiarire – la *business purpose doctrine* si occupa degli scopi che il contribuente intendeva perseguire realizzando una certa operazione richiedendo che quest'ultimi siano diretti in via prevalente ad obiettivi extrafiscali. Non sembra, quindi, corretto confondere i due approcci<sup>365</sup>). Ciò detto è, tuttavia, evidente che l'eventuale assenza di una sostanza economica nel senso appena definito ben potrà riflettersi sul piano soggettivo del *business purpose*.

Pertanto, ancorché le dottrine in commento si siano sviluppate autonomamente e si riferiscano a piani d'indagine diversi, appare corretta l'osservazione secondo cui la dottrina della sostanza economica costituisce il naturale supporto della *business purpose doctrine* e quest'ultima il completamento della prima<sup>366</sup>).

In tal senso sembra doversi spiegare quanto affermato nella sentenza *ACM Partnership v. Commissioner* <sup>(367)</sup> – ritenuta espressione dell'attuale concezione della *economic substance doctrine*<sup>(368)</sup> – secondo cui «*[t]he inquiry into whether the taxpayer's transactions had sufficient economic substance to be respected for tax purposes turns on both the “objective economic substance of the transactions” and the “subjective business*

<sup>362</sup> *United States Court of Federal Claims*, 29 ottobre 2004, p. 50.

<sup>363</sup> *Supreme Court of the United States*, 18 aprile 1978, 435 U.S. pp. 583-584.

<sup>364</sup> RECTOR, J., *A review of the Economic Substance Doctrine*, in *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 10, 2004, p. 176.

<sup>365</sup> MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 63.

<sup>366</sup> CUNNINGHAM N., B., REPETTI, J.R., *Textualism and Tax Shelters*, in *Virginia Tax Review*, 24, 2004, pp. 23-24; HARITON, D., *Sorting Out The Tangle of Economic Substance*, in *Tax Lawyer*, 1999, p. 237, p. 241; MOORE, K.N., *The Sham Transaction Doctrine: an Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance*, in *Florida Law Review*, 41, 1989, p. 670.

<sup>367</sup> *Court of Appeals*, 13 ottobre 1998, Vol. 157 in F3d, p. 231.

<sup>368</sup> BANKMAN, L., *The economic substance doctrine*, in *Southern California Law Review*, 74, 2000, p. 8.

*motivation" behind them. However, these distinct aspects of the economic sham inquiry do not constitute discrete prongs of a "rigid two-step analysis," but rather represent related factors both of which inform the analysis of whether the transaction had sufficient substance, apart from its tax consequences, to be respected for tax purposes»<sup>(369)</sup>.*

La Corte pare, quindi, aver tenuto distinte le due dottrine, ma solo nel senso di averle considerate come aspetti interdipendenti – l'uno oggettivo e l'altro soggettivo – di un più ampio approccio teso a verificare la presenza di un *economic sham*. In quest'ottica può, quindi, essere utile sottolineare come già nella sentenza *Goldstein v. Commissioner*<sup>(370)</sup> la dottrina della sostanza economica sia stata intesa quale evoluzione della *sham transaction doctrine* enunciata nella ricordata sentenza *Knetsch* e che ad avviso dei giudici «[i]n many instances transactions that lack all substance, utility, and purpose, and which can only be explained on the ground the taxpayer sought an interest deduction in order to reduce his taxes, will also be so transparently arranged that they can candidly be labeled "shams"»<sup>(371)</sup>.

Va, tuttavia, rilevato che la giurisprudenza delle Corti federali ha mostrato più di una incertezza nel definire le condizioni a cui, stante la predetta interdipendenza tra le citate dottrine, l'Amministrazione finanziaria doveva ritenersi autorizzata a disconoscere il vantaggio fiscale reclamato dal contribuente. In particolare, nella recente sentenza *Klamath Strategic Investment Fund v. United States*<sup>(372)</sup> i giudici hanno affermato che, nonostante la presenza di uno scopo diverso dal mero risparmio d'imposta, ove la transazione realizzata fosse risultata priva di sostanza economica nel senso del requisito oggettivo di cui sopra, la stessa doveva comunque considerarsi inopponibile al Fisco. Diversamente, nella precedente sentenza *Rice's Toyota World v. Commissioner*<sup>(373)</sup> è stata affermata l'opposta tesi secondo cui vie è sostanza economica, e quindi il vantaggio fiscale è opponibile al Fisco, quando almeno uno dei citati requisiti (ossia o quello soggettivo o quello oggettivo) risulta soddisfatto.

La questione sembra, tuttavia, aver perso ormai molta della sua importanza in quanto il legislatore statunitense ha di recente introdotto una codificazione della *economic substance doctrine* disponendo che un'operazione può essere considerata come dotata di sostanza economica solo se i citati requisiti di carattere oggettivo e soggettivo sono contemporaneamente soddisfatti<sup>(374)</sup>. Sebbene gli effetti di tale codificazione saranno analizzati in seguito, cioè che è opportuno rilevare in questa sede è che per effetto del citato intento legislativo la dottrina dell'*economic substance* risulta ancor più legata alla *business*

<sup>369</sup> *Court of Appeals*, 13 ottobre 1998, Vol. 157 F.3d, p. 250.

<sup>370</sup> *Court of Appeals* (II circuit), 22 febbraio 1966, Vol. 364 F.2d p. 734.

<sup>371</sup> *Court of Appeals* (II circuit), 22 febbraio 1966, Vol. 364 F.2d, § 15.

<sup>372</sup> *Court of Appeals* (V circuit), 21 maggio 2009, Vol. 568 in F.3d, p. 544.

<sup>373</sup> *Court of Appeals* (IV circuit), 7 gennaio 1985, Vol. 752 in F.2d, pp. 91-92; nonché *Court of Appeals* (V circuit), "*Compaq Computer Corp. v. Commissioner*", 28 dicembre 2001, Vol. 227 in F.3d, p. 781.

<sup>374</sup> Art. 1409, Legge 30 marzo 2010, n. 111-152. Sul punto MCMAHON, M.J., *Living with (And dying by) The Codified Economic Substance Doctrine*, in University of Florida Levin College of Law Research paper no. 2010-13, p. 8 (reperibile al seguente indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1623822>) nonché LAMPRAVE, P., *An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, 2012, 3, p. 158.

*purpose doctrine* atteso che la presenza di uno scopo economico diverso dal mero risparmio fiscale è stato definitivamente considerato come elemento imprescindibile del concetto di sostanza economica di una operazione<sup>(375)</sup>. Sembra, quindi, essere stata confermata la posizione espressa nella citata sentenza *Coltec Industries Inc.* secondo cui le dottrine in commento si prestano ad essere meglio colte come aspetti di un più ampio approccio di natura integrata piuttosto che come strumenti tra loro alternativi di contrasto alle condotte elusive. Anzi, secondo parte della dottrina il complessivo approccio antielusivo seguito dalla giurisprudenza statunitense dovrebbe essere ricostruito in termini unitari alla luce della *economic substance doctrine* considerando la *sham transaction doctrine* e la *business purpose doctrine* assorbite, rispettivamente, dai requisiti oggettivi e soggettivi della dottrina in parola<sup>(376)</sup>.

L'interdipendenza tra le dottrine in commento pare, inoltre, emergere anche da una diversa prospettiva. È stato, infatti, osservato che la *economic substance doctrine* e la *business purpose doctrine* non opererebbero sul piano interpretativo o di costruzione dei fatti imponibili – come ad es. nel caso della *step-transaction doctrine* –, ma avrebbero una finalità esclusivamente antielusiva<sup>(377)</sup> nel senso di applicarsi in tutti quei casi in cui, nonostante una corretta costruzione dei fatti ed interpretazione delle norme, anche in chiave teleologica, il beneficio fiscale reclamato dal contribuente non merita comunque di essere salvaguardato proprio perché, essendo stato artificialmente costruito e ricercato, sarebbe contraddittorio pensare che era intenzione del Legislatore consentirne l'ottenimento minando con ciò la stessa efficacia delle norme tributaria da questi introdotte<sup>(378)</sup>. Viceversa, secondo un diverso approccio le dottrine in commento opererebbero sul piano interpretativo presentandosi come degli ulteriori strumenti con cui porre in essere una interpretazione teleologica degli *statutes*<sup>(379)</sup>. In tal senso può considerarsi emblematico quanto affermato dalla *Court of Appeals* del *Federal Circuit* nella sentenza secondo cui «*the economic substance doctrine is not unlike other canons of construction that are employed in circumstances where the literal terms of a statute can undermine the ultimate purpose of the statute*»<sup>(380)</sup>. Ad ogni modo, ciò che va sottolineato, quale che sia la posizione ritenuta preferibile, è che in entrambi i casi le dottrine in commento sono ritenute come aspetti di un medesimo approccio al di là del fatto che quest'ultimo sia o meno ricondotto ad un'opera di tipo interpretativo<sup>(381)</sup>.

---

<sup>375</sup> KAYE, T.A., *United States*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, p. 346.

<sup>376</sup> BANKMAN, L., *The economic substance doctrine*, in *Southern California Law Review*, 74, 2000, p. 5, p. 12.

<sup>377</sup> MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, pp. 55-56.

<sup>378</sup> PATTON, S., *Treasury Regulation 301.6111-2T and the Economic Substance Doctrine: A Plea for Certainty in the Tax Law*, in *Houson Law Review*, 2, 2002, p. 499, p. 524.

<sup>379</sup> WOLFMAN, B., *Why economic substance is better left uncodified*, in *Tax Notes*, 104, 2004, p. 445.

<sup>380</sup> *Court of Appeals*, 12 luglio 2006, Vol. 454 in F.3d pp. 1353-1354

<sup>381</sup> KAYE, T.A., *United States*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, pp. 347-348.

### B.3 La *business purpose doctrine*

Anche in questo caso il punto di partenza nello sviluppo giurisprudenziale della dottrina in commento è rappresentato dalla sentenza *Gregory v. Helvering* <sup>(382)</sup>. Infatti, tra i principi enunciati da tale sentenza vi è quello secondo cui non possono ritenersi meritevoli di tutela le operazioni di riorganizzazione societaria che risultino prive di uno scopo economico diverso dal mero risparmio fiscale<sup>(383)</sup>. Come visto ciò dipende dal fatto che ove manchi un siffatto scopo deve intendersi non soddisfatta la nozione stessa di “riorganizzazione societaria” a cui il Legislatore intendeva riferirsi. Conseguentemente, il contribuente non potrà ritenersi legittimato nel reclamare la spettanza del regime di neutralità fiscale previsto per le operazioni di riorganizzazione<sup>(384)</sup>.

Tale approccio è stato poi generalizzando ad altri settori dell'imposizione diversi da quello delle operazioni di riorganizzazione societaria. Così nella successiva sentenza *Commissioner v. Transport Trading & Terminal Corp*<sup>(385)</sup> è stato affermato che «[t]he doctrine of *Gregory v. Helvering* (...) is not limited to cases of corporate reorganizations. It has a much wider scope; it means that in construing words of a tax statute which describe commercial or industrial transactions we are to understand them to refer to transactions entered upon for commercial or industrial purposes and not to include transactions entered upon for no other motive but to escape taxation»<sup>(386)</sup>.

Un ulteriore passo nell'evoluzione della dottrina in commento è poi rappresentato dalla ricordata sentenza *Knetsch v. United States* dove viene precisato che il requisito del *business purpose* deve considerarsi non soddisfatto non soltanto nei casi in cui – come nella

---

<sup>382</sup> KNIGHT, R.A., KNIGHT, L.G., *Substance over Form: the Cornerstone of our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS' Arsenal?*, in *Akron Tax Journal*, 8, 1991, p. 91, p. 168; HANNA, C.H., *From Gregory to Enron: the too perfect theory and tax law*, in *Virginia Tax Review*, 24, 2005, p. 756 nonché FABER, P.I., *Business Purpose and Section 355*, in *Tax Lawyer*, 4, 1990, p. 865.

<sup>383</sup> *Supreme Court of the United States*, 7 gennaio 1935, Vol. 293 in U.S., p. 465. Al riguardo il passo della sentenza in commento a cui in genere ci si riferisce è il seguente «[w]hen subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made "in pursuance of a plan of reorganization" [§ 112(g)] of corporate business, and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose -- a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. No doubt, a new and valid corporation was created. But that corporation was nothing more than a contrivance to the end last described. It was brought into existence for no other purpose; it performed, as it was intended from the beginning it should perform, no other function» (p. 469).

<sup>384</sup> Al riguardo si veda anche ZIZZO, G., *Evasione ed elusione fiscale nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, in *Rass. trib.*, I, p. 231, p. 244. L'Autore osserva altresì che tale approccio trova conferma anche nella giurisprudenza commerciale in cui i giudici sono soliti disconoscere la soggettività delle società tutte le volte in cui la personalità giuridica della società venga utilizzata per finalità inique ed ingiuste, ossia come mero artificio per aggirare una norma imperativa o per perseguire scopi non coerenti con il sistema.

<sup>385</sup> *Court of Appeals* (II circuit), 4 ottobre 1949, Vo. 176 in F.2d, p. 570.

<sup>386</sup> *Court of Appeals* (II circuit), 4 ottobre 1949, Vo. 176 in F.2d, p. 572.

sentenza *Commissioner v. Transport Trading & Terminal Corp* – risulti radicalmente assente, ma anche ove sia non significativo rispetto allo scopo fiscale<sup>387</sup>).

Da ciò consegue che la *business purpose doctrine* si rende applicabile anche in casi in cui l'operazione posta in essere dia luogo a delle reali relazioni giuridiche tra le parti. Infatti, come chiarito nella successiva sentenza, *Goldstein v. Commissioner*<sup>388</sup>) con riferimento alla deducibilità degli interessi passivi derivanti da una genuina operazione di finanziamento, «*the interest deduction should be permitted whenever it can be said that the taxpayer's desire to secure an interest deduction is only one of mixed motives that prompts the taxpayer to borrow funds; or, put a third way, the deduction is proper if there is some substance to the loan arrangement beyond the taxpayer's desire to secure the deduction*»<sup>389</sup>).

Proseguendo lungo questa linea nella sentenza *United Parcel Service v. Commissioner*<sup>390</sup>) i giudici hanno tentato di chiarire ulteriormente il rapporto tra scopi fiscali e scopi economici affermando che «[a] “*business purpose*” does not mean a reason for a transaction that is free of tax considerations. Rather, a transaction has a “*business purpose*” (...) as long as it figures in a bona fide, profit-seeking business. (...). To conclude otherwise would prohibit tax-planning»<sup>391</sup>). Ne consegue che la *business purpose doctrine* non si concentra sulla presenza in quanto tale dell'intento di eludere l'imposta, ma sull'assenza di una finalità economica conforme alla *ratio* degli strumenti giuridici impiegati – come, ad es., l'assenza di un vero fine di riorganizzazione nel caso affrontato nella sentenza *Gregory v. Helvering*<sup>392</sup>).

La dottrina in commento ha, quindi, lo scopo di isolare un requisito di tipo soggettivo – ossia legato all'intento del contribuente – che, se presente unitamente ad una congrua sottostante sostanza economica, consente di salvaguardare gli effetti fiscali di una qualsivoglia operazione o serie di operazione anche ove quest'ultime si presentino secondo modalità abnormi o inusuali<sup>393</sup>). Come visto, infatti, la più recente giurisprudenza statunitense considera la *business purpose doctrine* come un completamento della *economic substance doctrine*.

Ciò posto si può tentare di isolare la specifica valenza della *business purpose doctrine* rispetto al mero requisito della *economic substance*. A tale riguardo è opportuno ricordare che nell'ambito del sistema tributario statunitense la presenza di una certa sostanza economica consente di stabilire se il contribuente abbia o meno realmente integrato una certa fattispecie impositiva. Come visto è, infatti, opinione condivisa della giurisprudenza statunitense che

<sup>387</sup> *Supreme Court of the United States*, 14 novembre 1960, 364 U.S. p. 366. Sul punto McMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008 p. 57.

<sup>388</sup> *Court of Appeals (II circuit)*, 22 giugno 1966, 364 F.2d p. 734.

<sup>389</sup> *Court of Appeals (II circuit)*, 22 giugno 1966, 364 F.2d p. 741.

<sup>390</sup> *Court of Appeals (XI circuit)*, 20 giugno 2001, 254 F.3d 1014.

<sup>391</sup> *Court of Appeals (XI circuit)*, 20 giugno 2001, vol. 254 in F.3d, p. 1019.

<sup>392</sup> JARACH, D., *I contratti a gradini e l'imposta (nota a Cass., sez. I, 9 maggio 1979, n. 2658)*, in *Riv. dir. fin.*, 1982, p. 79, p. 86.

<sup>393</sup> ZIZZO, G., *Evasione ed elusione fiscale nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, in *Rass. trib.*, I, p. 231, p. 250.

nell'utilizzare determinati termini il Legislatore abbia inteso riferirsi non alla forma giuridica in quanto tale, ma al rapporto economico da questa veicolato, tanto che in assenza di quest'ultimo l'utilizzo di determinate strutture giuridiche deve ritenersi artificioso e, quindi, meritevole di essere disconosciuto ai fini fiscali. Tuttavia, ciò che la giurisprudenza in tema di *business purpose* chiarisce è che anche ove l'effetto economico previsto dal Legislatore si sia in effetti prodotto, quest'ultimo non può ad ogni modo ritenersi di per sé meritevole di tutela ove emerga che la ragione prevalente della sua esistenza debba essere ricondotta all'ottenimento di un risparmio fiscale. Valga a tal proposito quanto affermato nella sentenza *Pasternak v. Commissioner*<sup>394</sup>) secondo cui «[t]he threshold question is whether the transaction has economic substance. If the answer is yes, the question becomes whether the taxpayer was motivated by profit to participate in the transaction»<sup>395</sup>).

In sintesi, la *business purposes doctrine* svolge un "ruolo di chiusura" nel senso di scongiurare ogni possibile utilizzo in chiave strumentale della sostanza economica considerata dal Legislatore nell'individuazione dei fatti imponibili. Ben può essere, infatti, che il contribuente, proprio allo scopo di ottenere un risparmio d'imposta, e non di esercitare una reale attività economica, si adoperi per integrare quel rapporto economico la cui sostanza economica a cui il Legislatore ha inteso riferirsi nel concedere un certo regime fiscale di favore. In assenza della *business purpose doctrine* tale fattispecie elusiva sarebbe di difficile rimozione, visto che non solo sul piano formale, ma anche su quello sostanziale, il contribuente risulterebbe aver integrato proprio la fattispecie prevista dal Legislatore – sebbene in un'ottica meramente strumentale. In tal senso, è solo dalla combinazione della *economic substance* e *business purpose* che è possibile ricavare un efficace mezzo di contrasto alle condotte elusive<sup>396</sup>). Infatti, in assenza dell'apporto della *business purpose doctrine*, l'approccio basato sull'*economic substance* degraderebbe in un approccio di tipo interpretativo – con tutti i limiti del caso come quello appena segnalato.

Da questo punto di vista la specificità della *business purpose doctrine* pare risiedere nel fatto di aver tradotto l'approccio basato sulla sostanza economica da un approccio a vocazione ermeneutica – nel senso di introdurre una particolare forma d'interpretazione teleologica degli *statutes* – ad un approccio antielusivo in senso stretto che consente di disconoscere il regime fiscale invocato dal contribuente anche ove quest'ultimo risulti ermeneuticamente fondato e quindi non disapplicabile a partire da una corretta lettura degli *statutes* e ricostruzione dei fatti imponibili.

Tuttavia, come chiarito precedentemente, l'attuale assetto della *economic substance doctrine* è tale da essere giunto ad incorporare la *business purposes doctrine* come un suo

---

<sup>394</sup> *Court of Appeals (IV circuit)*, 7 giugno 1993, vol. 990 in F.2d, p. 893.

<sup>395</sup> *Court of Appeals (IV circuit)*, 7 giugno 1993, vol. 990 in F.2d, p. 898.

<sup>396</sup> In CUNNINGHAM N., B., REPETTI, J.R., *Textualism and Tax Shelters*, in *Virginia Tax Review*, 24, 2004, pp. 25-26 viene osservato con in alcuni casi la Corte abbia seguito un ragionamento inverso, ossia abbia chiamato in causa l'*economic substance doctrine* solo dopo aver stabilito l'assenza di un *business purposes*. Tuttavia, osservano gli Autori, che anche in questi casi le dottrine in commento sono state utilizzate in modo combinato nell'ottica di un approccio antielusivo integrato.



elemento costitutivo, per cui – sul piano concreto – non sembra di particolare utilità contrapporre le due dottrine appena considerate.

### 2.3.1 *L'esperienza del Regno Unito*

Rispetto alla tradizione giurisprudenziale appena considerata, l'orientamento delle Corti britanniche è stato tradizionalmente ricostruito rinvenendovi una tendenziale ritrosia nei confronti del principio della prevalenza della sostanza sulla forma<sup>(397)</sup>.

A tale riguardo viene osservato che solo a partire dalla nota sentenza *WT Ramsey Ltd v. Inland Revenue Commissioner*<sup>(398)</sup> del 1982 la *House of Lords* avrebbe superato il precedente orientamento, emblematicamente espresso nella sentenza *Inland Revenue Commissioner v. Duke of Westminster* del 1936, secondo cui «*[w]hatever the substance of the arrangement may have been, their fiscal effect had to be in accordance with the legal rights and obligations they created*»<sup>(399)</sup>. Secondo questa lettura la sentenza *Duke of Westminster* sarebbe, quindi, espressione di un generale principio di applicazione letterale degli *statutes* con la conseguenza di rendere impercorribile il disconoscimento fiscale delle forme giuridiche adottate dal contribuente<sup>(400)</sup>. Viceversa, la sentenza *Ramsey Ltd v. Inland Revenue Commissioner* sarebbe espressione dell'opposto principio – molto simile a quello alla base della *step transaction doctrine*<sup>(401)</sup> – secondo cui «*if it can be seen that a document or transaction was intended to have effect as part of a nexus or series of transactions, or as an ingredient of a wider transaction intended as a whole, there is nothing in the doctrine to prevent it being so regarded*»<sup>(402)</sup>.

---

<sup>397</sup> EDEN, S., *United Kingdom*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 p. 326; HUFENDICK, T., SIMPSON, N., *A Comparison of U.S. and U.K. Tax Regimes*, in *The International Tax Journal*, 21, 1995, p. 5.

<sup>398</sup> *House of Lords*, 12 marzo 1981. È importante sottolineare che in tale pronuncia la Corte ha espressamente citato l'orientamento della giurisprudenza statunitense riferendosi, in particolare, alle sentenze *Knetsch v. United States* e *Gilbert v. Commissioner*. Al riguardo la *House of Lords* pur avendo preso atto dell'impossibilità di applicare l'*economic substance doctrine* nell'ambito del sistema fiscale del Regno Unito, si è tuttavia riferita a tali precedenti giurisprudenziali in quanto tali «*decisions do at least confirm me in the belief that it would be an excess of judicial abstinence to withdraw from the field now before us*».

<sup>399</sup> Cfr FROMMEL, S.N., *United Kingdom tax law and abuse of rights*, in *Intertax*, 2, 1991, p. 54 e pp. 60 e segg.; MORELLO, U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8. La sentenza in commento riguardava la seguente fattispecie: secondo la legislazione all'epoca vigente i salari pagati alla servitù non erano deducibili, mentre lo era le rendite vitalizie; pertanto, il Duca di Westminster decise di sostituire il pagamento dei salari costituendo delle rendite nei confronti di ciascun componente del proprio personale di servizio. Tuttavia, secondo l'Amministrazione finanziaria del tempo le citate rendite dovuto comunque essere considerata come dei salari agli effetti fiscali e, quindi, il loro ammontare non doveva essere considerato come deducibile. Secondo l'Amministrazione, infatti, la *sostanza* della fattispecie non era mutata, sebbene ne fosse cambiata la veste giuridico-formale.

<sup>400</sup> LIKHOVSKI, A., *The duke and the lady: Helvering v. Gregory and the history of tax avoidance adjudication*, in *Cardozo Law Review*, 25, 2004, pp. 963-964 nonché TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008, § 3.1.2.1.

<sup>401</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, p. 176.

<sup>402</sup> Per una ricostruzione dell'orientamento della *House of Lords* fino alla sentenza *Ramsay* si veda FROMMEL, S.N., *Tax Avoidance & the House of Lords: uncertainty as deterrent (Pt. I e II)*, in *Intertax*, 10 e 11-12, 1984, p. 378 e p. 435.

Tuttavia, come osservato dalla dottrina<sup>403</sup>), la sentenza *Duke of Westminster* non dovrebbe essere intesa nei termini di un generale rifiuto del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, poiché ciò che i giudici sembrano aver rifiutato è soltanto la prevalenza della sostanza intesa come realtà economica, ma non come realtà giuridica<sup>404</sup>). In tal senso sembra deporre lo stesso tenore letterale della sentenza in commento, ove si legge che «[h]ere the substance is that which results from the legal rights and obligations of the parties ascertained upon ordinary legal principles (...) the true nature of the legal obligation and nothing else is the substance». E in effetti nella citata sentenza *Ramsay* i giudici, dopo aver affermato il ricordato principio che rende legittima la riqualificazione in termini unitari di un'operazione artificialmente scomposta in una serie di passi formalmente autonomi, hanno precisato che «to do so is not to prefer form to substance, or substance to form. It is the task of the court to ascertain the legal nature of any transaction to which it is sought to attach a tax or a tax consequence and if that emerges from a series or combination of transactions, intended to operate as such, it is that series or combination which may be regarded». Da questo punto di vista la sentenza *Ramsay* si presta ad essere meglio colta nei termini di un'evoluzione, piuttosto che di una negazione, dell'approccio espresso nella precedente pronuncia *Duke of Westminster*<sup>405</sup>). Infatti, come affermato dalla stessa Corte della sentenza *Ramsay* «given that a document or transaction is genuine, the court cannot go behind it to some supposed underlying substance. This is the well-known principle of *Inland Revenue Comrs v Duke of Westminster*. This is a cardinal principle but it must not be overstated or over-extended (...) it does not compel the court to look at a document or a transaction in blinkers, isolated from any context to which it properly belongs».

Ciò non toglie che le Corti britanniche abbiano inteso in un'ottica di discontinuità le predette sentenze<sup>406</sup>). Testimonianza di ciò può essere rinvenuta nella sentenza *Furniss v. Dawson*<sup>407</sup>) del 1984, in cui i giudici, dopo aver ulteriormente ribadito il principio della

<sup>403</sup> TILEY, J., *Judicial anti-avoidance doctrines: some problem areas*, in *British Tax Review*, 3, 1988, p. 88.

<sup>404</sup> ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008 p. 4.

<sup>405</sup> TILEY, J., *Tax Avoidance Jurisprudence as Normal Law*, in *British Tax Review*, 4, 2004, p. 304 e p. 311.

<sup>406</sup> FROMMEL, S.N., *United Kingdom tax law and abuse of rights*, in *Intertax*, 2, 1991, p. 64.

<sup>407</sup> *House of Lords*, 9 febbraio 1984. La fattispecie su cui si sono pronunciati i giudici riguardava il caso di un contribuente che aveva costituito una società nell'Isola di Man per evitare il pagamento dell'imposta sui capital gain da cessione di partecipazioni. A tal fine le partecipazioni detenute dal contribuente in alcune società britanniche sono state conferite (ad un valore pari a quello della successiva cessione) in cambio di partecipazioni nella società costituita nell'Isola di Man e, nello stesso giorno, le partecipazioni conferite sono state cedute (al valore di conferimento) dalla società neocostituita ad una società britannica (ossi l'acquirente delle partecipazioni in origine direttamente detenute dal contribuente). L'operazione in questione non comportava alcun carico fiscale poiché il conferimento di partecipazioni era fiscalmente neutrale e la successiva cessione è stata effettuata dalla conferitaria per un prezzo pari al valore di carico (ossia di conferimento) delle partecipazioni cedute. L'Amministrazione finanziaria ha contestato l'operazione ritenendo che la stessa non fosse sorretta da un valido scopo commerciale e che, pertanto, le operazioni realizzate in serie di conferimento e successiva cessione di partecipazioni dovessero essere riqualificate in termini unitari, ossia come una unica operazione cessione di partecipazioni da parte del contribuente alla società britannica.

sentenza *Ramsay* declinandolo, altresì, nel più ampio principio di prevalenza della sostanza sulla forma, hanno affermato che «[t]his has been the approach of the United States Federal Courts enabling them to develop a doctrine whereby the tax consequences of the composite transaction are dependent on its substance not its form. (...) [T]he distinction between form and substance is one which can usefully be drawn in determining the tax consequences of composite transactions and one which will help to free the courts from the shackles which have for so long been thought to be imposed upon them by the *Westminster* cases».

Rispetto alla sentenza *Ramsay* vale la pena osservare che nel caso *Furniss v. Dawson* i giudici hanno espressamente ricollegato la possibilità di ricondurre ad unità una *step transaction* all'assenza di un valido scopo commerciale<sup>408</sup>. Nel dettaglio, i giudici hanno ricondotto la possibilità di procedere alla predetta riqualificazione alla presenza di due elementi: «[f]irst, there must be a preordained series of transactions; or, if one likes, one single composite transaction. (...). Secondly, there must be steps inserted which have no commercial (business) purpose apart from the avoidance of a liability to tax - not no "business effect". If those two ingredients exist, the inserted steps are to be disregarded for fiscal purposes. The court must then look at the end result».

Da questo punto di vista l'approccio elaborato dalla giurisprudenza Britannica presenta un'evidente vicinanza con quello della giurisprudenza statunitense, soprattutto con riferimento alle ipotesi di *economic sham*<sup>409</sup>. Tuttavia, nella successive sentenze *Macniven v. Westmoreland Investments Ltd.*<sup>410</sup> la *House of Lords* ha precisato che l'utilizzo del principio della *substance over form*, e più nello specifico della *economic substance*, non può essere inteso nei termini di una regola generale applicabile in ogni caso, poiché occorre sempre verificare, su base interpretativa, se i termini e concetti presenti nella formulazione degli *statutes* siano o meno stati utilizzati dal Legislatore secondo una loro accezione economica. Solo ove una tale verifica dia un esito positivo sarà possibile applicare l'approccio basato sulla prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica degli atti, altrimenti occorrerà attenersi quest'ultima in quanto l'opposto trattamento non risulterebbe conforme ad una corretta interpretazione degli *statutes*.

Muovendo da questo punto di vista le citate sentenze *Ramsay* e *Duke of Westminster* non sarebbero in contrasto, poiché come affermato nella pronuncia riguardante il caso *Westmoreland*, «[i]f "the legal position" is that the tax is imposed by reference to a legally defined concept, such as stamp duty payable on a document which constitutes a conveyance on sale, the court cannot tax a transaction which uses no such document on the ground that it achieves the same economic effect. On the other hand, if the legal position is that tax is imposed by reference to a commercial concept, then to have regard to the business "substance" of the matter is not to ignore the legal position but to give effect to it».

In tal senso gli approcci proposti nelle predette sentenze *Ramsay* e *Duke of Westminster* non sarebbero tra loro in contrasto poiché il primo si applicherebbe nei casi in cui

---

<sup>408</sup> Questo aspetto, infatti, pur presente nella sentenza *Ramsay* era stato sottolineato come minor puntualità.

<sup>409</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, p. 180.

<sup>410</sup> *House of Lords*, 8 febbraio 2001.

il Legislatore si sia riferito a “concetti economici”, mentre il secondo ai casi in cui si sia riferimento a dei “concetti giuridici”.

Nella sentenza *Westmoreland* è stato, infatti, sostenuto che «[t]he innovation in *Ramsay* was to give the statutory concepts of “disposal” and “loss” a commercial meaning. The new principle of construction was a recognition that the statutory language was intended to refer to commercial concepts, so that in the case of a concept such as a “disposal,” the court was required to take a view of the facts which transcended the juristic individuality of the various parts of a preplanned series of transactions»<sup>(411)</sup>.

Similmente, nella successiva sentenza *Barclays Mercantile Business Finance Limited v. Mawson*<sup>(412)</sup> è stato affermato che «if a statute laid down requirements by reference to some commercial concept such as gain or loss, it would usually follow that elements inserted into a composite transaction without any commercial purpose could be disregarded, whereas if the requirements of the statute were purely by reference to its legal nature then an act having that legal effect would suffice, whatever its commercial purpose may have been»<sup>(413)</sup>.

Al di là delle indubie questione che un simile approccio finisce per sollevare sul piano della certezza dei rapporti tributari – visto che appare impresa assai ardua poter stabilire in modo oggettivo se un certo termine è stato utilizzato dal legislatore secondo la sua accezione economica ovvero squisitamente legale<sup>(414)</sup> – ciò che sembra doveroso sottolineare, anche in relazione all’approccio sviluppato dalle Corti statunitensi e da paesi di *Civil Law* attraverso le categorie della frode alla legge ovvero dell’abuso del diritto, è che i rimedi antielusivi elaborati dalla giurisprudenza del Regno Unito non si presentano come un’alternativa ad un approccio basato sull’interpretazione del diritto positivo, ma anzi ne sono una specificazione essendo esperibili solo ove ciò sia consentito dal significato dei termini e concetti a cui il Legislatore intendeva riferirsi<sup>(415)</sup>. In altri termini, mentre l’*economic substance* ovvero il *fraus legi* o l’*abuse of rights* si prestano nei termini di dottrine o principi antielusivi non solo generali, ma anche soverchianti rispetto ai comuni canoni ermeneutici, nelle Corti Britanniche il contrasto alle condotte elusive risulta essersi sviluppato, superate le

---

<sup>411</sup> *House of Lords*, 8 febbraio 2001, § 32.

<sup>412</sup> *House of Lords*, 25 novembre 2004. In senso parzialmente difforme si può ricordare la sentenza della *House of Lords*, “*Internal Revenue Commissioners v. Scottish Provident Institution*”, 25 novembre 2004, § 19, in cui la controversia sarebbe stata risolta non tanto sulla base di un approccio interpretativo, ma su un apprezzamento delle finalità dell’operazione (che nel caso di specie non risultano assistite da un adeguato scopo economico-commerciale). Sul punto Gammie, M., *The judicial approach to avoidance: some reflections on BMBF and SPI*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008 pp. 35-36.

<sup>413</sup> *House of Lords*, 25 novembre 2004, § 38.

<sup>414</sup> THURONYI, V., *Comparative tax law*, L’Aia, 2003, pp. 180-181.

<sup>415</sup> ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008 p. 15; AULT, H.J., ARNOLD, B.J., *Comparative Income Taxation. A structural Analysis*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 167; TILEY, J., *Tax Avoidance Jurisprudence as Normal Law*, in *British Tax Review*, 4, 2004, p. 305, p. 308 e pp. 326-327.

iniziali incertezze, secondo un modulo opposto – ossia come un aspetto dell’interpretazione degli *statutes*<sup>(416)</sup>.

Dal punto di vista della giurisprudenza del Regno Unito l’elusione fiscale può, quindi, essere contrastata solo nella misura in cui, una volta che i fatti siano stati correttamente ricostruiti, quest’ultimi non risultino ricompresi nel campo di applicazione delle norme invocate dal contribuente, e non in quanto gli stessi, pur risulti conformi alle disposizioni legislative, manchino di un adeguata sostanza o finalità economico-commerciale. In tal senso appare chiaro quanto affermato nella ricordata sentenza *Barclays Mercantile* secondo cui «*cases such as these [Furniss v. Dawson] gave rise to a view that, in the application of any taxing statute, transactions or elements of transactions which had no commercial purpose were to be disregarded. But that is going too far*»<sup>(417)</sup>. Ed, infatti, a conclusione delle proprie riflessioni, la Corte della pronuncia in commento ha testualmente richiamato il principio sancito dalla sentenza *Collector of Stamp Revenue v Arrowtown Assets Ltd* della *Court of Final Appeal* di Hong Kong secondo cui «*the driving principle in the Ramsay line of cases continues to involve a general rule of statutory construction and an unblinkered approach to the analysis of the facts. The ultimate question is whether the relevant statutory provisions, construed purposively, were intended to apply to the transaction, viewed realistically*»<sup>(418)</sup>.

In quest’ottica l’approccio sviluppato dalla giurisprudenza Britannica a partire dalla sentenza *Ramsay* andrebbe nella direzione opposta a quella tanto della frode alla legge quanto della sostanza economica poiché in entrambe le ipotesi appena ricordate l’elusione fiscale viene ad essere qualificata – come visto – nei termini di una condotta il cui contrasto con il diritto positivo non emerge sul piano della sua interpretazione, ma su quello del contenuto di un principio più generale e soverchiante che impone di non salvaguardare gli effetti fiscali di operazioni che risultino prive degli effetti economici considerati dal Legislatore nell’introdurre talune norme ovvero che risultino dirette non al perseguimento di uno scopo commerciale ma a quello di creare le condizioni per disapplicare (*rectius*: aggirare) le norme fiscali maggiormente onerose<sup>(419)</sup>.

### 3. LA COSTRUZIONE LEGISLATIVA DELLA CLAUSOLA ANTELUSIVA GENERALE

Le considerazioni precedentemente svolte evidenziano due diversi approcci al problema dell’identificazione delle condotte elusive e, quindi, dell’individuazione del presupposto su cui incentrare la costruzione di una clausola antielusiva generale. Dal punto di vista dell’impostazione tradizionalmente assunta dalla dottrina nazionale appare, infatti, prevalente il riferimento alla categoria della frode alla legge – nonostante per alcuni ciò debba

---

<sup>416</sup> GAMMIE, M., *The judicial approach to avoidance: some reflections on BMBF and SPI*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008 p. 38; AULT, H.J., ARNOLD, B.J., *op. cit.*, p. 169.

<sup>417</sup> *House of Lords*, 25 novembre 2004, § 36.

<sup>418</sup> *House of Lords*, 25 novembre 2004, § 36.

<sup>419</sup> A tale riguardo va tutta rilevato che con il *Finance Act 2013* (parte V, art. 206-215) il Legislatore del Regno Unito ha introdotto una clausola antielusiva generale modellata sul concetto di abuso del diritto. Pertanto, le considerazioni appena svolte potrebbero richiedere un generale ripensamento alla luce delle modalità con cui le Corti del Regno Unito reagiranno all’introduzione della predetta clausola.

indurre a riconoscere l'esistenza di un generale principio antifrode, applicabile quindi anche in ambito tributario, mentre per altri richiede l'introduzione di una norma *ad hoc* modellata, per certi versi, sulla formulazione dell'art. 1344 c.c. Diversamente, la prospettiva suggerita dagli orientamenti giurisprudenziali sviluppati negli Stati Uniti e nel Regno Unito, seppur tra loro diversi per le ragioni indicate, si basa su un generale primato della sostanza (giuridica ovvero economica) sulla forma negoziale su cui il contribuente si era basato al fine di reclamare un determinato vantaggio fiscale.

Da questa prospettiva il problema della costruzione legislativa della clausola antielusiva generale sembrerebbe presentarsi nei termini di un problema di scelta tra i due poli in commento, ossia la frode alla legge e la prevalenza della sostanza sulla forma<sup>(420)</sup>.

Più di recente è stato però sottolineato come le attuali tendenze legislative siano sempre più espressione di un "approccio ibrido" caratterizzato da una compenetrazione e bilanciamento tra gli opposti poli appena ricordati, rendendo sempre più sottili le differenze tra le clausole antielusive generali adottate dai paesi di *Civil Law* e *Common Law* – tradizionalmente ancorati, rispettivamente, alle categorie della *fraus legi* e *substance over form*<sup>(421)</sup>.

È, infatti, un tratto ormai portante del *tax law design* quello di volgere lo sguardo all'esperienza maturata da altri Paesi al fine di rendere più efficiente ed efficace la normativa interna oggetto di introduzione ovvero riforma<sup>(422)</sup> – al limite giungendo ad un vero e proprio

---

<sup>420</sup> AVI YONAH, R., SARTORI, N., MARIAN, O., *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford, 2011, p. 420.

<sup>421</sup> SARTORI, N., *Politiche antielusive in un'ottica fiscale comparata: l'ascesa delle "forme ibride"*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 12, 2011, p. 13.

<sup>422</sup> Non pare, infatti, un caso se i recenti processi di revisione ovvero introduzione di clausole antielusive generali attuati in Sud Africa, India e Regno Unito – rispettivamente nel 2006, 2012 e 2013 – si sono diffusamente basati su una preventiva analisi e comparazione tra le omologhe norme presenti in altri Paesi. Con riferimento al Sud Africa si può osservare che nell'*Explanatory Memorandum on the Revenue Laws Amendment Bill 2006* (p. 63) il legislatore sudafricano, nell'ambito dell'illustrazione della nuova norma antielusiva generale adottata con tale atto, menziona espressamente la norma canadese come fonte d'ispirazione – soprattutto per quanto riguarda i criteri di individuazione delle condotte elusive. Nel caso dell'India, invece, la recente riforma che ha portato all'introduzione della clausola antielusiva generale ha coinvolto l'istituzione, in data 17 luglio 2012, di un Comitato di Esperti da parte del Governo dell'India con il compito di revisionare e proporre eventuali modifiche ed integrazioni alla clausola proposta. I lavori del citato Comitato sono poi stati pubblicati nel *Report on General Anti Avoidance Rules (GAAR) in Income-tax Act, 1961* (reperibile al seguente indirizzo: [http://finmin.nic.in/reports/report\\_gaar\\_itact1961.pdf](http://finmin.nic.in/reports/report_gaar_itact1961.pdf)). In tale *Report* si ravvisano numerosi riferimenti alle legislazioni straniere (si veda in particolare l'allegato n. 4 al *Report* denominato *Country Experiences with GAAR*) e soprattutto al processo di riforma adottato dal Regno Unito a cui il Comitato è attribuito particolare valenza soprattutto per individuare alcuni aspetti della clausola antielusiva proposta meritevoli di essere modificati (cfr. pp. 14-17 del *Report*). Proprio il Regno Unito ha, infatti, da oltre 10 anni avviato un procedura di consultazione per l'introduzione della clausola antielusiva generale in cui si è fatto ampio uso del metodo comparativo. Per una general ricostruzione di tale processo si veda *The Draft Finance Bill 2013: 1st Report of Session 2012-13* (pp. 10-52 - reperibile al seguente indirizzo: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldconaf/139/139.pdf>) si veda, in particolare, anche il recente documento *Gaar Study. A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system* (11 novembre 2011). Con riferimento, invece, alla recente riforma conclusasi nel 2012 della clausola antielusiva generale presente in Belgio si ravvisa un processo diverso atteso che non sono state (almeno espressamente) considerate le legislazioni straniere, ma direttamente l'orientamento della Corte di Giustizia Europea in tema di abuso del diritto. Infatti, nel *Projet*

trapianto legislativo delle norme di fonte estera<sup>(423)</sup>. Con specifico riferimento ai Paesi Comunitari va poi ricordata la recente raccomandazione della Commissione Europea<sup>(424)</sup> che ha esortato i Paesi membri ad adottare un modello *comune* di clausola antielusiva generale basata sul principio dell'abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia Europea<sup>(425)</sup>.

Tale impostazione del problema della costruzione legislativa della clausola antielusiva generale presenta una certa novità rispetto al tradizionale approccio seguito in passato dai vari ordinamenti.

Con riferimento all'Italia può essere sufficiente rilevare come nel passato la questione in commento si sia perlopiù sviluppata nei termini di un'alternativa rispetto all'utilizzo di norme antielusive specifiche<sup>(426)</sup>. Non può, infatti, essere trascurato come il lungo percorso che ha portato all'introduzione dell'attuale norma antielusiva (quasi)generale recata dall'art. 37-bis del D.P.R. 23 settembre 1973 n. 600 – di cui oggi si attende, peraltro, una revisione – sia più che altro il frutto di un bilanciamento tra istanze di natura esclusivamente legislativa riguardanti l'opportunità di superare il tradizionale approccio basato sull'utilizzo di norme *ad hoc* capaci di mutare uno specifico e particolare comportamento elusivo in uno evasivo espressamente vietato dall'ordinamento<sup>(427)</sup>.

Tuttavia, anche in questo caso, il risultato finale raggiunto – ossia l'art. 37-bis citato – non sembra essersi sottratto – come si dirà in seguito – al ricordato processo di ibridizzazione delle clausole antielusive generali<sup>(428)</sup>.

Non va però dimenticato come stia al contempo acquistando sempre più rilevanza il tema del ruolo della clausola antielusiva generale rispetto alle dottrine o principi antielusivi generali sviluppati dalla giurisprudenza. In molti ordinamenti, sia comunitari che extracomunitari, è, infatti, frequente la circostanza in cui l'introduzione ovvero la riforma della clausola antielusiva generale si presenta quale risultato di un adeguamento della legislazione agli approcci antielusivi sviluppati dalla giurisprudenza anche nell'ottica di

---

*de loi-programme* n. 2081/001 si afferma che «*il n'est pas opportun de modifier l'actuel dispositif anti-abus, tel que interprété et appliqué jusqu'à présent, sans prendre en compte la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans cette matière*» (p. 110).

<sup>423</sup> GARBARINO, C., *Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules in Theoretical inquiries in law*, 2, 2010, p. 765; WATSON, A., *Legal transplants*, Edimburgo, 1974, .

<sup>424</sup> *Raccomandazione della Commissione sulla pianificazione fiscale aggressiva*, n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012.

<sup>425</sup> Si potrebbe, inoltre, osservare che le più importanti fattispecie elusive hanno ormai perlopiù un'estensione di tipo transnazionale. In quest'ottica, un tendenziale processo di ravvicinamento nella formulazione delle clausole antielusive generali presenti nei vari ordinamenti non potrebbe che migliorare la lotta all'elusione fiscale veicolando, nonostante i confini nazionali, una qualificazione pressoché uniforme delle condotte elusive. In questo modo verrebbero, da un lato, ad essere ridotte le occasioni di arbitraggio e, dall'altro, ad essere favorite le misura di cooperazione internazionale come strumenti coadiuvanti alla lotta all'elusione fiscale.

<sup>426</sup> Allo stesso modo risulta, peraltro, essersi sviluppata la posizione del legislatore degli Stati Uniti e del Regno Unito.

<sup>427</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 195 e segg.

<sup>428</sup> AVI YONAH, R., SARTORI, N., MARIAN, O., *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford, 2011, pp. 108-109.

garantirne una maggior uniformità di applicazione – come ad esempio avvenuto negli Stati Uniti con la recente codificazione della *economic substance doctrine*<sup>429</sup>).

Da questo punto di vista il problema della costruzione legislativa della clausola antielusiva non sembra più porsi tanto nei termini dell'alternativa tra norme elusive generali e norme elusive speciali, ma piuttosto nei termini di un'alternativa tra norme generali di codificazione di dottrine o principi giurisprudenziali e norme generali con valenza innovativa e di superamento degli approcci sviluppati dalla giurisprudenza. Con riferimento all'Italia può, infatti, essere osservato che dopo l'affermazione da parte della Corte di Cassazione del generale e sovrachiantante principio dell'abuso del diritto, da intendersi quale regola antielusiva generalissima applicabile – anche d'ufficio – a tutti i settori del diritto tributario, la questione della clausola antielusiva generale risulta perlopiù percepita nei termini di un problema di codificazione finalizzato a garantire, se del caso, un recepimento legislativo del suddetto principio in modo da favorirne un'applicazione il più possibile uniforme e coerente con altri principi dell'ordinamento – soprattutto in tema di tutela del contribuente<sup>430</sup>).

Tale impostazione del problema appare, inoltre, in linea con quanto suggerito dalla ricordata raccomandazione della Commissione Europea con cui i Paesi membri sono stati invitati ad adottare una “clausola antiabuso” fondata sul recepimento, all'interno di ciascuna legislazione, di un principio giurisprudenziale quale quello dell'abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Pertanto, anche da punto di vista sovranazionale, i termini della questione riguardante la costruzione legislativa della clausola antielusiva generale dovrebbero essere declinati ponendo al centro dell'attenzione non più l'alternativa tra norme speciali e norme generali – ormai abbandonata anche da Paesi come il Regno Unito da sempre ostili all'uso di clausole generali<sup>431</sup> –, ma il diverso aspetto legato ai rapporti tra clausola antielusiva generale e principi ovvero dottrine antielusive di fonte giudiziale.

È chiaro, infatti, che nel momento in cui si ammette che la giurisprudenza possa indicare un rimedio antielusivo generale applicabile indipendentemente dalla presenza di una clausola antielusiva espressa a livello legislativo e a cui, in ogni caso, quest'ultima deve adeguarsi, si pone una questione riguardante il rapporto tra potere legislativo e potere giurisprudenziale che non può (e non deve) rimanere irrisolta.

Prendendo in prestito la terminologia propria del diritto comparato, si potrebbe affermare che il problema della clausola antielusiva generale, dacché in origine percepito

---

<sup>429</sup> ALTIERI, E., *La codificazione del principio dell'abuso del diritto in campo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2012, p. 903; MCMAHON, M.J., *Living with (And dying by) The Codified Economic Substance Doctrine*, in University of Florida Levin College of Law Research paper no. 2010-13, <http://ssrn.com/abstract=1623822>, p. 8; ROBERTSON J. F., *Codification of the economic substance doctrine*, in *Journal of Business Administration Online*, 2, 2010, p. 1.

<sup>430</sup> Si veda al riguardo disegno di legge di delega per la riforma complessiva del sistema fiscale approvato il 12 ottobre 2012 (atto Camera n. 5291 della XVI legislatura) nonché la proposta di legge dell'on. Zanetti del 15 maggio 2013 “Disposizioni concernenti il contrasto dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto in materia tributaria” (atto Camera n. 950 della XVII legislatura).

<sup>431</sup> COLEGATE-STONE, G., *Is a UK viable general anti-avoidance rule possible?*, in *International tax review*, 8, 2011, p. 16; FROMMEL, S.N., *United Kingdom tax law and abuse of rights*, in *Intertax*, 2, 1991, p. 54.



come un tema confinato nell'ambito del "formante legislativo", si pone ora come una questione di bilanciamento tra "formante legislativo" e "formante giurisprudenziale"<sup>(432)</sup>.

Pertanto, nel contesto attuale, dove ormai è considerato del tutto superata l'idea di contrastare le condotte elusive ricorrendo esclusivamente a delle norme speciali, la questione della costruzione legislativa di una clausola antielusiva generale pare doversi meglio cogliere dalla duplice prospettiva della circolazione internazionale dei modelli tributari e del conseguente rapporto tra formanti legislativi e giurisprudenziali.

### 3.1 *I principali modelli di riferimento: profili generali ed elementi comuni.*

Uno sguardo di insieme alle principali clausole antielusive generali varate dai principali ordinamenti stranieri consente di cogliere non solo l'importanza del fenomeno di "ibridizzazione" legislativa precedentemente accennato, ma di valutare anche l'eventuale esistenza di una sorta di struttura minimale di clausola antielusiva generale che potrebbe essere considerata come una sorta di *standard* di riferimento suscettibile poi di essere riadattato e integrato. Successivamente verrà compiuta un'analisi maggiormente dettagliata di alcune clausole antielusive presenti negli ordinamenti stranieri allo scopo di individuare alcuni spunti in base a quali svolgere talune considerazioni critiche sul modello di clausola antielusiva generale sinora adottato dal Legislatore nazionale e sulle sue possibili prospettive di riforma.

Attualmente le clausole antielusive generali (*general antiavoidance rules* o anche "GAAR") risultano presenti in molti ordinamenti stranieri tra cui: l'Australia, la Nuova Zelanda, Hong Kong, il Canada, il Brasile, il Belgio, la Cina, la Germania, l'India, l'Irlanda, la Francia, la Spagna, i Paesi Bassi, la Polonia, il Sud Africa e di recente anche il Regno Unito e, sebbene in un'ottica del tutto peculiare, anche gli Stati Uniti d'America<sup>(433)</sup>.

Da un punto di vista generale le suddette clausole presentano una struttura variagata e complessa generalmente suddivisa in disposizioni di natura sostanziale e procedimentale con cui, da un lato, vengono individuati gli elementi distintivi delle condotte elusive e le modalità di rimozione dei loro effetti fiscali, e, dall'altro, vengono definite una serie di garanzie in favore del contribuente rispetto all'azione Amministrativa – come l'ottenimento di un preventivo parere favorevole da parte di un organo indipendente o la possibilità di instaurare un contraddittorio anticipato. In alcuni casi le suddette disposizioni di carattere procedimentale investono anche la ripartizione dell'onere della prova tra contribuente ed Amministrazione nonché le specifiche conseguenze sanzionatorie derivanti dall'applicazione della clausola antielusiva generale.

---

<sup>432</sup>BARASSI, M., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di SACCHETTO, C., Torino, 2011 p. 47.

<sup>433</sup> A tale riguardo si rinvia allo studio pubblicato da Ernst & Young "GAAR rising. Mapping tax enforcement's evolution", 2013 ([http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA\\_rising/\\$FILE/GAAR\\_rising\\_1%20Feb\\_2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA_rising/$FILE/GAAR_rising_1%20Feb_2013.pdf))

Con riferimento alle disposizioni di tipo sostanziale, le clausole antielusive summenzionate risultano ruotare attorno alla presenza di tre elementi fondamentali<sup>(434)</sup>: i) l'identificazione di un disegno (*scheme*) ovvero di una costruzione (*arrangement*) o operazione (*transaction*) da qualificare come elusiva; ii) l'indicazione del presupposto giuridico delle condotte elusive; iii) l'utilizzo di un qualche "test" per verificare l'integrazione del predetto presupposto.

Il concetto di "schema", "costruzione" ovvero "operazione" è 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".

Ad esempio la norma antielusiva generale presente in Australia<sup>(435)</sup> fa uso della nozione di "schema" per intendere ogni accordo, organizzazione, intesa, promessa o impegno, espresso o implicito, sia esso o meno protetto (o suscettibile di essere tale) da norme e procedure legali, nonché ogni piano, proposta – anche unilaterale –, azione, corso di azione o condotta<sup>(436)</sup>. Nello stesso senso la clausola presente in Sud Africa<sup>(437)</sup> si riferisce al concetto di "schema" per intendere qualsiasi transazione, operazione, disegno, accordo o intendimento (sia che possa o non possa essere reso legalmente vincolante), inclusi tutti i passi o parti dello stesso e inclusi tutti gli atti che implicano l'alienazione della proprietà<sup>(438)</sup>. Similmente, la clausola presente in Nuova Zelanda<sup>(439)</sup>, ancorché faccia uso del termine "arrangement", si riferisce anch'essa ad una vasta categoria di mezzi con cui può essere raggiunto un certo scopo o effetto tra le parti, ivi inclusi gli accordi non vincolanti sotto un profilo legale, nonché le diverse fasi che hanno portato alla realizzazione di un più ampio disegno<sup>(440)</sup>. Anche la clausola antielusiva di recente introdotta in India<sup>(441)</sup> fa uso della

---

<sup>434</sup> COOPER, G.S., *International experience with general anti-avoidance rules*, in *Southern Methodist University Law Review*, 54, 2011, pp. 96 e segg.; SULAMI, O., *Tax Abuse - Lessons from abroad*, in *Southern Methodist University Law Review*, 65, 2012, p. 2; LAMPREAVE, P., *An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, 3, 2012, p. 153; PREBBLE, J., *Approaches to Tax Avoidance Prevention in Seven Asian Jurisdictions - A Comparison* in *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 15, 2009, p. 22; PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 4, 2008, p. 151; PREBBLE, J., *Trends in anti-avoidance legislation, in Asian-Pacific Tax and Investment Bulletin*, 9, 1991, p. 57; RUIZ ALMENDRAL, V., *Tax Avoidance and the European Court of Justice: what is at stake for European General Anti-Avoidance Rules?*, in *Intertax*, 12, 2005, p. 562 (in particolare pp. 561-562); ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 12.

<sup>435</sup> Part. IV A "Schemes to reduce income tax", in *Income Tax Assessment Act 1936*.

<sup>436</sup> Cfr. Part IV A, art. 177A, comma 1.

<sup>437</sup> Art. 80A-80L, *Income Tax Act 1962*

<sup>438</sup> Cfr. Art. 80L, *Income Tax Act 1962*

<sup>439</sup> Art. BG 1 "Tax avoidance", *Income Tax Act 2007* nonché Art. YA1 "Definitions", *Income Tax Act 2007*.

<sup>440</sup> Cfr. Art. YA1 "Definitions", *Income Tax Act 2007*

<sup>441</sup> Art. 95-102 e art. 144BA, *Income tax Act* (così come modificati dagli art. 40 e 59 del *Finance Bill 2012-2013*).

nozione di “*arrangement*” per riferirsi a qualsiasi tipo di transazione o disegno, ivi incluse le loro singole fasi, nonché agli accordi o intendimenti, indipendentemente dal fatto di essere vincolanti sul piano legale e ivi inclusi tutti i casi in cui venga ad essere alienato un diritto di proprietà. In una direzione simile si è poi recentemente orientato anche il Legislatore del Regno Unito che nell’introdurre una clausola antielusiva generale denominata *general antiabuse rule* si è riferito al concetto di “*arrangement*” riferendosi ad ogni accordo, intendimento, disegno, transazione o serie di transazioni (siano o meno legalmente vincolanti)<sup>(442)</sup>.

Diversamente, in altri Paesi come il Canada, la Francia, la Spagna o il Belgio, la clausola antielusiva non fa uso in modo espresso delle nozioni di schema o costruzione così come precedentemente definiti, ma si riferisce direttamente al concetto di operazione elusiva che, tuttavia, viene ad essere caratterizzata in termini molto ampi, ricomprendendovi in particolare anche le *step transactions*, con la conseguenza che un simile approccio – nonostante la diversità lessicale – può essere considerato sostanzialmente omogeneo a quello precedentemente esaminato – in entrambi i casi, infatti, l’effetto raggiunto è quello di introdurre un riferimento onnicomprensivo alle diverse “realità” negoziali utilizzabili nell’ambito di una condotta elusiva<sup>(443)</sup>.

Sul piano delle modalità dell’indicazione del presupposto giuridico delle condotte elusive si può, invece, osservare un minor grado di uniformità.

In primo luogo va osservato, come già accennato, che le clausole antielusive presenti nei Paesi di *Civil Law* hanno perlopiù attinto alla categoria della frode alla legge<sup>(444)</sup> e, più di recente da quella dell’abuso del diritto, mentre le omologhe norme presenti negli ordinamenti di *Common Law* si basano sul concetto di operazione priva di un’adeguata sostanza (in genere economica) ed il cui scopo prevalente o dominante è quello di conseguire un risparmio d’imposta<sup>(445)</sup>.

Con riferimento ai paesi di *Civil Law* si può, infatti, osservare come l’attuale formulazione della clausola antielusiva generale presente in Francia si basi su un espresso richiamo al concetto dell’*abus de droit* – riferito però anche alle ipotesi simulatorie – per individuare quelle fattispecie che, nonostante la loro legittimità sul piano civilistico, non meritano comunque alcuna tutela ai fini tributari in quanto dirette (soltanto) ad evitare l’applicazione di un regime fiscale più oneroso sfruttando una interpretazione letterale delle

---

<sup>442</sup> Artt. 206-215, *Finance Act* 2013, in particolare si veda l’art. 207.

<sup>443</sup> La ragione di questa diversità di impostazione può essere ricondotta al fatto che le clausole antielusive generali in cui vengono ad essere date delle definizioni esplicite dei concetti di “schema” ovvero “costruzione” appartengono a Paesi di *Common Law* dove, per tradizione, gli *statutes* sono concepiti come *lex specialis* risultando con ciò caratterizzati da un alto grado di precisione ed analiticità proprio perché tipicamente chiamati a regolare aspetti di dettaglio rispetto a quelli considerati dal *Common Law*. Sul punto VACCA, L., *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Milano, 2006, pp. 107-113.

<sup>444</sup> DI PIETRO, A., *Presentazione*, in *Elusione: esperienze europee tra l’uso e l’abuso del diritto tributario*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, pp. 276 e segg.

<sup>445</sup> BROWN, K.B., *Comparative Regulation of Corporate Tax Avoidance: An Overview*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 pp. 9 e segg.

norme<sup>(446)</sup>). Nello specifico, la norma in questione dispone che «*les actes constitutifs d'un abus de droit*» sono quegli atti che i) «*ont un caractère fictive*» oppure che ii) «*recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs*»; nel caso *sub ii*), la norma richiede inoltre che gli atti realizzati, per poter essere considerati abusivi, «*n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé*» e che il contribuente «*aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles*» qualora «*ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés*»<sup>(447)</sup>. Sebbene tale clausola antielusiva generale sarà oggetto di specifica analisi nel prosieguo, non può non rilevarsi sin da subito come la tradizionale categoria della frode alla legge, seppur riformulata in termini di “abuso”, sia alla base del concetto di “atto abusivo” *sub ii*).

Un simile approccio è ravvisabile anche in Belgio ove l'omologa norma si basa espressamente sul concetto di *abus fiscal* che – in continuità con l'approccio della Corte di Giustizia Europea – viene utilizzato per ricollegare l'elusione fiscale alla violazione degli obiettivi di una o più disposizioni tributarie. Infatti, secondo la norma in questione, «*il y a abus fiscal lorsque le contribuable*» avvalendosi di un'operazione, «*il se place en violation des objectifs d'une disposition ... en-dehors du champ d'application de cette disposition*» oppure «*il prétend à un avantage fiscal prévu par une disposition ... dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition et dont le but essentiel est l'obtention de cet avantage*».

Il concetto di “abuso” è, inoltre, richiamato anche nella norma antielusiva generale presente in Germania secondo cui il contribuente, al fine di conseguire un risparmio fiscale, non può aggirare la normativa fiscale tramite l'abuso delle varie forme giuridiche messe a disposizione dall'ordinamento<sup>(448)</sup>.

La clausola antielusiva generale presente nei Paesi Bassi – seppur caduta in disuso<sup>(449)</sup> – è, invece, espressamente modellata sulla categoria della frode alla legge<sup>(450)</sup> disponendo che il Fisco possa contestare quelle situazioni in cui il contribuente aggiri una o più

---

<sup>446</sup> Art. 64 A *Livre de Procédures Fiscales*.

<sup>447</sup> Come si osserva tale definizione di “abuso” presenta alcune criticità in quanto tende a far refluire la simulazione entro la (diversa) categoria giuridica dell'elusione fiscale.

<sup>448</sup> MARTINENGO, S., *L'abuso del diritto in Germania e il § 42 dell'Abgabenordnung*, in *Rass. trib.*, 3, 2010, p. 659; FISCHER, P., *L'esperienza tedesca*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, pp. 227 e segg.. A tale riguardo è bene rilevare che il concetto di abuso del diritto utilizzato nella norma antielusiva generale presente in Germania non presenta alcuna sovrapposizione con la diversa categoria della simulazione e a cui invece fa riferimento l'omologa norma francese nell'individuare una delle due tipologie di atti abusivi. Sul punto si rinvia a MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 239 (nota 182).

<sup>449</sup> VAN WEEGHEL, S., *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, Vol. 95a, Den Haag, 2010, p. 553.

<sup>450</sup> Si noti che la *fruas legis* è stato poi recuperata dalla giurisprudenza al fine di elaborare un principio antielusivo generale. Sul punto LUJA, R.H.C., *Netherlands*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, pp. 234-235.

disposizioni tributarie mediante la realizzazione di operazioni simili a quelle che altrimenti avrebbero comportato l'applicazione di norme tributarie meno favorevoli<sup>(451)</sup>.

Diversamente<sup>(452)</sup>, nelle clausole antielusive presenti in Australia e Nuova Zelanda<sup>(453)</sup>, e che sono state a vario titolo considerate degli *standard* di riferimento nella tradizione *Common Law*, non v'è alcun riferimento al concetto di abuso del diritto o frode alla legge essendo l'elusione fiscale direttamente ricollegata alla realizzazione di *schemi* che risultano prevalentemente o non incidentalmente diretti all'evitamento in tutto o in parte dell'imposta nonostante tale effetto sia perfettamente conforme agli *statutes* correttamente interpretati<sup>(454)</sup>. In tal senso la clausola antielusiva generale si presenta come una autonoma fonte di tassazione rispetto alle comuni norme impositive sostanziali in quanto si applica soltanto ove quest'ultime non siano applicabili e sia stato verificato che lo *schema* utilizzato dal contribuente sia prevalentemente diretto al conseguimento di un beneficio fiscale<sup>(455)</sup>. Anche la clausola adottata in Hong Kong – peraltro espressamente modellata su quella australiana<sup>(456)</sup> – si basa su questa impostazione<sup>(457)</sup>.

Da questo punto di vista acquista particolare importanza non più l'aspetto formale dello *schema* ma la sua sottostante sostanza, in quanto, negli ordinamenti in commento la tassazione in base alla clausola antielusiva generale avviene non solo attraverso una rimozione del beneficio fiscale indebito, ma anche grazie una ricostruzione della fattispecie secondo lo schema che sarebbe stato ragionevole attendersi tenuto conto delle circostanze e degli obiettivi del contribuente e degli altri soggetti coinvolti a vario titolo<sup>(458)</sup>. In altri termini, diversamente dai modelli basati sulla frode alla legge la fattispecie elusiva non viene tassata ripristinando gli effetti delle norme aggirate, ma attingendo direttamente alla clausola

---

<sup>451</sup> LUJA, R.H.C., *Netherlands*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di Brown, K.B., Washington, 2012, pp. 223 e segg.

<sup>452</sup> Tale differenza, come visto, si giustifica col fatto che nei paesi di tradizionale *Civil Law* l'elusione fiscale è vista come un problema ulteriore e distinto rispetto all'interpretazione del diritto positivo.

<sup>453</sup> Sulle similarità tra le due clausole si rinvia a PAGONE, G.T., *Parallel tax avoidance provisions: Australia and New Zealand*, 2012, pp. 2 e segg (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/find/publications/speech+-+paralle+tax+avoidance+provisions-+australia+and+new+zealand>).

<sup>454</sup> PAGONE, G.T., *Aspects of tax avoidance: trans-tasman observations*, in *Australian tax review*, 3, 2011, p. 145.

<sup>455</sup> PAGONE, G.T., *Tax avoidance in Australia*, Sydney, 2010, pp. 18 e segg.

<sup>456</sup> *High Court of Hong Kong*, “*Commissioner of Inland Revenue v. Yick Fung Estates Ltd*”, 30 ottobre 1998; *Court of final appeal*, “*Commissioner of Inland Revenue v. Tai Hing Cotton Mill*”, 4 dicembre 2007, § 17.

<sup>457</sup> *Hong Kong Inland Revenue Department*, *Departmental interpretation and practice notes*, 2006, n. 15, §39.

<sup>458</sup> PAGONE, G.T., *Aspects of tax avoidance: trans-tasman observations*, in *Australian tax review*, 3, 2011, p. 145; PAGONE, G.T., *Avoidance Law Developments*, relazione tenuta presso il *New Zealand Institute of Chartered Accountants* il 12 novembre 2011 (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/home/library/speech+-+avoidance+law+developments>), pp. 36 e segg. e pp. 57 e segg; PAGONE, G.T., *Tax Avoidance: Different Perspectives*, relazione tenuta nell'ambito del convegno STEP Asia Conference del 12 ottobre 2012, Hong Kong (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/find/publications/speech+-+tax+avoidance+different+perspectives>), p. 38.

antielusiva generale sulla base di un giudizio di ragionevolezza basato sulla sostanza dell'operazione<sup>(459)</sup>.

In tal senso verrebbe in rilievo un primo elemento di tipo ostativo alla possibilità di rinvenire un modello comune generalmente condiviso di clausola antielusiva generale, rendendosi invece maggiormente plausibile l'ipotesi di una pluralità di modelli da individuare e circoscrivere in base all'esistenza di alcuni elementi ricorrenti.

Come correttamente rilevato dalla dottrina, non va, infatti, dimenticato che sebbene ogni Paese possa trarre ispirazione dall'altro, le clausole antielusive generali sono tra loro in un certo qual senso "uniche" in quanto espressione non solo della tradizione giuridica da cui ciascun ordinamento promana, ma anche – e soprattutto – degli orientamenti al suo interno assunti dalla giurisprudenza, dall'Amministrazione fiscale nonché dalla dottrina e dalle reazioni e attitudini dei contribuenti rispetto al fenomeno dell'elusione fiscale<sup>(460)</sup>.

Tale quadro ricostruttivo pare, tuttavia, destinato a complicarsi – e in un certo senso a ridimensionarsi – se si tiene conto che in alcuni casi le clausole antielusive sono il risultato – come ad es. in Cina<sup>(461)</sup> – di un vero e proprio "trapianto" giuridico di clausole presenti in altri ordinamenti, mentre in altri casi sono state costruite attingendo con un certo eclettismo al complesso degli elementi rinvenibili nelle clausole presenti negli ordinamenti stranieri.

A tale riguardo sembrano rappresentative di tale ultimo fenomeno le clausole antielusive presenti in Canada, India e in Sud Africa e, per un certo verso, anche la clausola antiabuso di recente introdotta dal Regno Unito.

Con riferimento al piano attinente all'individuazione del presupposto delle condotte elusive, si può infatti osservare che la clausola presente in Canada stabilisce, da un lato, che si considerano elusive le operazioni che conducono, direttamente o indirettamente, ad un risparmio fiscale in assenza di uno scopo prevalente extrafiscale e, dall'altro, che tali

---

<sup>459</sup> Nel modello basato sulla frode alla legge la clausola antielusiva generale più che indicare i fatti imponibili ovvero esprimere un principio interpretativo antielusivo assolverebbe al compito di acconsentire il superamento della specifica realtà posta in essere dal contribuente, autorizzando la sua sussunzione (ai fini fiscali) entro un diverso modulo giuridico ritenuto "giusto" in quanto idoneo a garantire l'applicazione di un opportuno regime impositivo capace non solo di rimuovere in sé e per sé il risparmio fiscale indebito, ma anche di garantire un'equa. Tale operazione non sembra riconducibile ad un'opera interpretativa perché non riguarda direttamente il significato delle norme impositive con riferimento alla generalità dei casi in cui possono essere applicate, ma riguarda solo la loro applicazione ad un caso specifico e nel presupposto che lo stesso sia stato realizzato per aggirare una certa norma (*contra* FALSITTA, G., *Natura delle disposizioni contenenti "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37 bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2010, p. 519). Allo stesso modo l'operazione in commento non pare presentarsi nei termini di ricostruzione di fatti imponibili perché l'obiettivo non è quello di riquilibrare giuridicamente gli atti, i fatti e i negozi posti in essere dal contribuente – come ad es. nel caso della *sham transaction doctrine* –, ma di tassare quest'ultimo sulla base di quelle norme sostanziali che si sarebbero applicate ove il contribuente avesse agito in assenza del fine di eludere le imposte.

<sup>460</sup> ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008, p. 12.

<sup>461</sup> GARBARINO, C., *Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules in Theoretical inquiries in law*, 2, 2010, p. ; LAMPREAVE, M.P., *Anti-tax avoidance measures in China and India: an evaluation of specific court decisions*, in *Bulletin for International Taxation*, 1, 2013, p. 49.

operazioni, per poter essere considerate elusive, devono tradursi in un utilizzo improprio (*misuse*) delle norme tributarie che a vario titolo incidono sulla determinazione del carico tributario oppure devono dipendere da un abuso (*abuse*) del sistema tributario nel suo complesso<sup>(462)</sup>. Allo stesso modo la norma di recente adottata in India nell'indicare i diversi elementi costitutivi della fattispecie elusiva si riferisce, oltre al classico criterio dell' assenza di sostanza economica, anche al «*the misuse, or abuse, of the provisions*»<sup>(463)</sup>. Similmente, la norma antielusiva generale presente in Sud Africa richiede da un lato che «*an avoidance arrangement is an impermissible avoidance arrangement if its sole or main purpose was to obtain a tax benefit*» e dall'altro che l'*arrangement* «*would result directly or indirectly in the misuse or abuse of the provisions*»<sup>(464)</sup>. Nel Regno Unito, invece, si è fatto espresso riferimento al concetto di “abuso del diritto” disponendo che la norma antielusiva generale di recente introdotta con *Finance Act 2013* ha «*the purpose of counteracting tax advantages arising from tax arrangements that are abusive*»<sup>(465)</sup>.

Pertanto, nonostante le clausole antielusive in commento appartengano ad ordinamenti di *Common Law* appare evidente la commistione con gli elementi tipici delle omologhe norme presenti nella diversa tradizione *Civil Law* basate – come visto – sul concetto di abuso del diritto e frode alla legge.

Dal lato, invece, dei paesi di *Civil Law* si può volgere l'attenzione al caso della Spagna in cui la norma antielusiva generale di recente riformata prevede, quale condizioni di elusività di un'operazione, oltre al fatto di essere diretta al conseguimento di un risparmio fiscale, l'uso di schemi negoziali artificiosi che non producono effetti giuridici o economici diversi dal risparmio fiscale. Può, quindi, osservarsi una certa contaminazione tra la dottrina della frode alla legge e la *economic substance doctrine* <sup>(466)</sup> elaborata dalla giurisprudenza degli Stati Uniti visto che il *proprium* delle condotte elusive viene ricondotto o alla presenza di un abuso delle forme giuridiche o all'assenza di un'adeguata sostanza economica<sup>(467)</sup>.

L' “ibridismo” appena evidenziato sembra poi apparire con maggior fermezza sul piano dei “test” utilizzati dalle varie clausole antielusive generali per verificare l'integrazione del presupposto da cui dipende, ai sensi delle medesime clausole, l'elusività delle condotte considerate.

A tale riguardo si può osservare che la clausola antielusiva presente in Australia<sup>(468)</sup> impone di valutare la potenziale elusività di una certa fattispecie avendo riguardo ad una serie di elementi oggettivi che ruotano attorno i) alla presenza di valide ragioni economiche a

---

<sup>462</sup> Art. 245, Part XVI, *Income Tax Act*, 1985.

<sup>463</sup> Artt. 95-102 e ART. 144BA, *Income Tax Act* (così come modificato dagli art. 40 e 59 del Finance Bill 2012-2013).

<sup>464</sup> Artt. 80A-80L, *Income Tax Act* 1962.

<sup>465</sup> Artt. 206-215, *Finance Act* 2013.

<sup>466</sup> PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, p. 168.

<sup>467</sup> Un simile discorso, come si vedrà, può essere fatto con riferimento all'art. 37-bis in cui l'assenza di valide ragioni economiche – e quindi di un elemento desunto dalla giurisprudenza nordamericana – è entrato a far parte degli elementi costitutivi della fattispecie elusiva nazionale.

<sup>468</sup> Si veda art. 177D, Part IV A, *Income Tax Assessment Act* 1936.

supporto dello schema, ii) al rapporto tra forma e sostanza dello schema, iii) agli effetti (anche finanziari) dello schema per le parti, iv) ai rapporti tra le parti. Diversamente, l'omologa norma presente in Nuova Zelanda<sup>469</sup>) si riferisce soltanto alla presenza di scopi o effetti conformi a quelli riferibile ai normali rapporti d'affari o di famiglia. Un espresso richiamo alla sostanza commerciale è, invece, presente nella norma adottata dal Sud Africa<sup>470</sup>) la quale, tuttavia, si riferisce anche ai diversi criteri dell'anormalità dei percorsi negoziali adottati ovvero dei diritti e obbligazioni creati dalle parti. La clausola presente in India<sup>471</sup>) oltre ad utilizzare i criteri basati sull'anormalità dei negozi e diritti ed obbligazioni creati, fa uso del criterio dell'assenza di "sostanza commerciale" che viene a sua volta ricondotta alla presenza di una incoerenza tra forma ed effetti ovvero alla sussistenza di una serie di elementi oggettivi come ad es. la presenza di finanziamenti circolari o di transazioni che tra loro si elidono (in tutto o in parte). Viceversa, Paesi come il Canada, il Belgio, la Spagna e la Francia non risultano aver fatto riferimento a dei veri e propri *test* in qualche modo distinguibili dal diretto accertamento delle condizioni generali di elusività che costituiscono il presupposto stesso dell'applicazione della clausola antielusiva adottata. Un approccio intermedio, rispetto a quelli appena considerati, sembra ravvisabile nella recente norma antiabuso adottata dal Regno Unito in cui, più che ad una serie di *test* di elusività, si fa riferimento, da un lato, alla presenza di elementi indiziari – indicati in modo non tassativo, come ad es. la presenza di un profitto fiscale superiore a quello strettamente economico o la richiesta di un credito o di un rimborso fiscale che appare improbabile che venga pagato – dall'altro al cosiddetto "*double reasonableness test*" che si riferisce alla possibilità di sostenere – per escludere l'elusività – che la realizzazione dell'operazione poteva essere considerata come un corso di azione ragionevole; tale norma prevede, altresì, il ricorso ad elementi indiziari di non elusività come il rispetto della prassi consolidata dell'Amministrazione finanziaria ovvero che, al momento della realizzazione dell'operazione, quest'ultima era stata approvata dal Fisco.

Pertanto, al di là del fatto di poter accomunare tra loro talune clausole a seconda che facciamo o meno ricorso all'utilizzo di specifici *test* per verificare in modo obiettivo l'integrazione del presupposto che ne legittima l'applicazione, pare sussistere una generale contaminazione, spesso anche tra criteri tra loro assai eterogenei, che rende scarsamente plausibile un tentativo generalizzato di sistematizzazione. Anche perché, come visto, spesso le clausole antielusive presenti nei Paesi appartenenti, rispettivamente, alla tradizione di *Common Law* ovvero di *Civil Law* finiscono per inglobare elementi originariamente elaborati dall'opposta tradizione giuridica – si pensi al caso dell'utilizzo del criterio della sostanza economica o dello scopo economico-aziendale nei Paesi di *Civil Law* o al recente utilizzo del criterio dell'abuso dei in alcuni Paesi di *Common Law*.

In tale ottica – oggetto di successivo approfondimento nel caso della Francia, Spagna, Belgio, Nuova Zelanda, Australia, Sud Africa e Canada – non sembra possibile accogliere l'idea dell'esistenza di un modello comune di clausola antielusiva generale, risultando invece

---

<sup>469</sup> Si veda l'art. BG 1 e l'art. YA 1, *Income Tax Act* 2007.

<sup>470</sup> Si veda l'art. 80A, *Income Tax Act* 1962.

<sup>471</sup> Si veda artt. 96, *Income Tax Act*.



maggiormente plausibile l'idea di un bacino condiviso di principi, dottrine, categorie giuridiche e *test* a cui i diversi ordinamenti hanno variamente attinto dando vita ad una variegata congerie di clausole antielusive generali al più unificabili entro una pluralità di modelli a seconda che sia o meno riscontrabile la ricorrenza di un certo nucleo di caratteristiche base. A tale riguardo, si potrebbe in primo luogo parlare di un modello comunitario in quanto le clausole varate dai principali Paesi Membri risultano tutte fondate sulla categoria della frode alla legge ed abuso del diritto; ma allo stesso tempo, entro tale categoria, si potrebbero rinvenire dei sottomodelli a seconda che nella costruzione del presupposto applicativo della clausola antielusiva generale venga incluso il riferimento al caso specifico dell'abuso delle forme giuridiche oppure si rinvii più genericamente al mero aggiramento di obblighi e divieti. Passando, invece, ai paesi di *Common Law* si potrebbe ravvisare l'esistenza di due opposti modelli di clausola antielusiva, quello in origine sviluppato in Australia e Nuova Zelanda e quello di recente venuto in rilievo attraverso la norma di codificazione introdotta negli USA – basato cioè sul recepimento per finalità di chiarificazione di una preesistente dottrina o principio di elaborazione giurisprudenziale. Proseguendo lungo questa linea si potrebbe poi giungere ad affermare che la particolare struttura delle diverse clausole antielusive generali presenti in paesi come il Canada, Hong Kong, il Sud Africa e l'India, nonché in parte la Spagna, che – come visto – combinano tra loro elementi assai eterogenei, debba essere spiegata nei termini di un procedimento di ibridizzazione tra i diversi modelli di clausola antielusiva elaborati dalla tradizione *Common Law* e *Civil Law*<sup>(472)</sup>.

Muovendo da questa prospettiva non sembra che una corretta comprensione dei presupposti alla base della clausola antielusiva attualmente vigente in Italia e delle sue possibili prospettive di riforma possa essere raggiunta se non ponendo attenzione alle diverse esperienze al riguardo maturate dai prevalenti ordinamenti stranieri.

### 3.2 *Il ruolo della circolazione dei modelli tributari: dalla giurisprudenza alla legislazione*

In relazione al processo di progressiva combinazione e contaminazione dei diversi modelli giuridici di clausola antielusiva, merita di essere ricordato come da tempo la dottrina abbia posto l'accento sull'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica o, più in generale, delle discipline e modelli normativi rinvenibili in altri ordinamenti<sup>(473)</sup>.

A tale riguardo è stato distinto un utilizzo di tipo normativo ovvero dialettico della comparazione intendendo, nel primo caso, il rinvio a fonti esterne (extrastatali) ritenute vincolati per l'ordinamento interno, nel secondo caso, un uso debole della comparazione

---

<sup>472</sup> In alcuni casi, come si avrà modo di chiarire, tale circostanza è stata resa esplicita dallo stesso Legislatore nell'ambito dei lavori preparatori che hanno portato all'introduzione della clausola antielusiva generale

<sup>473</sup> Con riferimento all'esperienza italiana si rinvia a GAMBARO, A., *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, a cura di ALPA, G., Milano, 2004, nonché a CARRER, M., COMI, E., LORENZETTI, A., *Introduction to comparative tax law*, a cura di SACCHETTO, C. e BARASSI, M., Torino, 2011, p. 119, mentre per l'esperienza internazionale a CANIVET, G., ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D., *Comparative law before the Courts*, Londra, 2005, nonché a BOBEK, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013.

finalizzato perlopiù ad individuare un punto di vista alternativo attraverso cui verificare una certa proposta interpretativa<sup>(474)</sup>. Tipicamente l'uso normativo della comparazione è ammesso soltanto con riferimento al diritto internazionale e sul piano dei diritti fondamentali e dei cosiddetti “*original understanding*”<sup>(475)</sup>.

Viceversa, nell'ambito dell'uso dialettico della comparazione, lo scopo è quello di suggerire all'interprete, attraverso l'analisi di ordinamenti o istituti stranieri, paradigmi di ragionamento giuridico ovvero soluzioni empiriche già testate e funzionanti che sfuggirebbero, o non troverebbe adeguato conforto, muovendo da una lettura meramente interna del problema<sup>(476)</sup>. In tale ottica è stato osservato che l'uso della comparazione da parte delle Corti non sarebbe giustificato soltanto dal fatto di voler trovare un'ispirazione più ampia ai fini della soluzione del caso di specie, ma anche dall'esigenza di dover sviluppare - sempre su base interpretativa - in una certa direzione una determinata disciplina legislativa in attesa di una sua precisa riforma da parte del Legislatore<sup>(477)</sup>. L'approccio giurisprudenziale in questione non riguarda, però, i casi in cui il riferimento alle legislazioni straniere sia necessario per risolvere la controversia, ma esclusivamente quelli in cui, senza alcun obbligo, i giudici si sono riferiti a norme, discipline, istituti ovvero dottrine, presenti in altri ordinamenti quale ulteriore elemento di supporto - liberamente scelto - nelle proprie decisioni<sup>(478)</sup>. Solo in questi casi pare, infatti, potersi cogliere l'autorevolezza eventualmente esercitata da un “modello” straniero rispetto a quelli di fonte interna - visto che in tali casi il giudice, nonostante non vi fosse obbligato dalla legge interna, ha comunque deciso di riferirvisi<sup>(479)</sup>.

Così concepito - ossia secondo la sua accezione dialettica - l'uso dell'argomento comparatistico appare esperibile, senza particolari difficoltà, in ogni settore del diritto, ivi incluso il diritto tributario, essendo in radice esclusa la possibilità di tradurre tale approccio alla comparazione nel rinvenimento di fonti straniere ritenute vincolanti per l'ordinamento interno<sup>(480)</sup>.

Eppure, con riferimento alle corti superiori italiane (Corte Costituzionale e Corte di Cassazione) la dottrina ha riscontrato un limitato uso dell'argomento comparativo

---

<sup>474</sup> SMORTO, G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2010, pp. 228 e segg.

<sup>475</sup> SMORTO, G., *op.cit.*, p. 236.

<sup>476</sup> SMORTO, G., *op.cit.*, p. 229.

<sup>477</sup> BOBEK, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013, pp. 67-68. Per riferirsi ad una materia diversa dal diritto tributario costituiscono valido esempio al riguardo le sentenze in tema di testamento biologico ed eutanasia (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748) ovvero di stato civile del transessuale (C. Cost. 24 maggio 1985, n. 161).

<sup>478</sup> DROBNIG, U., *The use of Foreign Law by German Courts*, in *The Use of Comparative law by Courts*, a cura di DROBNIG, U. e VAN ERP, J., L'Aja, 1999 p. 131.

<sup>479</sup> BOBEK, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013, pp. 19-20, pp. 26-27 e p. 31. In altri termini, ci si riferisce a tutte quelle circostanze in cui il riferimento ai “modelli” giuridici stranieri ha una giustificazione che rinvia esclusivamente al loro valore persuasivo rispetto alla soluzione interpretativa adottata dal giudice - come ad es. nei casi in cui si voglia affermare l'esistenza di principi generali facendo leva sul fatto che sono riconosciuti nella maggioranza degli ordinamenti

<sup>480</sup> SMORTO, G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2010, pp. 237-239.

osservando, invece, un più ampio rinvio ai precedenti della Corte di Giustizia Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>(481)</sup>. Tale circostanza pare imputabile al fatto che rispetto al diritto interno le pronunce delle predette Corti hanno – come noto – una particolare forza applicativa: nel caso della Corte di Giustizia Europea in ragione del suo ruolo di garante dell'uniforme applicazione del diritto comunitario e, quindi, in virtù degli effetti esterni e sulla singola causa della procedura di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*<sup>(482)</sup>; mentre nel caso della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in quanto l'eventuale incompatibilità tra una norma legislativa ordinaria ed una della “*Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*” costituisce, secondo l'orientamento della Corte Costituzionale, una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1°, Cost.<sup>(483)</sup>.

Anche la Corte di Cassazione, seppur sporadicamente, risulta aver utilizzato l'argomento comparatistico. Esempi al riguardo sono stati individuati<sup>(484)</sup> nelle sentenza 24 luglio 2009, n. 17365 ove, in tema di prova per presunzioni semplici, si è fatto riferimento all'istituto tedesco del *Anscheinsbeweis* nonché nel filone giurisprudenziale<sup>(485)</sup> che nel tentativo di dare contenuto alla nozione domestica di stabile organizzazione – prima del sua definizione legislativa ai sensi dell'art. 162 *tuir* – ha fatto riferimento al significato dell'omologo concetto presente nel Modello di Convenzione OCSE ed oggetto di specifiche delucidazioni nel relativo Commentario<sup>(486)</sup>.

È però proprio con riferimento all'abuso del diritto in ambito tributario che si può osservare un utilizzo più deciso della comparazione giuridica<sup>(487)</sup>. Va, infatti, osservato che sin dalle prime pronunce in cui la Corte ha utilizzato il principio dell'abuso del diritto quest'ultima ha fatto espresso riferimento alla giurisprudenza americana e svizzera nonché alle clausole antielusive generali presenti in Germania ed in Francia proprio per avallare l'esistenza ed applicabilità nell'ordinamento nazionale del principio *de quo*<sup>(488)</sup>. Nella sentenza 4 aprile 2008, n. 8772 – precedente, quindi, alla sentenze “gemelle” 2008, nn. 30055, 30056, 30057 con cui è stato rinvenuto il fondamento costituzionale dell'abuso del

---

<sup>481</sup> GAMBARO, A., FERRARA, G.F., *The Italian Constitutional Court and Comparative Law. A Premise*, in *Comparative Law Review*, 1, 2010, p. 9.

<sup>482</sup> Tale procedura comporta, infatti, un effetto vincolate da per il giudice *a quo*, per le giurisdizioni superiori chiamate a pronunciarsi sulla medesima controversia nonché, in tutti i futuri casi, in cui venga in gioco la medesima questione interpretativa prospettata, e risolta, dalla Corte.

<sup>483</sup> C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349. Quindi i giudici nazionali, prima di sollevare una possibile questione di costituzionalità, risultano tenuti a verificare la presenza di una interpretazione che renda conforme la norma interna a quella internazionale.

<sup>484</sup> BARASSI, M., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di SACCHETTO, C., Torino, 2011 p. 59.

<sup>485</sup> Cass. sent., n. 10925/2002, n. 3889/2008 e n. 9166/2011.

<sup>486</sup> In tal caso va però tenuto presente che non si tratta di un caso in senso stretto di argomento comparativo in quanto il Modello di Convenzione OCSE ed il relativo commentario costituiscono al più un caso di *soft law* (cfr. CHRISTIANS, A., *Hard law, soft law and international taxation*, in *Wisconsin International Law Journal*, 25, 2012, p. 325).

<sup>487</sup> BARASSI, M., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di SACCHETTO, C., Torino, 2011 pp. 56 e segg.

<sup>488</sup> BARASSI, M., *op.cit.*, p. 57.

diritto – la Corte di Cassazione affermava, infatti, che «*tale concetto [quello di abuso del diritto], che prescinde totalmente dal concetto di frode, in quanto il suo presupposto è proprio la validità degli atti compiuti, è proprio anche di altre tradizioni giuridiche europee continentali. Per un significativo esempio si può utilmente richiamare il concetto di abuso di forme giuridiche ("Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten"), impiegato dal par. 42 della legge generale tributaria tedesca del 1977 (Abgabeordnung), il quale recita testualmente: "La legge fiscale non può essere elusa attraverso abuso di forme giuridiche ammesse. Se ricorre un abuso, la pretesa fiscale sussiste come se fosse presente una forma giuridica adeguata ai fatti economici". La sentenza 21221 del 29 settembre 2006 costituisce per altro solo l'espressione più articolata e compiuta di un indirizzo giurisprudenziale che può ormai dirsi pacifico*»<sup>489</sup>).

Di ancor più rilevanza appare, poi, la successiva sentenza del 17 ottobre 2008, n. 25374 ove la Corte si è riferita, oltre che alla clausola antielusiva generale tedesca, anche alla giurisprudenza svizzera, statunitense, francese ed irlandese.

Nel primo caso la Corte ha fatto presente che «*nella sentenza del 28 novembre 2005 la Corte Suprema svizzera ha espressamente riconosciuto l'esistenza di un principio non scritto di contrasto dell'abuso del diritto in materia fiscale (c.d. look - through clause)*».

Con riferimento agli Stati Uniti è stata, invece, espressamente citata la ricordata sentenza *Frank Lyon* affermando che «*anche la giurisprudenza nordamericana, pur rilevando l'origine di civil law dell'istituto, ha tempo riconosciuto l'esistenza di un principio dell'abuso del diritto, dovendosi aver riguardo al contenuto economico reale (substance doctrine) della transazione. Nella sentenza della Corte Suprema Frank Lyon Co. / United States, 435 U.S. 561 del 1978 viene affermato che deve essere riconosciuta soltanto "a genuine multiple - part transaction with economic substance compelled or encouraged by business or regulatory realities, imbued with tax independent considerations, and not shaped solely by tax avoidance features" ("una transazione tra più parti con sostanza economica imposta o suggerita da realtà degli affari o normative, impregnata da ragioni indipendenti da quelle fiscali, e non formata soltanto da aspetti di risparmio fiscale")*».

Rinviando ad un successivo esame la verifica della correttezza delle osservazioni della Corte in merito al significato dell'*economic substance doctrine* rispetto all'abuso del diritto, ciò che va sottolineato è che secondo i giudici di legittimità «*[l]a giurisprudenza americana [attraverso l'economic substance doctrine] superava, così, l'obiezione che l'enunciazione del principio al di fuori di un espresso riconoscimento normativo potesse costituire invasione della sfera del legislativo*».

Al riguardo, ciò che è interessante notare in questa sede è che il ragionamento comparativo è stato utilizzato non solo per trovare un appiglio all'affermazione di un principio all'interno dell'ordinamento nazionale, ma anche per giustificare l'utilizzo nel

---

<sup>489</sup> Si veda anche Cass. 21 aprile 2008, n. 10257.

silenzio del legislatore<sup>490</sup>). In ciò può, quindi, trovarsi conferma del fatto che l'argomento comparativo viene utilizzato anche per "svolgere" la legislazione interna in anticipo rispetto ad un possibile intervento legislativo volto a rendere esplicito ciò che, implicitamente, l'ordinamento già ammette.

Merita, inoltre, di essere sottolineato come la Corte abbia rinviato alla giurisprudenza americana anche per trovare ulteriore avallo al principio – poi divenuto una costante nelle pronunce sull'abuso del diritto – secondo cui al contribuente spetta solo la prova della presenza di ragioni economiche, mentre al Fisco quella dell'aggiramento di obblighi o divieti e della presenza di un vantaggio fiscale.

Si legge, infatti, nella citata sentenza che *«la dottrina della economie substance è stata applicata dalla Court of appeals for the Federal circuit in numerose decisioni recenti, fra le quali quattro importanti sentenze rese nel 2006 (Coltec Industries Inc; Black & Decker Corp.; TIFD III - E Inc.; Dow Chemical Company), nelle quali è stato confermato che l'onere della prova sul contenuto economico della transazione incombe al contribuente. Tali decisioni sono state confermate dalla Corte Suprema con sentenze rese il 20 febbraio 2007, nelle quali è stata rigettata la domanda di writ of certiorari (annullamento per illegittimità) degli atti impositivi»*. In tal caso può, quindi, dirsi che l'argomento comparativo è stato utilizzato per avallare una particolare rielaborazione della regola desumibile dall'art. 2697 c.c. in modo da definirne una ragionevole applicazione ai casi di elusione fiscale.

Proseguendo nel suo ragionamento comparatistico la Corte si riferisce, infine, alla norma antielusiva generale presente in Francia, quale ulteriore conferma dell'esistenza del principio in commento, affermando che in tale Paese *«l'abus de droit è espressamente contemplato dal titolo 4° del Livre des procédures fiscales (art. 64, art. 64, lett. A e art. 64, lett. B), recante l'intestazione "Procédure de repressimi des abus de droit»*. A tale riguardo viene poi fatto presente che, similmente a quanto intende raggiungere la Corte con l'affermazione del principio dell'abuso del diritto, *«Il comma 3 dell'art. 64 attribuisce all'amministrazione il potere di "restituer son véritable caractère a l'opération litigieuse" ("riattribuire la sua vera natura all'operazione litigiosa")»*.

Infine, quale ulteriore riprova della tesi per cui il principio dell'abuso del diritto avrebbe portata generale (cioè comune a più ordinamenti), la Corte ritiene opportuno riferirsi ad una sentenza dell'a Corte Suprema Irlandese in quanto di *«particolare interesse, perché emanata da una giurisdizione di un Paese membro della U.E., pur di tradizioni di common law»*; al riguardo la Corte si riferisce alla *“recentissima sentenza della High Court - Revenue Jurisdiction irlandese dell'11 giugno 2008 in causa E. Cussens e a. / Inspector of Taxes, nella quale si esamina l'impatto delle sentenze Halifax e Part Service nell'ordinamento nazionale, giungendosi alla conclusione che il principio del disconoscimento delle pratiche abusive ai fini di risparmio fiscale costituisce una regola operativa di immediata applicazione*

---

<sup>490</sup> Tale circostanza è stata espressamente sottolineata in FREEDMAN, J., *The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, p. 378.

*anche nell'ordinamento irlandese, pur trattandosi di un istituto nato nei sistemi di Civil Law, e pur in assenza di norme nazionali che lo riconoscano espressamente».*

I citati esempi sono stati giudicati valide esemplificazioni di un ragionamento comparatistico di particolare novità nel diritto tributario in quanto non si è trattato di mere citazioni, ma di indagini volta a stabilire l'esistenza diffusa in vari ordinamenti di un principio che vieta l'abuso del diritto tributario sulla base del presupposto che ciò che è esplicito in un certo ordinamento può essere implicito in un altro e che, quindi, la comparazione può rivelarsi utile proprio in tale ultimo caso per cogliere ciò che da una prospettiva interna potrebbe sfuggire o non essere adeguatamente colto (proprio perché implicito)<sup>(491)</sup>.

Un ulteriore esempio di argomento basato sulla comparazione giuridica può essere rinvenuto nella più recente sentenza del 21 gennaio 2011, n. 1372 per giustificare un approccio oculato all'abuso del diritto, ossia capace di salvaguardare gli spazi di legittimo risparmio d'imposta anche tenendo conto della molteplicità di ragioni economiche che possono giustificare una determinata operazione e che non possono essere ridotte a ragioni meramente induttrali. In tale sentenza la Corte ha, infatti, affermato che *«l'applicazione del principio deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività d'impresa. Tale esigenza è particolarmente sentita nei tempi recenti, nei quali si assiste ad un uso sempre più disinvolto dei c.d. tax shelters, e quindi ad una ricerca, comune a tutte le esperienze giuridiche, di individuale adeguate forme di contrasto, anche all'infuori di una codificazione della clausola generale anti abuso, come è avvenuto in Germania fin dall'inizio dello scorso secolo, col p.5 della Reichsabgabeordnung e, di recente, negli U.S.A., attraverso l'inserimento di apposite norme nel Health Care and Education Reconciliation Act of 2010».*

A partire da questa prospettiva comparata la Corte di Cassazione è, quindi, giunta ad affermare *«che il carattere abusivo deve essere escluso per la compresenza, non marginale, di ragioni extra fiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione, ma possono essere anche di natura meramente organizzativa, e consistere in miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa. Tale è la regola emergente dal sistema, sul modello comunitario, che prende in considerazione soltanto il contenuto oggettivo dell'operazione, a differenza di altri ordinamenti. Proprio la recente riforma U.S.A. già richiamata prevede che, per essere riconosciuta dal fisco, un'operazione deve avere, non solo "sostanza economica", ma anche "un fine di profitto (a business purpose)».*

Si può, pertanto, affermare che – anche in questo caso – l'argomento comparativo è stato utilizzato per avallare una specifica interpretazione del principio dell'abuso del diritto, o

---

<sup>491</sup> BARASSI, M., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di SACCHETTO, C., Torino, 2011, p. 57.

meglio del concetto di ragione economica che deve essere tenuto presente sul piano della concreta applicazione di tale principio.

Un ulteriore esempio di argomento comparativo può essere rintracciato nella sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Milano del 13 dicembre 2006, n. 278, in cui i giudici, al fine di meglio chiarire la *ratio* dell'art. 37-bis – di cui si discuteva l'applicazione nel caso *sub iucice* – hanno affermato che «*occorre richiamarsi alla dottrina e alla legislazione statunitensi, che hanno elaborato i due principi dell'"economic substance" e del "business pur pose", nell'applicazione dei quali si da peraltro largo margine alle interpretazioni di tipo evolutivo delle giurisdizioni tributarie locali americane, stanti e la necessità di collegamento e la necessità di enucleare i casi concreti*». In tale contesto la Commissione compie una vera e propria opera di comparazione – seppur sommaria – finalizzata, questa volta, non a giustificare l'esistenza di un principio implicito nel sistema interno, ma a meglio comprendere la *ratio* di una disciplina interna, quella recata dall'art. 37-bis, in quanto derivata dal recepimento di alcuni tratti salienti delle dottrine sviluppate dalla giurisprudenza americana. Ed, infatti, dopo aver ricostruito il contenuto delle predette dottrine<sup>492</sup>, peraltro in conformità con i più recenti orientamenti della giurisprudenza statunitense – e di cui si è già detto –, la Commissione afferma espressamente che «*questa disamina sommaria ha l'evidente scopo di meglio interpretare la normativa italiana di riferimento, la quale è debitrice di quella statunitense, in quanto i delineati principi sono*

---

<sup>492</sup> Al riguardo si riporta per intero quanto affermato dalla Commissione «*sul tema dei principi di base, che conviene esaminare in via prioritaria, occorre richiamarsi alla dottrina e alla legislazione statunitensi, che hanno elaborato i due principi dell'"economic substance" e del "business pur pose", nell'applicazione dei quali si da peraltro largo margine alle interpretazioni di tipo evolutivo delle giurisdizioni tributarie locali americane, stanti e la necessità di collegamento e la necessità di enucleare i casi concreti. Infatti, il primo principio, sempre nell'ambito della normativa e della giurisprudenza americane, perché le operazioni compiute siano riconducibili alla piena legittimità, esige che le stesse "abbiano una sostanza economica distinta dei benefici economici conseguiti solamente con la riduzione fiscale", non solo ma la sostanza economica dev'essere attuale e basarsi su profitti concreti e non "potenziali", e quindi esclude fra le cause esimenti il plusvalore semplicemente "latente". Il secondo principio, del business purpose, oltre alla verifica della sostanza economica, comporta anche un'indagine sulle motivazioni del contribuente, tesa a stabilire se in un'operazione "attività indipendenti da obiettivi di non tassazione" siano state combinate con una indipendente questione avente solo obiettivi di aggiramento fiscale. In conclusione, secondo l'impostazione statunitense del problema, "affinché non si verifichi elusione, l'operazione deve avere una motivazione economica reale e sostanziale (economic substance) e la relativa finalità (business purpose) deve realizzare un vantaggio economico a prescindere dal risparmio d'imposta. Comunque, il vantaggio economico, quando coesistente con il vantaggio d'imposta e sia superiore a questo, deve essere attuale e non potenziale (profit potential), il tutto nel rispetto della pianificazione fiscale (tax planning), normalmente lecita". I due principi, benché separati, sono dunque consustanziali, nel senso che hanno la stessa struttura concettuale, dal momento che tendono e sottolineare la convenienza economica dell'operazione rispetto all'effetto risparmio d'imposta, che ne può conseguire, ma nel secondo principio è sottesa la possibilità per il giudice di merito di soppesare la diversa valenza pratica tra la sostanza economica e il risparmio d'imposta. Infatti, nel sistema americano, perché si possa riconoscere legittimità e correttezza al comportamento del contribuente, la sostanza economica deve essere prevalente rispetto al risparmio d'imposta, nonché attuale e non potenziale. Questa disamina sommaria ha l'evidente scopo di meglio interpretare la normativa italiana di riferimento, la quale è debitrice di quella statunitense, in quanto i delineati principi sono stati compiutamente elaborati in quell'ordinamento e in quel luogo*».

*stati compiutamente elaborati in quell'ordinamento e in quel luogo. L'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 nasce dunque dai detti principi ed è il risultato finale di diversi tentativi del legislatore, o bocciati dal Parlamento (disegno di legge n. 1301/1988) o superati per ragioni diverse (come nel caso dell'art. 10 della legge n. 408/1990, che soprattutto introducendo il lemma "fraudolentemente" all'ipotizzato risparmio d'imposta, faceva ricadere l'elusione nell'ambito penale e rendeva così impossibile anche la semplice attività».*

Sulla base delle pronunce appena considerate si può, quindi, affermare che la giurisprudenza tributaria, seppur ancora timidamente, mostra un progressivo interesse verso un utilizzo dialettico del diritto comparato motivato sia dall'obiettivo di trovare conferme sovranazionali all'affermazione di principi non ancora legislativamente esplicitati nel sistema interno, sia da quello di meglio comprendere la *ratio* di istituti di fonte interna ma in larga parte mutuati da elementi desunti dagli ordinamenti stranieri e che quindi trovano ampio beneficio da una analisi della legislazione di "provenienza".

In entrambi i casi, il suddetto approccio giurisprudenziale pare favorire in modo non trascurabile la circolazione dei modelli tributari, ossia di un insieme di regole adottate da un diverso ordinamento quale soluzione ad un determinato problema (come ad es. quello dell'elusione fiscale)<sup>(493)</sup>.

È evidente, infatti, che tanto più la giurisprudenza, al fine di corroborare la soluzione data ad una certa controversia, si riferisce a principi, dottrine nonché norme antielusive generali di fonte straniera tanto più il loro contenuto, quanto meno sul piano del diritto vivente, verrà a diffondersi nell'ordinamento interno. Inoltre, se poi si aggiunge – come avvenuto ad es. in Francia, Spagna, Stati Uniti e in Belgio – che le clausole antielusive generali poi varate dal Legislatore si sono basate sugli approcci antielusivi elaborati dalla giurisprudenza, allora, ove quest'ultima abbia fatto uso di alcuni modelli variamente desunti dagli ordinamenti stranieri, ciò non potrà che incrementarne la circolazione internazionale – se non altro perché il Legislatore, sapendo che tali modelli sono non solo già noti ma approvati dalla giurisprudenza, potrà ritenersi maggiormente incline a considerarli come dei validi punti di riferimento<sup>(494)</sup>.

Con riferimento all'Italia la prospettiva appena suggerita appare dotata di una qualche fecondità non solo perché l'art. 37-bis contiene un implicito riferimento alle ricordate dottrine elaborate dalla giurisprudenza statunitense, ma anche perché l'elaborazione del principio dell'abuso del diritto compiuta dalla Corte di Cassazione, in cui – come visto – risulta presente una componente di tipo comparativo, è stata espressamente presa a modello dal Legislatore nazionale in un recente progetto di riforma dell'art. 37-bis stesso<sup>(495)</sup>.

---

<sup>493</sup> BARASSI, M., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di SACCHETTO, C., Torino, 2011, p. 49.

<sup>494</sup> Tant'è che, come già ricordato, i più recenti processi di riforma o introduzione di clausole antielusive generali sono stati attuati attraverso una preliminare indagine riguardante le omologhe clausole presenti in altri ordinamenti.

<sup>495</sup> Ci si riferisce alla proposta di legge dell'on. Zanetti del 15 maggio 2013 "Disposizioni concernenti il contrasto dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto in materia tributaria" (atto Camera n. 950 della XVII legislatura)



A tale riguardo va però tenuto presente – come già sottolineato – che nell’ambito dei Paesi Comunitari le spinte riformatrici della giurisprudenza sono più che altro il risultato dell’applicazione di principi di diritto elaborati dalla Corte di Giustizia Europea – come ad es. nel caso del Belgio di cui si dirà in seguito – e solo marginalmente di una rielaborazione di istituti ovvero discipline mutuata da altri ordinamenti.

Ad ogni modo, anche con riferimento ai Paesi comunitari, la prospettiva di indagine basata sulla circolazione internazionale dei modelli tributari non sembra perdere di rilevanza atteso che lo stesso concetto di abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia Europea presenta alcuni elementi di vicinanza con le dottrine giurisprudenziali sviluppate nel mondo anglosassone – come ad es. il riferimento al criterio della sostanza economica. Inoltre, la citata raccomandazione con cui la Commissione ha caldeggiato l’adozione di una *common anti-abuse rule* propone un modello di clausola antielusiva che – come si avrà modo di chiarire – costituisce una sorta di sintesi di taluni elementi ad oggi rinvenibili dal complesso delle clausole antielusive generali adottate dai principali ordinamenti (anche extraeuropei)<sup>496</sup>.

Pertanto, l’utilizzo della prospettiva comparata appare di estrema utilità anche ai fini di una corretta comprensione del modello di clausola antielusiva generale raccomandato dalla Commissione Europea<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> Tenuto conto delle osservazioni precedentemente svolte sui tratti essenziali delle varie clausole antielusive generali presenti nei diversi ordinamenti, si può, infatti, osservare come il modello di clausola raccomandato dalla Commissione – proprio come le predette clausole – si riferisca in primo luogo ad una nozione omnicomprensiva di “*arrangement*” intendendo con ciò qualsiasi transazione, schema, azione, operazione, accordo, riconoscimento, intesa, promessa, o evento, ivi incluse le *step transaction* (cfr. § 4.3). Allo stesso modo, la predetta raccomandazione nel dare conto del contenuto di “*artificial arrangement*” non fa altro che rinviare ai diversi *test* rinvenibili nelle clausole antielusive attualmente presenti di vari ordinamenti (come l’uso di forme abnormi, di operazioni circolari o *self-cancelling*, l’assenza di una sostanza commerciale etc.).

<sup>497</sup> Soprattutto nei casi in cui la disciplina che il giudice è chiamato ad applicare abbia subito, dal punto di vista della sua genesi legislativa, un forte influsso da parte di modelli desunti ad altri ordinamenti oppure sia il risultato di un trapianto giuridico o, comunque, si ponga in linea con le soluzioni adottate da altri Stati, il riferimento alle fonti straniere dovrebbe essere tenuto in maggior considerazione e, al limite, utilizzato – seppur in un’ottica meramente dialettica – per meglio interpretare ed applicare la disciplina interna.

## - Capitolo II -

### IL MODELLO DI CLAUSOLA ANTIELUSIVA ADOTTATO DAL LEGISLATORE NAZIONALE

SOMMARIO: **1.** La scelta di introdurre una clausola antielusiva semi-generale. – **1.1** Le iniziative legislative degli anni '80. – **1.2** L'art. 10 della L. n. 408/1990. – **2.** L'introduzione dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73. – **2.1** Il contenuto sostanziale dell'art. 37-bis. – **2.2.** Le valide ragioni economiche. – **2.3.** Le fattispecie sindacabili ai sensi dell'art. 37-bis. – **2.4.** La procedura di applicazione dell'art. 37-bis. – **2.5.** La giurisprudenza e il contraddittorio endoprocedimentale previsto dall'art. 37-bis.

#### 1. LA SCELTA DI INTRODURRE UNA CLAUSOLA ANTIELUSIVA SEMI-GENERALE

In sede istituzionale una prima valutazione dell'opportunità di introdurre una clausola antielusiva generale è stata compiuta, come già ricordato, nell'ambito dei lavori della Commissione Cosciani. In tale occasione l'ipotesi in commento venne esclusa sulla base di due critiche: da un lato la salvaguardia delle esigenze di certezza del diritto e, dall'altro, l'intangibilità del principio di autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c.<sup>(1)</sup>. Senza tornare sulla portata di tali critiche – di cui già si è detto –, va però osservato che all'epoca dei lavori della Commissione l'elusione fiscale non era ancora un fenomeno così pronunciato<sup>(2)</sup> tanto da giustificare i possibili rischi connessi all'introduzione di una norma antielusiva generale.

Viceversa, col dilagare all'inizio degli anni '80 delle varie operazioni elusive, realizzate soprattutto mediante fusioni di "bare fiscali", l'idea di introdurre una clausola antielusiva di tipo generale è stata riesaminata sotto un nuova luce da parte del Legislatore.

Si sono così avvicinate alcune proposte di legge – poi naufragati nel nulla – che è utile richiamare brevemente per meglio ricostruire la *forma mentis* con il Legislatore ha affrontato nel tempo la questione dell'introduzione di una clausola antielusiva generale. Come si vedrà si è progressivamente fatta largo l'idea di introdurre non una clausola antielusiva generale in senso stretto, ma a fattispecie predeterminate – ossia una clausola antielusiva semi-generale in cui fossero noti *a priori* i casi di possibile applicazione. Tale impostazione è stata poi definitivamente adottata con l'art. 10 della L. 29 dicembre 1990, n. 408 che ha per la prima volta dotato il sistema nazionale di una clausola antielusiva ad ampio spettro (sebbene non generale). Successivamente, con l'introduzione dell'art. 37-

---

<sup>1</sup> COSCIANI, C., *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, Milano, 1964, pp. 147-148.

<sup>2</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 129.

bis, il Legislatore ha proseguito il cammino iniziato varando una norma antielusiva che a tutti gli effetti avrebbe potuto svolgere il ruolo di clausola antielusiva generale in senso stretto, ma che nella formulazione legislativa è rimasta a livello soltanto embrionale risultando applicabile soltanto con riferimento all'utilizzo di determinate operazioni.

In tal senso non può che condividersi il giudizio espresso da parte della dottrina secondo cui «l'art. 37 bis è generato all'insegna di una contraddizione ossia di un "volere e pentere" insieme»<sup>(3)</sup>.

### 1.1 *Le iniziative legislative degli anni '80*

Da un esame della prima di tali proposte di legge, ossia la n. 3461 del 4 febbraio 1986<sup>(4)</sup>, ci si accorge di un tendenziale rovesciamento di prospettiva rispetto alla posizione della Commissione Cosciani. Nella relazione introduttiva alla suddetta proposta si legge, infatti, che il problema dell'elusione fiscale doveva essere ricollegato proprio all'eccessiva "tipizzazione" delle fattispecie imponibili che potevano, quindi, ben essere "abusate" dal contribuente sfruttando l'autonomia negoziale riconosciuta dal codice civile<sup>(5)</sup>. Pertanto – proseguono gli estensori della proposta di legge – l'approccio seguito con la riforma tributaria degli anni '70 – tutto incentrato su norme antielusive speciali – doveva ritenersi del tutto insoddisfacente, al pari dell'approccio seguito dalla prassi amministrativa dell'epoca di ricorrere alla categoria della nullità civilista.

Al fine di avvalorare le proprie tesi, gli estensori della proposta di legge in rassegna assegnavano grande importanza al fatto che molti ordinamenti stranieri (USA, Regno Unito, Germania, Svizzera e Francia) si erano già dotati con successo di approcci antielusivi di tipo generale<sup>(6)</sup> e che, pertanto, era opportuno che anche l'Italia si muovesse

---

<sup>3</sup> FALSITTA, G., *Natura delle disposizioni contenenti "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37 bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in Riv. dir. trib., 2010, 5, p. 534.

<sup>4</sup> *Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Piro, Formica, Rufolo, Colucci, Borgoglio, presentata il 4 febbraio 1986, con il titolo "Irrilevanza, agli effetti della determinazione del reddito complessivo, degli atti che hanno la loro causa esclusiva o principale nella riduzione dell'onere tributario"*

<sup>5</sup> Così la relazione illustrativa: «il codice civile regola un numero limitato di "tipi" contrattuali, lasciando ai privati la facoltà di stabilire i loro rapporti anche in forme libere, diverse da quelle tipizzate. La legge fiscale tende, invece, a collegare l'imposizione a fatti specifici: alle espressioni «tipizzate» dell'autonomia contrattuale. Di conseguenza, basta che l'autonomia contrattuale si esprima fuori dai "tipi" contrattuali - con contratti innominati od architetture contrattuali complesse eccetera - per consentire il salto dell'imposizione o per ridurre l'onere. È così che si manifesta l' "elusione" fiscale» (p. 1).

<sup>6</sup> Sul punto la relazione illustrativa afferma, infatti, che «in USA e Regno Unito, si prevedono forme molto intense di "disapplicazione" fiscale dei contratti posti in essere con finalità elusive. Molto pragmaticamente, tali contratti non vengono distrutti, a causa del loro contrasto con la ragione fiscale, anzi seguitano a produrre i loro effetti civilistici (così soddisfano le esigenze di autonomia e di certezza del traffico giuridico); solo non hanno effetti fiscali; in Germania, si consente agli uffici fiscali la «Wirtschaftliche Betrachtungsweise», che letteralmente è l'interpretazione dei contratti dal punto di vista non formale, ma economico; in Svizzera, in caso di contratti sospetti è previsto un rovesciamento dell'onere della prova: è il contribuente che deve dimostrare l'esistenza di una causa contrattuale plausibile ed autonoma, diversa da quella elusiva; in Francia i contratti sospetti subiscono lo stesso trattamento, prevedendosi una procedura di sindacato che comprende l'intervento di esperti

nella stessa direzione e si dotasse di una norma antielusiva generale che «*ten[esse] conto delle esperienze straniere, sintetizzandole nella forma migliore*»<sup>(7)</sup>.

Tuttavia, nonostante le premesse appena ricordate, la norma proposta non fu accolta poiché giudicata largamente insoddisfacente<sup>(8)</sup> atteso che si risolveva in una semplicistica identificazione dell'elusione fiscale con gli atti – di cui si prevedeva l'“irrelevanza” agli effetti del Fisco – aventi la loro causa esclusiva o principale nella riduzione dell'onere tributario<sup>(9)</sup>.

Successivamente, il 5 agosto 1988, veniva presentato il disegno di legge n. 1301 (d'impulso governativo) volto anch'esso a dotare l'ordinamento nazionale di una clausola antielusiva generale sul modello di quella allora presente nei principali ordinamenti stranieri. Anche in questo caso, infatti, nella relazione illustrativa del disegno di legge figurano numerosi riferimenti alle legislazioni straniere quale testimonianza della strada maestra su cui l'Italia avrebbe dovuto collocarsi quanto prima. Proseguendo l'impostazione adottata con il precedente progetto di riforma, gli estensori del disegno di legge in questione si sono riferiti alle norme presenti in Germania, Francia, Regno Unito, Australia, Austria e Stati Uniti d'America. In seguito all'esame di tali norme i promotori della riforma si sono orientati verso una concezione del rimedio all'elusione fiscale basata sull'equivalenza in termini di sostanza economica tra la fattispecie elusa e quella realizzata in concreto dal contribuente. Appare, quindi, evidente l'influsso soprattutto degli approcci giurisprudenziali sviluppati nel Regno Unito e, in particolare, negli Stati Uniti. Al riguardo è interessante notare che per gli estensori del disegno di legge la scelta di tale impostazione avrebbe consentito di salvaguardare la compatibilità con la riserva di legge *ex art. 23 Cost.* della proposta norma antielusiva generale. Si legge, infatti, nella relazione al disegno di legge che «*il sistema adottato (...) deve ritenersi perfettamente compatibile con la disciplina costituzionale ed in particolare con la riserva di legge (di natura relativa secondo la dottrina dominante) prevista in materia tributaria. Ed infatti (...) si è provveduto ad indicare precisi criteri in base ai quali vanno individuate le ipotesi di elusione d'imposta (...) [e] si è stabilito che il trattamento fiscale da riservare alle stesse deve essere quello già previsto dal legislatore ordinario per fattispecie assimilabili sotto il profilo della sostanza economica*». Come si vedrà in seguito tale ipotesi non sembra, tuttavia, del tutto convincente in quanto il diretto riferimento alla

---

*indipendenti*» (p.2).

<sup>7</sup> Relazione illustrativa alla proposta di legge n. 3461/1986, p. 2.

<sup>8</sup> In particolare, durante l'*iter* parlamentare, le principali critiche al riguardo sollevate sottolineavano l'eccessivo potere discrezionale che la norma in questione avrebbe conferito all'Amministrazione finanziaria Cfr. (TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 131).

<sup>9</sup> Si riporta di seguito il testo della norma proposta: «*dopo l'articolo 41 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, è aggiunto il seguente: "ART. 41-bis. - Gli uffici delle imposte, in base ad autorizzazione motivate del competente Ispettorato compartimentale delle imposte dirette, possono considerare irrilevanti, agli effetti della determinazione del reddito complessivo, gli atti che hanno la loro causa esclusiva o principale nella riduzione dell'onere tributario. La presente norma si applica agli atti posti in essere durante il periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore della presente legge"*».

sostanza economica non pare sufficiente per assicurare che il fatto imponibile di partenza (cioè quello derivante dalla condotta elusiva) sia ricostruito conformemente ai criteri impositivi fissati *ex lege* dal Legislatore che, come osservato, sono di natura prevalentemente giuridica o al massimo economico-giuridica (ma non squisitamente economica).

Sul piano, invece, della costruzione della fattispecie elusiva generale il presente disegno di legge introduce alcune importanti novità rispetto alla precedente ipotesi di riforma. In primo luogo, la norma in questione si riferisce non più ai singoli atti, ma anche a più atti giuridici tra loro collegati. In questo modo la norma sarebbe risultata applicabile anche alle cosiddette *step transactions* precedentemente esaminate<sup>(10)</sup>. Nella relazione illustrativa veniva, infatti, osservato che *«il nostro sistema di diritto civile lascia amplissimo margine di autonomia privata che può estrinsecarsi attraverso strumenti negoziali non riconducibili ai negozi previsti dal codice civile (contratti innominati). Peraltro, anche nell'ambito dei contratti tipici, la pratica ha dimostrato come sovente il collegamento negoziale o i procedimenti indiretti costituiscono un agevole sistema per evitare l'insorgere di fattispecie fiscalmente rilevanti, ovvero per ridurre l'incidenza economica»*. Tuttavia, il maggior aspetto di novità, rispetto alla precedente ipotesi di riforma, può essere rinvenuto nell'obiettivo del presente disegno di legge di introdurre una norma antielusiva generale ma a fattispecie predeterminate. Il comma secondo della proposta norma prevede, infatti, che *«con decreto del Ministero delle Finanze, su conforme parere del Consiglio di Stato, sono indicate le categorie di atti e le condizioni in presenza delle quali si ha elusione di tributo»*. Appare, quindi, evidente che la norma in questione, nonostante la sua vocazione “generalista”, finisce per tradursi in una clausola antielusiva soltanto “semi-generale” proprio perché la sua concreta applicabilità viene ad essere limitata solo a taluni specifici casi. Come si apprende dalla relazione illustrativa del citato disegno, tale scelta è stata ritenuta funzionale a garantire che l'individuazione delle fattispecie elusive non fosse rimessa alla discrezionalità dell'Ufficio accertatore o al giudice, ma ad un potere sovraordinato. Come si vedrà tale impostazione costituirà l'asse portante delle norme antielusive “generali” varate nel corso degli anni '90.

In data 8 marzo 1989 veniva, infine, presentato il disegno di legge delega n. 3705 anch'esso motivato, come si legge nella relazione introduttiva, da una generale presa d'atto riguardante la tendenziale inefficacia delle disposizioni antielusive speciali ed il fatto che *«il nostro ordinamento è uno dei pochi, tra quelli dei Paesi occidentali, a non avere una disposizione di carattere generale che abbia una specifica finalità antielusiva»* <sup>(11)</sup>. Ed, infatti, nella relazione illustrativa al disegno di legge delega figurano circoscritti e

---

<sup>10</sup> Si veda art. 31 del disegno di legge n. 1301/1988 secondo cui *«si ha elusione quando le parti pongono in essere uno o più atti giuridici tra loro collegati al fine di rendere applicabile una disciplina tributaria più favorevole di quella che specifiche norme impositive prevedono per la tassazione dei medesimi risultati economici che si possono ottenere con atti giuridici diversi da quelli posti in essere»*.

<sup>11</sup> Relazione illustrativa alla proposta di legge n. 3461/1986, p. 1.

precisi riferimenti alle soluzioni all'epoca adottate in Germania, Francia, Australia, Regno Unito e Stati Uniti su cui gli estensori del disegno hanno fatto affidamento per avvalorare ulteriormente l'introduzione di una norma antielusiva generale nel nostro ordinamento. Nella loro versione definitiva i criteri direttivi della delega prevedevano che l'elusione fiscale fosse ricollegata all'utilizzo di atti e negozi giuridici, anche tra loro collegati, al fine prevalente di evitare in tutto o in parte l'applicazione del tributo. Rispetto alla precedente proposta di legge veniva prevista non solo la inopponibilità al Fisco degli atti e negozi elusivi, ma anche il potere dell'Amministrazione di rideterminare le imposte dovute sulla base delle norme aggirate. In tal caso, veniva però richiesto un preventivo parere da parte dell'Avvocatura dello Stato ed una specifica motivazione dell'avviso di accertamento, pena la sua nullità. Comincia, quindi, a farsi largo l'idea che nell'ambito del procedimento di accertamento antielusivo è necessario garantire delle specifiche forme di tutela in favore del contribuente, qui rappresentate dal preventivo parere dell'Avvocatura e dalla specifica motivazione dell'avviso.

Alla luce del breve esame delle iniziative legislative appena considerate è possibile svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo, va rilevato che i progetti di legge appena esaminati si presentano tutti come dei tentativi di trasporre in ambito tributario il modello di norma antielusiva basata sulla frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c.<sup>(12)</sup>. Ciò conferma, come anticipato, che per il Legislatore nazionale il principale punto di riferimento nell'elaborazione dei presupposti teorici dell'elusione fiscale è rappresentato dalla categoria giuridica della frode alla legge.

Inoltre, è possibile osservare che alcuni degli elementi alla base delle varie formulazioni della clausola antielusiva recate dalle predette proposte costituiranno degli aspetti ricorrenti nelle successive norme varate negli '90. Tali elementi sono rappresentati, da un lato, dal riferimento non solo agli atti giuridici in quanto tali, ma anche alle loro combinazioni e, dall'altro, dall'idea di limitare il campo di applicazione della clausola a determinate fattispecie o comunque di non consentire una loro libera identificazione da parte degli Uffici periferici<sup>(13)</sup>. In tal senso, il Legislatore nazionale risulta aver preferito una concezione "semi-generale" della clausola antielusiva ritenendo che diversamente operando sarebbe stata minata la certezza dei rapporti tributari. In ciò non può però che riscontrarsi una tendenziale presa di distanza dai modelli di clausola antielusiva rinvenibili negli ordinamenti stranieri e a cui, come visto, lo stesso Legislatore aveva rivolto la propria attenzione. Inoltre, un ulteriore elemento comune alle proposte di legge appena considerate è rappresentato dal fatto che la "sanzione" prevista per le fattispecie elusive non è in alcun modo la nullità dell'atto-mezzo, ma soltanto la sua inefficacia nei confronti del Fisco.

---

<sup>12</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 137.

<sup>13</sup> TABELLINI, P.M., *op.cit.*, p. 136.

## 1.2 L'art. 10 della L. n. 408/1990

Constatata la sostanziale inadeguatezza degli approcci precedentemente considerati, il Legislatore ha introdotto, all'art. 10 della L. 29 dicembre 1990, n. 408<sup>(14)</sup>, la seguente disposizione: «è consentito all'amministrazione finanziaria 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»<sup>(15)</sup>.

La formulazione della norma in commento conferma, evidentemente, la volontà del Legislatore di orientarsi in favore di una clausola antielusiva soltanto "semi-generale"<sup>(16)</sup>, ma segnala altresì un importante punto di svolta in quanto compare per la prima volta il parametro di natura empirica<sup>(17)</sup> dell'assenza di valide ragioni economiche (sulla falsa riga del *business purpose test*) quale elemento di segno negativo del fatto elusivo che, se presente, ne impedisce la costituzione. Infatti, ai sensi della norma in questione la stessa risulta applicabile, ricorrendo le operazioni da essa menzionate, allorché siano congiuntamente soddisfatti due distinti requisiti: l'assenza di "valide ragioni economiche" e la presenza dello "scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta"<sup>(18)</sup>.

Sul piano del requisito delle valide ragioni economiche la citata disposizione risulta, evidentemente, ispirata alla Direttiva del 23 luglio 1990, n. 434, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli altri

---

<sup>14</sup> Tale norma è stata poi modificata dall'art. 28 della legge 23 dicembre 1994 n. 724 e dall'art. 3, comma 26, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 per effetto dei quali, a partire dal 1° gennaio 1997, si prevede che «è consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessioni di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta». È stato quindi eliminato il riferimento al costo delle partecipazioni sociali ed è stata ampliata la platea di operazioni rilevanti (tra cui sono state incluse la cessione d'azienda, la cessione di crediti, la cessione o valutazione di valori mobiliari, la valutazione di partecipazioni nonché la liquidazione). Peraltro, con l'art. 1, comma 16, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 543 era stato disposto che «le disposizioni dell'art. 10 della legge 29 dicembre 1990, n. 408, sono da interpretare nel senso che si applicano anche alle operazioni di scissione, disconoscendosi in ogni caso i vantaggi tributari nell'ipotesi di scissioni non aventi per oggetto aziende o complessi aziendali, anche sotto forma di partecipazioni, ovvero in quelle di assegnazione ai partecipanti di ciascuno dei soggetti beneficiari di azioni o quote in misura non proporzionale alle rispettive partecipazioni nella società scissa».

<sup>15</sup> Sul punto è stato osservato che la norma *de qua* riproduce quasi esattamente, almeno nei suoi tratti essenziali, il testo dell'art. 9, comma 3°, del disegno di legge n. 5108 del 1990 riguardante la riforma dell'art. 123 t.u.i.r., relativo alla fusione di società (TABELLINI, P.M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta. Il problema della "titolarità ingannevole" di redditi*, Padova, 1995, p. 201).

<sup>16</sup> CIPOLLINA, S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 233 e segg.

<sup>17</sup> CIPOLLINA, S., *op.cit.*, p. 234.

<sup>18</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, pp. 1765 e segg. TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 141-142.

scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi<sup>(19)</sup>. Il testo dell'art. 11, comma 1, lettera a) della citata Direttiva dispone, infatti, che uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni dei titoli II, III e IV o revocarne il beneficio qualora risulti che l'operazione di fusione, scissione, di conferimento d'attivo o di scambio di azioni ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale: il fatto che una di tali operazioni non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale.

Tuttavia, rispetto a tale norma, l'art. 10, della L. n. 408/1990, presenta alcune rilevanti differenze. In particolare, si deve sottolineare il mancato recepimento delle finalità di razionalizzazione e ristrutturazione come esempi dei valide ragioni economiche nonché il tassativo restringimento dell'ambito elusivo alle operazioni poste in essere senza valide ragioni economiche. La norma non specificava, però, secondo quale modalità doveva essere condotta l'indagine intorno alla presenza delle valide ragioni economiche, ossia se doveva farsi riferimento ad un confronto tra le conseguenze economiche dell'operazione realizzata e quella alternativa oppure se doveva essere presa in considerazione l'intenzione del contribuente<sup>(20)</sup>.

Un ulteriore elemento di novità rispetto alle precedenti proposte legislative (oltre che alla ricordata direttiva) è rappresentato dall'utilizzo dell'avverbio "fraudolentemente" per qualificare ulteriormente le modalità con cui il vantaggio fiscale doveva essere conseguito affinché potesse dirsi elusivo. Sul punto si era sviluppato un dissidio in dottrina tra chi riteneva che tale avverbio dovesse essere interpretato secondo la sua accezione penalistica<sup>(21)</sup>, ossia rinviando alla presenza di un artificio ovvero raggirio, oppure come un generale richiamo alla frode alle legge come se l'art. 10 fosse una trasposizione in ambito fiscale dell'art. 1344 c.c. <sup>(22)</sup>. La questione si è però rapidamente risolta in favore della seconda ipotesi atteso che diversamente i confine tra elusione ed evasione (frode fiscale) sarebbero stati irrimediabilmente confusi – con evidente

---

<sup>19</sup> Tale parallelismo tra le due normative è rilevato in TABELLINI, P.M., *op.cit.*, pp. 138-139.

<sup>20</sup> TABELLINI, P.M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta. Il problema della "titolarità ingannevole" di redditi*, Padova, 1995, p. 199. Sul punto l'aspetto che pare interessante osservare ai fini della presente indagine è che il requisito delle valide ragioni economiche, sebbene culturalmente noto al Legislatore nazionale – se non altro per il costante riferimento all'approccio degli Stati Uniti all'elusione fiscale presente nelle ricordate iniziative legislative degli anni '80 – veniva però ad essere utilizzato soltanto dopo che il legislatore comunitario ne aveva fatto espresso uso nell'ambito della ricordata Direttiva.

<sup>21</sup> TOPPAN, A., *Elusione fiscale e sanzioni penali*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 205; TRIVOLI, A., *Contro l'introduzione di clausola generale antielusiva nell'ordinamento vigente*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, p. 1366.

<sup>22</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, p. 1778. Così anche LUPI, R., *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art. 10 l. 408/1990)*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1992, p. 439 e MORELLO, U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8.



pregiudizio ai fini dell'efficacia dell'art. 10<sup>(23)</sup>). Nella stessa direzione si era peraltro espresso il Secit<sup>(24)</sup> secondo cui l'avverbio in questione «[non esprimeva] *qualcosa di più della connotazione complessiva dell'operazione come abuso dello strumento negoziale. In altri termini, esso non introduce nella fattispecie alcun ulteriore elemento riconducibile all'accezione penalistica dell'artificio o del raggiro*».

Che nelle intenzioni Legislative fosse chiaro e pacifico l'intento di colpire solo le fattispecie elusive in quanto radicalmente distinte da quelle evasive si desume anche dal fatto che ai sensi dell'art. 10 le condotte elusive rimangono perfettamente valide sotto il profilo civilistico, mentre sono semplicemente "inopponibili" – cioè inefficaci – nei confronti del Fisco. Diversamente, nel caso di una fattispecie evasiva integrata per il tramite di una manipolazione negoziale, come ad es. nel caso della simulazione, la conseguenza sarebbe stata la nullità dell'atto-mezzo – con conseguente caducazione (anche) dei suoi effetti fiscali. Scopo dell'art. 10 non è, quindi, quello di invalidare l'operazione realizzata, ma semplicemente di paralizzarne gli effetti fiscali al fine di consentire il mero recupero delle imposte non versate in aggiramento della normativa fiscale<sup>(25)</sup>. In considerazione della natura vincolata del potere dell'Amministrazione finanziaria<sup>(26)</sup> la dottrina ha qualificato in termini di mera discrezionalità tecnica il potere concesso al Fisco dall'art. 10. Infatti, se così non fosse – e si fosse in un ambito di piena discrezionalità – si sarebbe dovuto ammettere l'assurda conclusione secondo cui il Fisco sarebbe stato titolare del «*potere discrezionale di selezionare i vantaggi fiscali che effettivamente, per il grado di connessione con l'operazione, [dovevano] essere sconosciuti e quelli che, per il minor grado di connessione con l'operazione, non [dovevano] essere sconosciuti*»<sup>(27)</sup>. Ma ciò, evidentemente, non poteva ammettersi in quanto si sarebbe tradotto in una sorta di delega in bianco al Fisco ai fini dell'individuazione di quando una certa operazione doveva considerarsi elusiva – con evidente pregiudizio per le ricordate sentenze legislative volte a limitare il più possibile la discrezionalità dell'Amministrazione proprio con riferimento a tale aspetto.

---

<sup>23</sup> Sul punto particolarmente efficace è quanto osservato da ZOPPINI, G., *Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2002, p. 92 secondo cui un'interpretazione in chiave penalistica dell'avverbio "fraudolentemente" comporterebbe, all'interno del fatto elusivo, la «*presenza di un elemento ontologicamente incompatibile con la condotta elusiva, cioè la predisposizione di uno schermo, di un artificio, ... che viene posto tra la realtà e l'osservatore, ossia il compimento di atti fittizi, che non possono essere coniugati con la realizzazione della condotta elusiva, la punto da rendere la norma de qua del tutto contraddittoria, perché un comportamento fondato su atti fittizi ... poteva essere sindacato anche prima dell'introduzione nell'ordinamento della norma stessa*».

<sup>24</sup> Delibera 5 luglio 1994 n. 105, "Norma antielusiva dell'art. 10 della legge n. 408/90 e le fusioni societarie".

<sup>25</sup> GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, p. 1776.

<sup>26</sup> GALLO, F., *Discrezionalità (diritto tributario) (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1999, p. 536.

<sup>27</sup> FALSITTA, V.E., *Interpretazione, elusione fiscale e potestà amministrative*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, p. 260.

## 2. L'INTRODUZIONE DELL'ART. 37-BIS DEL D.P.R. N. 600/73

Alla luce di quanto brevemente osservato non può non rilevarsi come l'art. 10 della L. 408/1990 abbia senza dubbio fortemente innovato l'ordinamento tributario nazionale introducendo una clausola che, seppur soltanto "semi-generale", ha però radicalmente mutato l'approccio legislativo alla questione dell'elusione segnando il definitivo tramonto delle norme antielusive speciali come unico rimedio.

Tuttavia, il Legislatore ha presto sentito l'esigenza di revisionare il modello di clausola antielusiva recato dal citato art. 10, anche in considerazione dei problemi sorti con riferimento all'utilizzo in tale norma dell'avverbio "fraudolentemente".

Pertanto, con la L. del 23 dicembre 1996, n. 662 il Governo è stato delegato a procedere ad una revisione dei criteri di individuazione delle operazioni potenzialmente elusive (di cui all'art. 10 della L. n. 408/1990), anche in funzione di un coordinamento con le disposizioni relative alle operazioni di ristrutturazione aziendale e societaria e, in generale, con le disposizioni contenute nel testo unico delle imposte sui redditi e nella normativa comunitaria<sup>(28)</sup>.

In attuazione di tale delega è stato, quindi, emanato il D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 il cui art. 7 ha introdotto l'art. 37-bis nel *corpus* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

### 2.1 *Il contenuto sostanziale dell'art. 37-bis*

Da un punto di vista generale l'art. 37-bis si presenta nei termini di una norma antielusiva con una vocazione generale ancor più spiccata rispetto al previgente art. 10 della L. n. 408/1990. Il primo comma dell'articolo in commento enuncia, infatti, una regola generalissima suscettibile di essere applicata nei confronti di qualsiasi operazione e comportamento elusivo: «*sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*». In tal senso, rispetto al predetto art. 10, l'art. 37-bis contiene *in nuce* gli elementi necessari per dotare l'ordinamento nazionale di una vera e propria clausola antielusiva generale sul modello di quelle presenti in altri ordinamenti<sup>(29)</sup>. Tuttavia, lo stesso atteggiamento di cautela alla base dell'art. 10 della L. n. 408/1990, ha portato il Legislatore ad escludere che l'art. 37-bis potesse operare come una *Generalklausel*<sup>(30)</sup>. Il successivo comma 3° dell'articolo in commento prevede, infatti, che quest'ultimo possa essere applicato soltanto al ricorrere di determinate

---

<sup>28</sup> Al riguardo si deve osservare, che in tema di fusioni, scissioni, conferimenti e scambi di azioni concernenti società di "Stati diversi" ma appartenenti alla Comunità europea esisteva già dal 1990 la Direttiva n. 434, recepita nell'ordinamento tributario italiano con L. 19 febbraio 1992, n. 142 ed attuata con D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544.

<sup>29</sup> TABELLINI, P.M., *op.cit.*, p. 199.

<sup>30</sup> BEGHIN, M., *L'elusione fiscale tra presupposti applicativi, esimenti, abuso del diritto ed 'esercizi di stile'* (nota a *Comm. trib. reg. di Milano, sez. XIII, n.85/2008*), in *Riv. dir. trib.*, 2008, p. 344.

operazioni o fattispecie<sup>(31)</sup>). Pertanto, così come l'art. 10 della L. n. 408/1990, l'art. 37-bis ha dotato l'ordinamento nazionale di una norma antielusiva soltanto "semi-generale"<sup>(32)</sup>.

Ciò nonostante, l'art. 37-bis introduce alcune importanti novità rispetto al previgente art. 10 della L. n. 408/1990 sul piano degli elementi costitutivi della fattispecie elusiva generale<sup>(33)</sup>. Da un lato, è venuto meno l'utilizzo dell'avverbio "fraudolentemente", sostituito dal requisito dell' "aggiramento di obblighi e divieti", e dall'altro è stato eliminato il riferimento alla presenza di uno "scopo esclusivo", essendo ora sufficiente che il comportamento sia semplicemente "diretto" ad aggirare obblighi e divieti<sup>(34)</sup>. Su queste basi è possibile cogliere una chiara volontà legislativa di rafforzare ulteriormente il ruolo del modello della frode alla legge quale punto di riferimento basilare per l'identificazione, sul piano generale, dell'elusione fiscale<sup>(35)</sup>. Ed, infatti, la relazione allo schema di decreto che ha introdotto l'art. 37-bis ha precisato che «è stato (...) ritenuto opportuno sostituire l'avverbio "fraudolentemente" con espressioni che rendano meglio il nucleo essenziale dei comportamenti elusivi, cioè l'utilizzazione di scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici, ottenendo vantaggi che ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova: è solo sotto questo particolare profilo che tali vantaggi possono ritenersi "indebiti"». In tale contesto una ulteriore novità introdotta dall'art. 37-bis è rappresentata dalla circostanza che quest'ultimo, essendo applicabile agli "atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro", risulta efficace anche nei confronti di operazioni elusive realizzate ricorrendo a complessi schemi negoziali in cui molteplici atti, fatti e negozi vengono ad essere tra loro collegati al fine di aggirare determinate norme impositive. Rispetto al previgente art. 10 il Legislatore ha, evidentemente, ampliato la sfera di applicazione della clausola antielusiva essendo ora accertabile anche il comportamento elusivo rintracciabile soltanto a livello di "disegno complessivo" e non di singola operazione. In questo modo l'art. 37-bis appare maggiormente idoneo, rispetto all'art. 10 della L. n. 408/1990, a reprimere le sempre più frequenti operazioni elusive basate sulle cosiddette *step transactions* cui si riferisce la giurisprudenza anglosassone precedentemente esaminate. Infatti, nella relazione al D.Lgs. n. 358/1997 viene affermato che «il vantaggio fiscale non deriva quasi mai, ad esempio, da una mera fusione, da un mero conferimento o da un'altra operazione societaria, ma deriva anche da eventi preparatori o consequenziali, come l'acquisto o la cessione di partecipazioni sociali; è per questo che la norma pone l'accento sul disegno elusivo complessivamente architettato dal contribuente»<sup>(36)</sup>. Va però osservato che il

---

<sup>31</sup> LUNELLI, R., *Normativa antielusione*, in *Il Fisco*, 30, 1997, p. 8484

<sup>32</sup> RUSSO, P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1, 1999, p. 68.

<sup>33</sup> Per un'analisi in quest'ottica si veda ZIZZO, G., *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in *Commentario alla Riforma Visco*, a cura di MICCINESI, M., Padova, 1999 p. 425.

<sup>34</sup> FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, pp. 210-212.

<sup>35</sup> RUSSO, P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1, 1999, p. 68 (in particolare si veda il §3).

<sup>36</sup> Secondo parte della dottrina, inoltre, il riferimento al collegamento negoziale presente nell'ambito dell'art. 37-bis costituirebbe ulteriore conferma dell'importanza della categoria giuridica della frode alla legge quale

collegamento cui si riferisce l'art. 37-bis non deve sussistere *a posteriori* – come se il Fisco potesse *ex post* ricollegare tra loro atti, fatti e negozi per il semplice fatto che la realizzazione dell'uno non esclude quella dell'altro; occorre, invece, che gli atti, fatti e negozi reputati tra loro come collegati all'interno di un disegno elusivo siano stati complessivamente preordinati al conseguimento di un indebito vantaggio fiscale<sup>(37)</sup>. In altri termini, – come ben chiarito della giurisprudenza anglosassone precedentemente richiamata<sup>(38)</sup> – una corretta applicazione del requisito del collegamento di atti, fatti e negozi richiede che quest'ultimo sia chiamato in causa soltanto ove sussista una concatenazione già decisa tra gli atti, fatti e negozi presi in considerazione. Diversamente ragionando verrebbe ad essere disatteso quanto richiesto dal primo comma dell'art. 37-bis secondo cui gli atti, i fatti e i negozi, anche tra loro collegati, devono essere *diretti*, ossia preordinati *ex ante*, al conseguimento di un indebito risparmio d'imposta.

Ciò posto appare opportuno chiedersi se in virtù del predetto requisito del collegamento tra fatti, atti e negozi la *ratio* dell'art. 37-bis debba essere più opportunamente ricostruita facendo riferimento al criterio dell' "anormalità delle forme giuridiche". A tale riguardo pare opportuno prendere le mosse rilevando che sul piano testuale la fattispecie elusiva generale individuata dall'art. 37-bis risulta definita sulla base del congiunto ricorrere tre elementi: i) l'aggiramento di obblighi e divieti mediante atti, fatti e negozi tra loro anche collegati; ii) la presenza di un risparmio d'imposta; iii) l'assenza di valide ragioni economiche. Secondo un primo orientamento<sup>(39)</sup> tale struttura dell'art. 37-bis non vincolerebbe la sua applicazione ai casi in cui sia riscontrabile una "anormalità delle forme giuridiche" essendo, invece, sufficiente il mero conseguimento di un vantaggio fiscale "asistemico", cioè contrario allo spirito del sistema<sup>(40)</sup>. In tal senso sarebbe, quindi, un errore "appiattare" l'elusione fiscale ai sensi dell'art. 37-bis sul

---

modello di riferimento considerato dal Legislatore per individuare, sul piano generale, le condotte elusive. A tale riguardo viene, infatti, osservato che l'essenza della frode alla legge risiederebbe proprio nell'utilizzo di scappatoie o stratagemmi la cui attuazione non può che poggiare sulla realizzazione di una complessa realtà giuridica che solo nel suo complesso, ossia per effetto del reciproco collegamento di più atti, fatti e negozi, consente il raggiungimento del fine elusivo. LUPI, R., *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 5, 1997, p. 1099.

<sup>37</sup> LUPI, R., *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 5, 1997, p. 1099 p. 1106.

<sup>38</sup> Sul punto si ricorda che la giurisprudenza in questione ha individuato la sussistenza del nesso di collegamento in questione o nella presenza di un obbligo giuridico a realizzare una certa operazione dopo che ne era stata realizzata un'altra (*Binding Commitment Test*), oppure nel fatto che le varie operazioni risultavano così interconnesse che le relazioni giuridiche create da una di queste sarebbero risultate prive di significato ove non fossero state realizzate anche le altre operazioni (*Interdependence Test*), o, ancora, nel fatto che il complesso di operazioni realizzare altro non era che un mezzo per raggiungere un certo fine ancorché quest'ultimo potesse essere ottenuto in modo più diretto (*End Result Test*).

<sup>39</sup> BEGHIN, M., *L'abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del «vantaggio fiscale»*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2325; BEGHIN, M., *La scissione societaria, l'elusione fiscale e i mulini a vento di Cervantes*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 56.

<sup>40</sup> BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, p. 214.

concetto di “anormalità dei percorsi negoziali” che, peraltro, non risulta espressamente menzionato dall’art. 37-bis<sup>(41)</sup>.

A tale riguardo è stato però osservato che potrà parlarsi di “aggiramento” se e nella misura in cui il contribuente abbia posto in essere una certa realtà negoziale in funzione atipica ovvero anomala<sup>(42)</sup>. Infatti, da un lato, è alla “realtà giuridica” che l’ordinamento tributario ricollega *in primis* determinate conseguenze fiscali e, dall’altro, è solo attraverso l’uso “improprio” di determinate forme giuridiche che il contribuente potrà raggiungere lo stesso risultato economico-sostanziale caratteristico di altri atti e negozi eretti dal Legislatore a presupposto di un più oneroso prelievo – e che, quindi, il contribuente ha inteso “aggirare”.

In altri termini, una espressa menzione del criterio dell’ “anormalità dei percorsi negoziali” non avrebbe comportato una ridefinizione, rispetto al modello della frode alla legge, del presupposto applicativo dell’art. 37-bis, ma al più – come visto in precedenza<sup>(43)</sup> – avrebbe semplicemente introdotto un criterio di supporto per rintracciare in termini obiettivi le condotte elusive<sup>(44)</sup>.

Ciò posto occorre ora precisare in che termini l’art. 37-bis consenta di neutralizzare gli effetti delle condotte elusive sostituendo a queste delle fattispecie impositive in conformità al modello della frode alla legge. A tale riguardo assumere particolare importanza quanto previsto al secondo comma dell’art. 37-bis secondo cui «*l’amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all’amministrazione*». La norma chiarisce che il rimedio all’aggiramento di obblighi e divieti è la loro “riapplicazione” in chiave autoritativa previa declaratoria di inefficacia fiscale della fattispecie posta in essere dal contribuente.

Il rimedio alle condotte elusive è, quindi, duplice<sup>(45)</sup>: *in primis* si dispone una declaratoria di inefficacia relativa dell’operazione realizzata e in aggiunta, si pone in essere una “tassazione differenziale”: il contribuente è tenuto a corrispondere l’imposta

---

<sup>41</sup> TESAURO, F., *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2007, p. 260 nonché BASILAVECCHIA, M., *Surrogati interpretativi in difetto di norma antielusiva?*, in *GT Riv. giur. trib.*, 7, 2009, p. 601.

<sup>42</sup> VANZ, G., *L’elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1606 e segg.

<sup>43</sup> Cfr. *Supra* Cap. I, § 2.1.2.

<sup>44</sup> Da questo punto di vista si potrebbe, quindi, ritenere che il Legislatore avrebbe dato vita ad una norma dotata di maggior precisione rispetto alla distinzione tra elusione e legittimo risparmio d’imposta ove avesse espressamente incluso la presenza di un percorso negoziale abnorme tra i requisiti costitutivi della fattispecie elusiva di cui al primo comma dell’art. 37-bis. E in tale direzione sembra, peraltro, essersi mossa la stessa giurisprudenza di legittimità che, nel riferirsi al principio dell’abuso del diritto, ha più volte fatto riferimento alla presenza di un “utilizzo distorto di strumenti giuridici idonei a conseguire un risparmio fiscale” (Cass. sent. 23 dicembre 2008, n. 30055; Cass. sent. 21 gennaio 2009, n. 1465; Cass. sent., 21 aprile 2010, n. 9476; Cass., sent. 26 febbraio 2010, n. 4737; Cass., sent., 13 gennaio 2011, n. 688; Cass., sent. 16 febbraio 2012, n. 2193; Cass., ord. 14 marzo 2013, n. 6528; Cass., ord. 19 marzo 2013, n. 6835).

<sup>45</sup> ZOPPINI, G., *Fattispecie e disciplina dell’elusione nel contesto delle imposte reddituali*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, 2, p. 119.

commisurata alla capacità contributiva espressa in fatti, atti e negozi che lo stesso non ha mai realizzato, ma che avrebbe dovuto realizzare tenuto conto degli obiettivi del sistema finale e dello scopo concreto ricercato dal medesimo contribuente per effetto delle operazioni realizzate<sup>46</sup>). Lo scopo della clausola antielusiva è, quindi, quello di rimuovere il disallineamento creato dal contribuente tra la forma giuridica o la sequenza negoziale adottata e quella da reputarsi come “fisiologica” ripristinando in tal modo la parità di trattamento tra fattispecie espressive della medesima capacità contributiva<sup>47</sup>).

Tuttavia, per poter individuare le disposizioni eluse cui si riferisce il comma 2 dell’art. 37-bis occorre poter attingere ad un criterio con cui individuare l’operazione alternativa e da utilizzare come termine di paragone per circoscrivere, da un lato, il vantaggio fiscale conseguito con l’operazione effettivamente realizzata e, dall’altro, la sua eventuale valenza patologica (ossia la sua natura di vantaggio fiscale indebito)<sup>48</sup>). Il vantaggio fiscale colpito dall’art. 37-bis è, infatti, indebito non nel senso di promanare da una violazione di norme – giacché in tal caso si tratterebbe di una vicenda di evasione fiscale – ma in quanto effetto non previsto dal sistema ed ottenibile soltanto mediante “scappatoie” o “stratagemmi” tesi a carpire la buona fede del Legislatore<sup>49</sup>).

Si necessita, quindi, di un criterio con cui separare, e dunque confrontare, due operazioni – quella reputata elusa ed una ritenuta, invece, fisiologica – al fine di poter apprezzare l’esistenza stessa di un vantaggio fiscale indebito, cioè implicitamente disapprovato dal sistema.

Al riguardo, una prima ipotesi potrebbe essere quella di rinviare all’equivalenza sul piano economico tra l’operazione realizzata e quella fisiologica.

Senonché, così facendo finirebbero per riproporsi i problemi precedentemente segnalati con riferimento alla possibilità di trasporre nell’ordinamento nazionale l’*economic substance doctrine* sviluppata dalla giurisprudenza statunitense. In particolare, va ricordato che nel sistema tributario nazionale l’individuazione della capacità contributiva è sottoposta al limite (e alle garanzie) dell’art. 23 Cost. con la conseguenza che spetta al Legislatore la selezione dei fatti imponibili; pertanto il mero fatto economico non potrà mai essere oggetto di diretta considerazione al fine di stabilire l’*an* ed il *quantum* del prelievo, ma occorrerà riferirsi ad arricchimenti e impoverimenti giuridicamente qualificati dal Legislatore di modo che possano reputarsi espressivi di una certa capacità contributiva alla stregua delle qualificazioni operate *ex lege*<sup>50</sup>). Il vigente ordinamento tributario non prevede, infatti, un generale principio che vuole soggette ad

---

<sup>46</sup> BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, p. 208.

<sup>47</sup> FALSITTA, G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, p. 476.

<sup>48</sup> BEGHIN, M., *L’abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del «vantaggio fiscale»*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2325 nonché TABELLINI, P.M., *L’elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 257.

<sup>49</sup> Così sia la relazione ministeriale allo “*Schema di decreto del 12 settembre 1997* (D.Lgs. n. 358/1997)” che l’Amministrazione finanziaria con la circolare 19 dicembre 1997, n. 320/E-III-6-1375.

<sup>50</sup> FRANSONI, G., *Il diritto tributario come materia giuridica e i suoi rapporti con l’economia*, in *Dialoghi Tributari*, 1, 2009, p. 9

imposta *tutte* le manifestazioni di “forza economica”<sup>(51)</sup>.

Non sembra però percorribile neanche un approccio esclusivamente giuridico poiché da questo punto di vista non sarebbe quasi mai possibile stabilire una qualche forma di equivalenza tra le possibili fattispecie<sup>(52)</sup>. Non a caso un approccio di questo tipo era stato sostenuto con riferimento alla previgente norma antielusiva generale adottata in Belgio<sup>(53)</sup> poi riformata proprio perché così interpretata era risultata di scarsa utilità pratica stante la difficoltà di stabilire una equivalenza o similitudine giuridica tra *tipi* negoziali diversi<sup>(54)</sup>. Anche perché ove un tale approccio fosse adottato con riferimento all’art. 37-bis quest’ultimo non dovrebbe più essere inteso alla luce della categoria della frode alla legge, ma piuttosto della cosiddetta teoria del “concorso di qualificazioni” secondo cui il presupposto dell’elusione starebbe nel fatto che l’atto realizzato dal contribuente risulta suscettibile di più qualificazioni e tra cui quella adottata dal contribuente merita di essere resa inefficace poiché giustificata solo dal fine di evitare le imposte altrimenti dovute<sup>(55)</sup>. Tuttavia, il tenore letterale dell’art. 37-bis porta ad escludere facilmente che lo stesso possa essere inteso nei termini di una norma di mera qualificazione giuridica degli atti, fatti e negozi posti in essere dal contribuente<sup>(56)</sup>.

La dottrina si è quindi orientata verso un criterio di tipo misto, ossia economico-giuridico, per individuare i termini del confronto tra percorso negoziale eluso e realizzato<sup>(57)</sup>. Ci si deve, quindi, accontentare di un giudizio di “continuità” tra le due fattispecie da trarsi tenendo conto del complessivo assetto economico-giuridico raggiunto dal contribuente con gli atti, fatti e negozi concretamente realizzati<sup>(58)</sup>.

Ciò posto, secondo un orientamento della dottrina, la circostanza appena esaminata dovrebbe lasciar intendere che alla base dell’art. 37-bis vi sia un’applicazione in chiave analogica delle norme tributarie eluse alla fattispecie concreta realizzata dal contribuente<sup>(59)</sup>. Nello specifico si afferma che alla base dell’art. 37-bis vi sarebbe il

---

<sup>51</sup> MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013, p. 116.

<sup>52</sup> BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, p. 213.

<sup>53</sup> Ci si riferisce all’art. 344 introdotto dalla Legge del 22 luglio 1993.

<sup>54</sup> AFSCHRIFT, T., *L’Abus fiscal*, Brussels, 2012, p. 48 nonché *Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi-programme*, 24 février 2012, pp. 109-110; si veda anche circolare n. 3 del 4 maggio 2012 del *Service Public Federal Finances*, p. 3 nonché *Projet de loi-programme* n. 2081/001 del 24 febbraio 2012, p. 110.

<sup>55</sup> MALHERBE, *Requalification of transaction for tax purposes under section 344 § 1 of the Belgian Income Tax Code: potential application to coordination centers*, in *Intertax*, 1994, p. 381.

<sup>56</sup> Sui rapporti tra elusione, interpretazione e qualificazione si veda MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013, pp. 263 e segg.

<sup>57</sup> BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, pp. 213-214 nonché FALSITTA, G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, p. 476.

<sup>58</sup> BEGHIN, M., L’abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del «vantaggio fiscale», in *Corr. trib.*, 2009, 29, p. 2331.

<sup>59</sup> FALSITTA, G., *Natura delle disposizioni contenenti “norme per l’interpretazione di norme” e l’art. 37 bis sull’interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2010, p. 519 nonché FALSITTA, G., *L’interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*.

seguente ragionamento: se viene disposto (dalla legge tributaria) che la realizzazione del risultato giuridico-economico X debba essere tassato, a carico del contribuente Tizio che l'ha posto in essere secondo una certa forma negoziale, con l'imposta del 10%, lo stesso trattamento deve essere riservato a chiunque realizzi quello stesso risultato giuridico-economico anche se, al fine di ottenerlo, il soggetto Caio che l'ha realizzato ha impiegato, aggirandoli, non i negozi previsti dalla legge per la tassazione del 10%, ma una concatenazione anomala e inconsueta di negozi cui la legge riserva o una tassazione più lieve del 10% o nessuna tassazione. Secondo tale orientamento della dottrina «[q]uesto argomento è il ragionamento per analogia che talvolta si presta come analogia in senso proprio o strutturale. Tal altra come analogia funzionale (argomento teleologico). Esso produce il risultato di “estendere” la portata della norma elusa se questa è di imposizione o di “restringerla” la portata se la norma elusa è di agevolazione»<sup>(60)</sup>. L'unico limite a tale conclusione è rappresentato dalla prova di valide ragioni economiche a supporto del percorso negoziale “deviante”. Infatti, se le ragioni economiche sussistono realmente e sono serie allora le due sequenze negoziali devono in realtà intendersi tra loro dissimili quanto a risultati giuridico-economici ottenibili per il loro tramite. Conseguentemente, in base al criterio economico-giuridico di comparazione precedentemente definito, le due fattispecie meritano di non essere tassate allo stesso modo.

In sintesi, secondo l'orientamento appena esaminato, l'art. 37-bis svolgerebbe il ruolo di “norma sull'interpretazione di norme” sussumibile sotto la categoria degli art. 12, 13 e 14 delle Preleggi al Cod. Civ. <sup>(61)</sup>.

Altra dottrina ha però sottolineato che il riferimento all'istituto della analogia andrebbe inteso in senso lato, visto che l'art. 12 delle Preleggi presuppone l'esistenza di una lacuna normativa, che tuttavia in ambito tributario non potrebbe acquisire alcuna rilevanza stante la riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. <sup>(62)</sup>. Pertanto, il meccanismo logico-giuridico sotteso all'applicazione dell'art. 37-bis dovrebbe, più correttamente, essere individuato in un tipo di ragionamento che seppur vicino all'*analogia legis* ne risulta radicalmente diverso, limitandosi ad assegnare rilevanza al solo elemento della “somiglianza” economico-giuridica tra due fattispecie alternative senza dover con ciò presupporre l'estensione di una certa norma ad un caso non regolato. Così, più che di

---

*Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, p. 15.

<sup>60</sup> FALSITTA, G., *op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>61</sup> FALSITTA, G., *op. cit.*, p. 15.

<sup>62</sup> VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, pp. 1615-1616. Peraltro la medesima dottrina osserva come l'elusione il più delle volte si realizzi secondo fattispecie di per sé riconducibili, sul piano giuridico-formale, ad una specifica e puntuale norma tributaria (*Ivi*, pp. 1613-1614). In tali circostanze il contribuente ricorre, infatti, al collegamento in chiave atipica di una serie di negozi o istituti giuridici che tuttavia conoscono un proprio regime tributario al di là di quello che il contribuente pretende di far valere in funzione della complessiva configurazione negoziale realizzata. In tal caso, quindi, è evidente che l'applicazione dell'art. 37-bis non potrà in alcun modo fondarsi sull'analogia di cui all'art. 12 delle Preleggi del Codice Civile.



norma sull'interpretazione di norme ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, l'art. 37-bis si presenterebbe come una "norma-veicolo" <sup>(63)</sup> o "norma-valvola"<sup>(64)</sup> tale, cioè, da autorizzare – in caso di discrasia tra la struttura e la funzione degli atti, fatti e negozi posti in essere dal contribuente – l'applicazione, secondo un ragionamento di tipo analogico, di un diverso modulo giuridico-impositivo rispetto a quello invocato dal contribuente, ancorché si sia al cospetto di un caso già regolato dal sistema e non venga quindi attuata l'*analogia legis* ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi al Cod. Civ. <sup>(65)</sup>. In quest'ottica l'art. 37-bis svolgerebbe, in ambito tributario, un ruolo simile a quello svolto dagli art. 1322 e 1344 c.c. in ambito contrattualistico<sup>(66)</sup>: legittimare una forma *sui generis* di analogia operante non in forza di una lacuna legislativa, ma sull'esclusivo presupposto di una fattispecie elusiva definita dallo stesso art. 37-bis<sup>(67)</sup>. Verrebbe, quindi, ad essere confermato il già ricordato parallelismo tra la categoria della "frode alla legge" di matrice civilistica ed il rimedio legislativo all'elusione fiscale introdotto tramite l'art. 37-bis.

## 2.2 *Le valide ragioni economiche*

Quale che sia l'ipotesi ricostruttiva accolta con riferimento alle modalità applicative dell'art. 37-bis, non potrà tacersi la chiara importanza rivestita dallo specifico requisito delle "valide ragioni economiche" che, come accennato, viene posto dal primo comma dell'articolo in commento quale elemento costitutivo, tra gli altri, della fattispecie elusiva generale.

Infatti, da entrambe le prospettive appena considerate, il parametro di confronto tra operazione elusiva e fisiologica è concepito in termini economico-giuridici, con la conseguenza che la presenza di valide ragioni economiche ha il ruolo di fatto impeditivo rispetto all'applicazione dell'art. 37-bis in quanto rende dissimili *quod effectum oeconomicum* le due operazioni oggetto di comparazione.

Sul piano logico, tuttavia, l'indagine intorno alla presenza di valide ragioni economiche ha senso soltanto ove risultino integrati gli altri elementi (positivi) del fatto elusivo definito dal primo comma dell'art. 37-bis, ossia l'aggiramento di obblighi e

---

<sup>63</sup> CASTALDI, L., *Punibilità del comportamento elusivo*, in Corr. trib., 2009, 29, p. 2394.

<sup>64</sup> VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1639.

<sup>65</sup> KRUSE, H.W., *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione*, in *Trattato di Diritto Tributario*, a cura di AMATUCCI, A., vol. III, Padova, 1994 pp. 1122 e segg. secondo cui la clausola antielusiva «*va oltre la ratio ed è operante là dove termina il raggio di azione dell'analogia, provoca la nascita dell'obbligazione tributaria nei termini in cui sarebbe sorta se la forma giuridica fosse stata realmente rispondente al contenuto economico*».

<sup>66</sup> Come visto in ambito civilistico il ragionamento "analogico" alla base della frode alla legge si manifesta nel fatto che la valenza patologica del negozio fraudolento viene dedotta sulla base di una relazione di somiglianza tra i suoi effetti e quelli vietati da norme imperative. In sintesi, quindi, il ragionamento "analogico" è qui operante nella misura in cui la sorte del contratto in frode alla legge viene dedotta mediante l'estensione della disciplina della nullità prevista per il contratto *contra legem*. È sintomatica di tale circostanza il fatto che l'art. 1344 c.c. reciti "*si reputa*" illecita la causa del contratto quando questo è il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative.

<sup>67</sup> VANZ, G., *op. cit.*, pp. 1638-1639.

divieti e il vantaggio fiscale indebito. L'articolo in commento si riferisce, infatti, alle valide ragioni economiche soltanto in chiave negativa, ossia quale elemento che i comportamenti diretti ad aggirare obblighi e divieti in vista di un risparmio fiscale non devono possedere. In tale ottica è stato affermato che l'elemento delle valide ragioni economiche costituisce un elemento negativo del fatto elusivo, nel senso di affiancarsi con il "segno meno" agli altri elementi (positivi) della fattispecie elusiva di cui al comma 1 dell'art. 37-bis<sup>(68)</sup>. Pertanto, le valide ragioni economiche, se presenti, avranno un effetto "scriminante" rispetto alla condotta reputata elusiva che, dunque, dovrà considerarsi perfettamente lecita ai sensi dell'art. 37-bis. Di contro, dalla mera assenza di valide ragioni economiche non potrà in alcun modo essere dedotta l'esistenza di una fattispecie elusiva, occorrendo a tal fine la presenza degli altri elementi del fatto elusivo sopra ricordati<sup>(69)</sup>.

Ciò posto occorre, però, chiarire quale sia il significato del concetto di "valide ragioni economiche" nell'ambito della formulazione del primo comma dell'art. 37-bis.

Si tratta certamente di un concetto elastico non comprimibile in una definizione analitica e che, proprio per tale ragione, conferisce all'art. 37-bis quel carattere di "norma aperta" tipico delle clausole generali<sup>(70)</sup>. Per effetto del requisito delle valide ragioni economiche l'applicazione al caso concreto dell'art. 37-bis presuppone, infatti, un giudizio di corrispondenza tra il comportamento assunto dal contribuente e dei possibili *standard* valutativi del comportamento economico da utilizzarsi per verificare la ragionevolezza (economica) di tale comportamento rispetto agli scopi ricercati dal contribuente.

Per applicare l'art. 37-bis al caso di specie è, quindi, necessaria quella particolare integrazione valutativa tipica delle clausole generali che, come osservato precedentemente, si distingue dall'attività interpretativa in quanto ha ad oggetto la valutazione di un fatto mediante lo *standard* (fornito dalla clausola) affinché il primo possa poi essere ricondotto nel campo di applicazione della norma<sup>(71)</sup>. In altri termini, è il giudizio di fatto dato sulla base dello specifico *standard* valutativo delle "valide ragioni

---

<sup>68</sup> VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1639.

<sup>69</sup> BALLANCIN, A., *Disorientamenti sull'elusione, salvo che per le sanzioni*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 7, 2007, p. 638 nonché LUPI, R., *Manuale Giuridico Professionale di Diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo*, Milano, 2001, pp. 323-325 secondo cui «*insistere troppo sotto il profilo delle valide ragioni economiche, quando si tratta di comportamenti leciti sul piano sistematico, rischia di essere controproducente, in primo luogo perché avalla la suddetta suggestione secondo cui è doveroso sempre il regime fiscale più costoso, salva l'esistenza di valide ragioni economiche (...). Inoltre, insistere sulle valide ragioni economiche sembra dare per presupposto che i comportamenti posti in essere siano caratterizzati da un vantaggio fiscale indebito, che si cerca di legittimare con motivazioni economiche*».

<sup>70</sup> Al riguardo ZIZZO, G., *Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione*, in *Rass. trib.*, 1, 2008, p. 173; TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 239.

<sup>71</sup> TARUFO, M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R., II, Torino, 1989, p. 439.

economiche” a riempire il contenuto e a “concretizzare” – rendendola quindi applicabile al caso particolare – la clausola antielusiva recata dall’art. 37-bis<sup>(72)</sup>.

Sul punto è stato altresì osservato che il riferimento alle “ragioni” economiche, e quindi a degli *standard* di giustificazione del comportamento, chiarisce senza dubbi che il Legislatore non intendeva riferirsi ai motivi della condotta del contribuente, ma – abbracciando una prospettiva non così diversa da quella dell’*economic substance doctrine* esaminata precedentemente – ad un suo aspetto oggettivo e da ricercarsi nell’*«attitudine ad incidere sulla sfera economico-giuridica del soggetto a prescindere dalla riduzione dell’onere tributario, o in termini di potenziale di profitto prima delle imposte, ed un giudizio di stampo soggettivo, sui motivi o gli scopi per i quali l’atto è stato effettivamente compiuto»*<sup>(73)</sup>. Ed, infatti, la citata relazione allo schema di decreto che ha introdotto l’art. 37-bis precisa che *«l’espressione “valide ragioni economiche” non sottintende infatti una “validità giuridica”, che in questo contesto non avrebbe senso, ma una apprezzabilità economico gestionale»*.

Ciò conferma, quindi, che l’elemento della valide ragioni economiche va inteso alla stregua di uno *standard* valutativo ossia nei termini di un rimando a quell’insieme di parametri alla luce dei quali è ragionevole valutare il comportamento economico in quanto diretto a raggiungere uno scopo in grado di modificare in senso positivo la situazione economica del contribuente<sup>(74)</sup>.

Al riguardo la Corte di Cassazione ha però chiarito che la “significatività” delle ragioni economiche non deve essere ristretta ad una concezione “industriale” degli effetti delle condotte economiche, ossia limitandoli al mero incremento del profitto, alla riduzione dei costi, all’ottenimento di economie di scala e così via<sup>(75)</sup>; occorre, invece,

---

<sup>72</sup> Su questa visione delle clauseole generali si rinvia a D’AMICO, G., *Note in tema di clauseole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, p. 446.

<sup>73</sup> ZIZZO, G., *Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione*, in *Rass. trib.*, 1, 2008, p. 173. Si veda anche LUPI, R., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2005, p. 107.

<sup>74</sup> Il significato di “valida ragione economica” non pare però condurre ad un territorio del tutto estraneo al contest della decisione, e quindi dei motivi. Infatti, se accettiamo l’interpretazione proposta, una valida ragione economica non sarà altro che quel motivo che tra quelli in grado di poter determinare la volontà dell’agente è tale da determinarla in accordo a quelle regole (*standard*) che si dovrebbero seguire nel decidere cosa fare – posto l’obiettivo di utilizzare in modo efficiente le risorse a disposizione. Tuttavia, un siffatto motivo, in ragione della sua sussumibilità entro *standard* di correttezza ragionevolmente attribuibili all’agente economico medio, viene di fatto sottratto alla sfera dei motivi quali determinanti psicologiche del comportamento di un certo agente. Infatti, un “motivo” del tipo considerato, a parità di condizioni, dovrà risultare valido per qualsiasi agente che agisca in un’ottica di utilizzo razionale delle risorse. I motivi di questo tipo, dunque, costituiscono di fatto delle ragioni - ossia dei “motivi oggettivati” - poiché, pur risultando attinenti alla sfera della decisione, sono sottratti alla mera soggettività del semplice impulso motivazionale, per il fatto di poter comunque contare come fondamenti di una condotta (economicamente) efficiente e quindi come elementi in grado di poter giustificare (e non solo spiegare) l’operazione realizzata. Sul punto si veda TABELLINI, P.M., *L’elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 245-246.

<sup>75</sup> Tale visione delle ragioni economiche è in particolare riconducibile all’orientamento assunto dall’ormai abrogato Comitato Consultivo per l’Applicazione delle Norme Antielusive istituito con la L. 30 dicembre 1991, n. 413. Sul punto si rinvia a STEVANATO, D., *Pareri del comitato per l’interpello ed altre pronunce amministrative in materia di elusione (pt. 1)*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2005, p. 257;

riconoscere che le strategie imprenditoriali, soprattutto dei gruppi d'impresa, possono essere finalizzate anche al conseguimento di una redditività di medio-lungo periodo attraverso operazioni di mera riorganizzazione societaria. Con la sentenza 21 gennaio 2011 la Corte di Cassazione ha, quindi, affermato che le valide ragioni economiche possono anche essere di natura meramente organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa.

La Corte di Cassazione suggerisce, inoltre, di non degradare la valutazione della presenza di valide ragioni economiche ad un ragionamento soltanto extragiuridico. Nella sentenza 8 aprile 2009, n. 8487, i giudici di legittimità hanno, infatti, affermato che l'ordinamento fiscale non intende premiare scelte imprenditoriali che non siano determinate da valutazioni di economia sostanziale poiché «è evidente che una operazione economica realizzata al solo fine di ottenere un risparmio fiscale (a prescindere da connotazioni di frodolenza) è una operazione che contrasta con l'utilità sociale, sia nel senso che lede il principio di solidarietà, sia nel senso che determina una indebita riduzione del gettito fiscale». In tale ottica gli standard valutativi a cui si dovrà attingere per "riempire" di contenuto il concetto elastico di "valida ragione economica" dovrebbero essere scelti e soppesati tenendo presente che non qualsiasi criterio di efficienza economico-gestionale può ritenersi utile a giustificare le condotte del contribuente, ma solo quelli compatibili con i limiti posti dall'art. 41 Cost. e a cui si riferisce la Corte di Cassazione nella citata sentenza. La selezione delle valide ragioni economiche potrebbe, quindi, concepirsi come un'operazione non del tutto extragiuridica<sup>(76)</sup>.

---

STEVANATO, D., *Pareri del comitato per l'interpello ed altre pronunce amministrative in materia di elusione (pt. 2)*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2005, p. 443; STEVANATO, D., *La norma antielusiva nei pareri del comitato per l'interpello*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2005, p. 219; si veda anche TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 247-251.

<sup>76</sup> Volendo esemplificare si potrebbe dubitare, nell'ambito di un'operazione di concentrazione aziendale reputata elusiva, della validità delle possibili ragioni economiche adottate dal contribuente che, seppur cogenti sul piano dei criteri di efficacia ed efficienza dell'operazione realizzata, potrebbero tradire una sottostante limitazione della concorrenza con evidente pregiudizio per i consumatori e, quindi, per l'utilità sociale. Emblematica, al riguardo, può essere considerata la sentenza 1990, n. 241 della Corte Costituzionale ove è stato affermato che i vincoli introdotti dai commi secondo e terzo dell'art. 41 Cost. «sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo». Sul punto si rinvia a ZATTI, F., *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, p. 2235. Quello in esame è certamente un giudizio di competenza di specifiche Autorità diverse dall'Amministrazione finanziaria, tuttavia, non sembra irragionevole ritenere che ciò dia comunque la dimensione giuridica della valutazione connessa all'apprezzamento delle valide ragioni economiche cui si riferisce l'art. 37-bis.

### 2.3 *Le fattispecie sindacabili ai sensi dell'art. 37-bis.*

Si è visto che l'art. 37-bis, così come l'art. 10 della L. n. 408/1990, rappresenta una norma antielusiva soltanto “quasi-generale” poiché limitata nella sua applicazione al verificarsi di particolari operazioni. Infatti, ai sensi del comma 3 dell'art. 37-bis, quest'ultima risulta applicabile «a condizione che nell'ambito dei comportamenti di cui al comma 2 siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni».

Le operazioni a cui la norma si riferisce riguardano perlopiù le cosiddette operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, conferimenti d'azienda, etc.) e sono racchiuse in un elenco a valenza tassativa rispetto ai casi in cui poter dedurre l'applicazione dell'art. 37-bis<sup>(77)</sup>.

Tuttavia, in considerazione della particolare ampiezza di tale elenco di operazioni la dottrina non ha mancato di osservare, da un lato, che di fatto quasi tutti i comportamenti elusivi immaginabili sono sussumibili entro l'art. 37-bis<sup>(78)</sup> e, dall'altro, che – proprio in ragione di ciò – sarebbe preferibile, ed anche costituzionalmente più corretta, un'interpretazione in chiave non tassativa del predetto elenco<sup>(79)</sup>. Così ragionando si dovrebbe, quindi, giungere ad un generale ripensamento dell'art. 37-bis nei termini di una clausola antielusiva generale visto che, come rilevato, la sua valenza di clausola “quasi-generale” risultava legata proprio alla presenza di una lettura in chiave tassativa dell'elenco di operazioni di cui al comma 3 del medesimo articolo.

A tale riguardo non può però essere trascurata la scelta “topologica” seguita dal Legislatore, intendendo con ciò il fatto di aver collocato la norma in commento in un ben preciso testo normativo: il D.P.R. del 23 settembre 1973, n. 600 riguardante l'accertamento tributario nelle imposte dirette. Pare, quindi, ragionevole ritenere che in assenza di un esplicito rinvio la predetta norma non trovi applicazione in tutti quei casi in cui la richiamata disciplina dell'accertamento non risulti applicabile<sup>(80)</sup>. Pertanto, anche ove il comma 3 dell'art. 37-bis fosse letto in chiave non tassativa, tale articolo non potrebbe comunque essere qualificato nei termini di una clausola antielusiva generale in senso stretto – cioè valida per l'intero sistema tributario<sup>(81)</sup>.

---

<sup>77</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 203.

<sup>78</sup> LUPI, R., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2005, p. 108.

<sup>79</sup> FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, p. 212. In tal senso anche Comm. Trib. Reg. di Milano, 4 febbraio 2008, n. 85 secondo cui l'elencazione di operazioni di cui al terzo comma dell'art. 37-bis non è «né tassativa, né esaustiva».

<sup>80</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 203.

<sup>81</sup> Va però registrata una certa portata espansiva della norma rispetto ad altri settori impositivi. Infatti, per effetto degli art. 69, comma 7, L. 21 novembre 2002, n. 342 e art. 13, comma 1, L. 27 novembre 1990, n. 347, l'applicazione dell'art. 37-bis è stata estesa all'imposta sulle successioni e alle imposte ipotecaria e catastale. È discusso, invece, se l'art. 37-bis si applicabile anche all'imposta di registro ai sensi dell'art. 53-bis del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 secondo cui «le attribuzioni e i poteri di cui agli articoli 31 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, possono essere esercitati anche ai fini dell'imposta di registro». Parte della dottrina ha, infatti, escluso che l'art. 53-bis contenga un rinvio anche all'art. 37-bis. Al riguardo è stato osservato che l'art. 37-bis avrebbe il valore e gli effetti di una norma sostanziale, idonea, perciò, ad

Ciò posto, laddove si mantenga ferma una lettura in chiave tassativa del suddetto elenco di operazioni, la formulazione del comma 3 dell'art. 37-bis pone alcune questioni non facilmente risolvibili sul piano dell'individuazione delle condotte elusive. È stato, infatti, sottolineato che la disposizione in questione prevede che nell'ambito di "comportamenti" (di cui al comma 2) siano "utilizzate" le operazioni elencate dalla stessa – diversamente l'art. 37-bis non può trovare applicazione. La norma, tuttavia, non precisa in alcun modo la nozione di "comportamento" lasciando così del tutto indefinito il contesto entro cui dovrebbe avvenire l'utilizzo delle operazioni strumentali al compimento del disegno elusivo<sup>(82)</sup>. Tuttavia, quale che sia la soluzione ipotizzabile alla questione appena esaminata, quest'ultima risulta aver perso gran parte della sua rilevanza atteso che il principio dell'abuso del diritto affermato dalla Corte di Cassazione si traduce, nei fatti, in una interpretazione *abrogans* proprio del terzo comma dell'art. 37-bis<sup>(83)</sup>. Sembra, tuttavia, rimanere aperta una specifica questione legata al problema dell'identità dei comportamenti elusivi. Se, infatti, l'art. 37-bis, per il tramite del suo secondo comma, continua a riferirsi al "comportamento" – e non alle "operazioni" – come oggetto della declaratoria di inopponibilità, allora, ha senso distinguere tra l'autore del comportamento e l'autore dell'operazione. Muovendo da questo presupposto si dovrebbe, quindi, giungere alla conclusione secondo cui l'autore dell'operazione potrebbe essere estraneo al disegno elusivo in quanto l'operazione, seppur realizzata nel suo ambito, non risulterebbe "utilizzata" all'interno del comportamento elusivo. Tuttavia, mancando un netto criterio distintivo tra "comportamenti" e "operazioni" – soprattutto dopo che si sia accolta una lettura svalutativa (se non abrogatrice) del comma 3 citato – sembra difficile, sul piano concreto, poter circoscrivere l'autore del comportamento rispetto all'autore delle mere operazioni in cui lo stesso si articola e che, tuttavia, potrebbero non essere state "utilizzate" con finalità elusiva<sup>(84)</sup>. Una soluzione a tale questione potrebbe essere

---

essere applicata già dal contribuente in sede di dichiarazione. La norma, quindi, non risulterebbe preposta alla mera regolamentazione ed attribuzione di un potere in capo agli Uffici, ma risulterebbe diretta anche al contribuente integrando il sistema sostanziale delle imposte sui redditi (BASILAVECCHIA, M., *I nuovi poteri di controllo dell'amministrazione finanziaria nelle imposte di registro, ipotecaria e catastale*, in *Studio Consiglio Nazionale Notarile*, n. 68/2007/T, approvato dalla Commissione Studi Tributarie il 20 aprile 2007). Conseguentemente, poiché l'art. 53-bis del t.u.r. si riferisce espressamente alle norme relative ai poteri e alle attribuzioni degli Uffici - e non anche alle norme di carattere sostanziale -, si è ritenuto di poter escludere che l'articolo in parola contenesse un rinvio anche all'art. 37-bis (ASSONIME, Approfondimento n. 5/2009, *Imposta di registro - interpretazione e riqualificazione degli atti*, p. 8). Un tale orientamento sembrerebbe, peraltro, condiviso dalla stessa Amministrazione finanziaria. Con la circolare n. 6/E del 6 febbraio 2007 è stato, infatti, affermato che l'art. 53-bis «estende i poteri di controllo previsti per le imposte sui redditi dal D.P.R. n. 600/1973, in particolare negli artt. 32 e 33, anche ai fini dell'imposta di registro». Il rinvio ai poteri e alle attribuzioni degli Uffici recato dall'art. 53-bis risulterebbe, quindi, limitato ai soli poteri di controllo (ZANETTI, E., *Conferimento d'azienda e cessione della partecipazione tra artt. 20 e 53-bis del D.P.R. n. n. 131/1986 e abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 34, 2010, p. 5461).

<sup>82</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 235.

<sup>83</sup> TESAURO, F., *La motivazione degli atti d'accertamento antielusivi ed i suoi riflessi processuali*, in *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3635.

<sup>84</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 234.

rinvenuta attingendo ai criteri elaborati dalla giurisprudenza degli Stati Uniti per circoscrivere il perimetro delle *step transactions* (*Binding Commitment Test*, *Interdependence Test* ed *End Result Test*). Ragionando in questi termini potrebbero, infatti, essere isolate le operazioni preordinate dal medesimo soggetto per il raggiungimento del fine elusivo. Conseguentemente, verrebbero ad essere isolate anche quelle operazioni (ed i relativi autori) che seppur realizzate nel contesto del disegno elusivo non sono state a tal fine utilizzate.

#### 2.4 *La procedura di applicazione dell'art. 37-bis*

Rispetto al previgente art. 10 della L. n. 408/1990 la struttura dell'art. 37-bis risulta particolarmente innovativa, presentandosi come una norma complessa il cui contenuto non risulta limitato alle disposizioni di natura sostanziale precedentemente esaminate<sup>(85)</sup>. Infatti, se i primi due commi dell'articolo in questione recano la nozione legislativa di elusione fiscale e di vantaggio fiscale indebito ed il terzo comma ne circoscrive i limiti applicativi, le successive disposizioni hanno una evidente natura procedurale occupandosi di definire, da un lato, un vero e proprio procedimento per l'attuazione degli accertamenti antielusivi e, dall'altro, alcuni specifici strumenti di tutela quali una particolare ipotesi di interpello e di rimborso.

Con riferimento alle modalità applicative dell'art. 37-bis, i commi dal 4° al 6° di tale disposizione definiscono una sorta di "micro-procedimento"<sup>(86)</sup> che l'Amministrazione è tenuta a rispettare per poter validamente applicare l'articolo in questione<sup>(87)</sup>.

Le fasi di tale procedimento possono così essere riassunte:

- 1) Prima dell'emissione dell'avviso di accertamento, e a pena di nullità dello stesso, l'Ufficio deve inviare, anche mediante raccomandata, al contribuente interessato una richiesta di chiarimenti in merito all'operazione reputata elusiva. Con tale richiesta l'Ufficio è tenuto ad indicare al destinatario della stessa i motivi per cui si reputano applicabili i commi 1 e 2 dell'art. 37-bis;
- 2) Il destinatario della richiesta di chiarimenti ha la facoltà di rispondere per iscritto nel termine di 60 giorni dalla ricezione della predetta richiesta. L'avviso di accertamento non può, quindi, essere emanato prima dello spirare di tale termine;

---

<sup>85</sup> Sul punto si rinvia a BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, pp. 221 e segg.

<sup>86</sup> TUNDO, F., *Natura del termine e tutela del contribuente nel procedimento di accertamento delle fattispecie potenzialmente elusive*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 11, 2011, p. 991.

<sup>87</sup> Tra le predette disposizioni procedurali si annovera anche il comma 8° del medesimo articolo in cui si prevede la possibilità di presentare un particolare interpello per ottenere la disapplicazione delle norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, ove il contribuente dimostri che, nella particolare fattispecie, tali effetti elusivi non potevano verificarsi.

- 3) L'Ufficio, se, nonostante le repliche del contribuente alla richiesta di chiarimenti, ritiene di dover notificare l'atto impositivo, quest'ultimo deve motivarlo specificatamente, a pena di nullità, in relazione ai chiarimenti forniti dal contribuente;
- 4) Nel caso in cui il contribuente impugni l'avviso di accertamento le maggiori imposte accertate potranno essere riscosse solo dopo la sentenza (sfavorevole) della Commissione Tributaria Provinciale.

Lo scopo delle previsioni *sub* 1-3 è, evidentemente, quello di garantire in primo luogo l'emersione ed il confronto delle diverse posizioni e degli elementi conosciuti da ciascuna delle parti prima dell'incardinarsi di una divergenza insanabile e rimediabile solo in sede giudiziale<sup>(88)</sup>. Si è voluto, in altri termini, evitare che il contribuente, a fronte dell'esercizio di un potere così delicato ed aleatorio come quello previsto dall'art. 37-bis, fosse destinatario di un avviso *ab origine* viziato in quanto fondato su una lettura fuorviante da parte dell'ente impositore della realtà giuridico-economico posta in essere dallo stesso contribuente e dal medesimo dichiarata senza immutazioni del vero<sup>(89)</sup>.

Tuttavia, la partecipazione del contribuente all'attività di accertamento non è meramente collaborativa, ma opera anche in un'ottica difensiva<sup>(90)</sup>.

Infatti, attraverso il combinato disposto dei commi 4° e 5° dell'art. 37-bis il contribuente acquista la possibilità di replicare alle tesi dell'Ufficio avendone una preventiva conoscenza ed obbligando quest'ultimo a motivare specificatamente l'avviso di accertamento rispetto alle precisazioni offerte dal contribuente in sede di chiarimenti. In un simile contesto il contribuente acquista, quindi, un'importante occasione per

---

<sup>88</sup> E ciò soprattutto ove si arrivi ad affermare, peraltro in modo assai discutibile, che l'applicazione dell'art. 37-bis può ritenersi assistita da una presunzione con riferimento al requisito dell'assenza di valide ragioni economiche. La Corte di Cassazione con la recente sentenza del 30 novembre 2011 n. 25537 ha, infatti, affermato che *se è vero che per ritenere verificata una ipotesi di abuso del diritto ai sensi dell'articolo 37 bis c.p.c., è necessario che gli atti diretti ad ottenere vantaggi fiscali con l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario siano privi di valide ragioni economiche, questo ultimo requisito, a differenza dei primi due, può ritenersi implicitamente verificato, ove si assuma, come nella sentenza impugnata, che l'unico motivo dell'aggiramento della norma tributaria sia il conseguimento di un vantaggio fiscale.*

<sup>89</sup> Sul punto va osservato che un ulteriore strumento, operante in via preventiva, per impedire il sorgere stesso della fattispecie elusiva e della relativa contestazione è rappresentato nel particolare interpello (cosiddetto "antielusivo") previsto dall'art. 21 della L. 30 dicembre 1991, n. 413 secondo il contribuente può richiedere, prima della conclusione di un contratto, di una convenzione o di un atto che possa dare luogo all'applicazione dell'art. 37-bis, un "preventivo" parere alla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell'Agenzia delle Entrate. Sul punto si veda COMELLI, A., *La disciplina dell'interpello: dall'art. 21 della l. n. 413/1991 allo statuto dei diritti del contribuente*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2001, p. 605.

<sup>90</sup> Sulla distinzione tra le forme meramente collaborative e quelle (anche) difensive di partecipazione del contribuente all'attività di accertamento si veda SALVINI, L., *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell'accertamento*, in *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3570 (con riferimento all'art. 37-bis si veda in particolare p. 3573).



indicare all'Ufficio l'esistenza di ragioni economiche a supporto dell'operazione oggetto di accertamento e che, se ritenute valide dall'Ufficio, non potranno che condurre quest'ultimo ad abbandonare la propria pretesa senza la necessità di avviare uno specifico contenzioso. Si viene, così, ad instaurare un rapporto fondato su un reciproco dare e chiedere ragioni tra Amministrazione e contribuente che consente di fatto a quest'ultimo di anticipare la propria difesa rispetto alla fase giudiziale – eventualmente prevenendone il verificarsi stesso – e, all'Ufficio, di meglio fondare e dirigere la propria azione garantendo un più sicuro adempimento dei doveri di buon andamento<sup>(91)</sup> e imparzialità<sup>(92)</sup> a cui deve ritenersi improntato l'agire amministrativo (art. 97 Cost.).

Inoltre, la valenza difensiva del procedimento in commento emerge con chiarezza anche dal fatto che, sebbene il contribuente possa non replicare alla suddetta richiesta di chiarimenti, l'Ufficio ha l'obbligo di garantire e tutelare l'esercizio di tale facoltà, tanto che se quest'ultimo procede con l'emanazione dell'avviso di accertamento prima che sia decorso il termine di 60 giorni dal ricevimento da parte del contribuente della richiesta di chiarimenti, il provvedimento è affetto da radicale nullità. In tal senso, l'Ufficio risulta tenuto a garantire l'esercizio in via anticipata rispetto al giudizio del diritto di difesa del contribuente. In aggiunta, ove il contribuente abbia deciso di dare seguito all'invito dell'Ufficio, vi è un chiaro presidio a tutela dell'istanza di difesa del contribuente: l'avviso di accertamento non può essere emanato in modo "acritico", ma deve espressamente tenere conto di quanto illustrato dal contribuente nelle sue memorie. Non avrebbe, infatti, avuto senso obbligare l'Ufficio ad un instaurare un contraddittorio con finalità anche difensiva per il contribuente se poi le risultanze dello stesso potevano ben essere ignorate nella motivazione dell'avviso di accertamento vanificando le istanze difensive poste in essere dal contribuente rispetto alle contestazioni dell'Ufficio medesimo<sup>(93)</sup>.

---

<sup>91</sup> Attraverso la collaborazione del contribuente in fase di risposta alla richiesta di chiarimenti.

<sup>92</sup> Attraverso l'obbligo di specifica motivazione l'Ufficio risulta, infatti, tenuto a non trascurare alcuno degli elementi addotti dal contribuente in sede di risposta alla richiesta di chiarimenti (BASILAVECCHIA, M., *Per l'effettività del contraddittorio*, *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2369).

<sup>93</sup> Cfr. BASILAVECCHIA, M., *op. cit.*, p. 2370. Un tale obiettivo, peraltro, non poteva, evidentemente, ritenersi raggiunto ove l'Ufficio fosse stato obbligato soltanto a richiedere maggiori informazioni o dettagli al contribuente – ad es. sul modello di quanto previsto dall'art. 32 del D.P.R. 600/73 in tema di questionari informativi. In tal caso, infatti, ciò a cui si sarebbe approdati avrebbe avuto la forma di una mera cooperazione del contribuente alla fase istruttoria dell'azione amministrativa consentendo all'Ufficio di ottenere una più agevole acquisizione di quegli elementi della realtà di diretta conoscenza del contribuente, ma lasciando quest'ultimo del tutto inerte di fronte ad un generale fraintendimento da parte dell'Ufficio delle ragioni che hanno determinato il comportamento contestato. Il Legislatore, quindi, attraverso i commi 4° e 5° dell'art. 37-bis ha cautamente istituito due forme di garanzia a tutela della partecipazione (difensiva) del contribuente all'azione amministrativa: una a monte (l'obbligatorietà dell'invito alla partecipazione endoprocedimentale nella contestazione dell'elusione) e una a valle (l'obbligatorietà della specifica motivazione).

Il proposto inquadramento dei commi 4° e 5° dell'art. 37-bis appare, inoltre, confermato anche da parte della giurisprudenza di merito<sup>(94)</sup>. In particolare, ad avviso della Commissione Tributaria Provinciale di Milano – sentenza 30 luglio 2008, n. 146 – «l'esame del combinato disposto delle disposizioni citate rende invero evidente la finalità del contraddittorio preventivo, che è quella di sottoporre alla rispettiva valutazione dei diretti interessati le ragioni della ripresa fiscale - da menzionarsi nella richiesta di chiarimenti di cui al comma 4 citato - e le argomentazioni difensive del contribuente, onde pervenire già nella fase preliminare ad un riesame della questione, sulla specifica base di queste ultime deduzioni». In senso conforme, la Commissione Tributaria Provinciale di Modena, con la sentenza 8 febbraio 2006 n. 188, ha affermato che il procedimento previsto dall'art. 37-bis si presenta nella forma di un «livellamento sia della posizione difensiva fra le due parti che del rispettivo apporto nell'iter formativo dell'atto accertativo» e che inoltre, come puntualizzato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Livorno, sentenza 25 settembre 2008 n. 165, le giustificazioni del soggetto accertato devono non solo essere prese in considerazione dall'Amministrazione, ma devono essere anche espressamente confutate: la motivazione in tal senso non potrà risolversi in formule di mero stile, ma dovrà illustrare le specifiche ragioni giuridiche ed economiche che hanno indotto l'Amministrazione a non accogliere le osservazioni del contribuente.

La *ratio* delle disposizioni procedurali previste dall'art. 37-bis può, quindi, essere meglio colta se calata nel più ampio contesto normativo della partecipazione del contribuente al procedimento di accertamento non tanto in un'ottica di mera cooperazione – prevista dall'art. 12, comma 7, della legge 27 luglio 2000, n. 212 –, ma soprattutto in un'ottica difensiva<sup>(95)</sup>(<sup>96</sup>).

---

<sup>94</sup> Cfr. Sentenza n. 165 del 25 settembre 2008 della Comm. Trib. Prov. di Livorno nonché la sentenza n. 30 del 31 marzo 2009 della Comm. Trib. Reg. della Lombardia.

<sup>95</sup> Per un'ampia indagine sul punto si veda MICELI, R., *Il diritto del contribuente al contraddittorio nella fase istruttoria*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, 5, p. 398.

<sup>96</sup> Il principio del contraddittorio, peraltro, ha ormai acquistato una quasi sistematica in tutti i casi in cui il potere di accertamento previsto risulti non solo particolarmente penetrante rispetto agli interessi del contribuente, ma sia, inoltre, costitutivamente aleatorio nei suoi esiti (Per un'ampia indagine sul punto si veda MICELI, R., *Il diritto del contribuente al contraddittorio nella fase istruttoria*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, 5, p. 398). Si pensi all'art. 38, comma 7, sul c.d. redditometro oppure all'art. 10, comma 3bis, della L. 148/96 relativo agli accertamenti sugli studi di settore: in entrambi i casi il Legislatore ha imposto un contraddittorio obbligatorio tra Ufficio e contribuente a pena di nullità dell'avviso (il citato comma 7 è stato aggiunto dall'art. 1, comma 409, lett. b), L. n. 311 del 30/12/2004. In tal caso l'Amministrazione è tenuta a procedere mediante accertamento con adesione (art. 5 del D.Lgs. n. 218 del 19/06/1997). Come, infatti, precisato da parte della dottrina, il tipo di contraddittorio in commento si presenta come una particolare forma di dialogo tra Amministrazione e contribuente concepito quale necessario corredo all'uso di metodologie di accertamento che, in quanto fondate sull'utilizzo di presunzioni ovvero sul superamento delle risultanze contabili e dichiarative, appaiono caratterizzate da una intrinseca opinabilità nei risultati ove non siano accompagnate da un coinvolgimento dello stesso contribuente che non può, quindi, non riflettersi anche in una specifica occasione difensiva di quest'ultimo prima che l'atto amministrativo risulti formato ed efficace (SALVINI, L., *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell'accertamento*, in *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3573; RAGUCCI, G. *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 5, 2009, p. 580; FANTOZZI, A., *Violazioni del contraddittorio e invalidità degli atti tributari*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2011, p. 138; TUNDO, F., *Abuso del diritto ed elusione*:

Si deve però ricordare che nel caso delle contestazioni antielusive il Legislatore risulta aver previsto anche una diversa tutela per il contribuente e che agisce sul diverso piano della riscossione delle imposte.

Ai sensi del 6° comma dell'art. 37-bis l'Amministrazione non può, infatti, riscuotere le maggiori imposte richieste se non dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale, inoltre ai sensi del successivo comma 7° i soggetti che hanno pagato delle maggiori imposte per effetto dei comportamenti sconosciuti ai sensi del suddetto articolo, ma di cui gli stessi non sono autori, hanno diritto a chiederne il rimborso entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo.

Ebbene non può, evidentemente, tacersi la specialità e unicità delle richiamate previsioni. Con riferimento a quanto previsto dal comma 6°, non può non rilevarsi che in tutti gli altri casi in cui sia previsto un confronto in chiave di contraddittorio tra Amministrazione e contribuente e quest'ultimo risulti soccombente e venga, perciò, fatto destinatario di un opportuno avviso di accertamento, le imposte ivi richieste risulteranno riscuotibili secondo le normali regole. E ciò avviene nonostante la consapevolezza che il contraddittorio tra contribuente e Amministrazione si costituisca nella chiara assenza di un organo terzo rispetto alle parti e con evidente primazia dell'Amministrazione sul contribuente stesso. Diversamente, ove tale contraddittorio sia legato ad una contestazione elusiva il Legislatore risulta aver derogato a tale impostazione generale. La ragione di ciò può essere ricondotta al fatto che se le contestazioni antielusive si fondano, essenzialmente, su questioni di diritto e non di fatto, occupandosi, inoltre, di condotte formalmente conformi alle disposizioni del sistema tributario, ne consegue che il grado di aleatorietà delle conclusioni raggiunte dall'Ufficio non potrà che dirsi massimo e tale quindi da giustificare un'ulteriore cautela sul piano della riscossione qualora il contribuente, trovandosi in disaccordo con l'Ufficio, proponga tempestivo ricorso. In questo modo le imposte richieste con l'avviso di accertamento diverranno riscuotibili soltanto dopo il vaglio di un organo terzo, ossia il giudice. Inoltre, per effetto di quanto previsto dal successivo comma 7°, le cautele sul piano della riscossione sono state estese anche nei confronti dei soggetti diversi dagli autori della condotta elusiva. Così il Legislatore risulta aver preso coscienza del fatto che in alcuni casi i vantaggi fiscali legati alle condotte elusive derivano da un corrispondente svantaggio fiscale per un altro soggetto estraneo alla condotta *de qua*. Una tale tutela appare certamente opportuna se si considera – come osservato in precedenza – che gli autori delle operazioni facenti parte di un disegno elusivo non sono necessariamente anche gli autori dello stesso<sup>97</sup>), potendo

---

*un'anomala sovrapposizione*, in *Corr. trib.*, 4, 2011, p. 279). Pertanto, le previsioni di natura procedimentale recate dai commi 4° e 5° dell'art. 37-bis appaiono caratterizzare in modo intrinseco e costitutivo l'esercizio del potere di far dichiarare inopponibile nei confronti dell'Amministrazione la realtà giuridica – perfettamente valida sotto il profilo civilistico – dichiarata dal contribuente.

<sup>97</sup> TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 225.

quindi ben essere estranei al predetto fine e, soprattutto, destinatari di uno svantaggio fiscale che ha origine proprio alla luce del suddetto disegno elusivo<sup>98</sup>).

Alla luce di quanto sopra appare ragionevole concludere che il particolare procedimento previsto dall'art. 37-bis ha un evidente carattere di specialità di talché non sembra possa ritenersi surrogabile con altre forme di riscossione e di partecipazione del contribuente all'attività di accertamento. Tale circostanza, come si chiarirà in seguito, ha oggi assunto una crescente importanza in considerazione dell'affermazione del principio dell'abuso del diritto che, ad avviso della Corte di Cassazione, non risulterebbe assoggettato al procedimento previsto dall'art. 37-bis.

## 2.5 *La giurisprudenza e il contraddittorio endoprocedimentale previsto dall'art. 37-bis*

Indipendentemente dagli effetti dell'ingresso del principio dell'abuso del diritto – e di cui si dirà in seguito –, il procedimento previsto dall'art. 37-bis ha nel tempo dato luogo ad alcune criticità a cui la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, non sembra aver dato soluzioni adeguate, anzi pare in qualche modo aver depotenziato la valenza “garantista” del suddetto procedimento – soprattutto con riferimento alla fase del contraddittorio tra Fisco e contribuente.

Infatti, con riferimento alla richiesta di chiarimenti di cui al comma 4° dell'art. 37-bis, è emerso, da un lato, il problema dell'individuazione della forma con cui l'Ufficio deve intendersi tenuto ad indirizzare la propria richiesta di chiarimenti nei confronti del contribuente e, dall'altro, si è posta la questione della natura del termine entro cui il contribuente deve rispondere alla suddetta richiesta di chiarimenti.

Sul punto è intervenuta la sentenza n. 351 del 12 gennaio 2009, della Corte di Cassazione secondo cui «*la norma citata [comma 4°, art. 37-bis] non pretende una forma particolare per la richiesta di chiarimenti al contribuente, ammettendo che questa sia fatta “anche per lettera raccomandata”, senza escludere altre modalità, compresa la richiesta orale, ad esempio da parte dei verbalizzanti. Al contrario la legge pretende che la risposta del contribuente sia formulata per iscritto*».

È indubbio che il dato testuale del comma 4° non offra alcuna indicazione in merito alla forma della richiesta di chiarimenti; tuttavia appare evidente che la stessa non può che intendersi in forma scritta.

Infatti, se così non fosse apparirebbe particolarmente oneroso per il contribuente eccepire il mancato “invio” di tale richiesta – vanificando, quindi, l'effetto della garanzia disposta dal citato 4° comma: se, infatti, l'obbligo della preventiva richiesta di chiarimenti può intendersi soddisfatto anche in forma orale, cioè senza che ve ne sia traccia scritta, come sarà possibile provarne in modo obiettivo il mancato adempimento – soprattutto in

---

<sup>98</sup> Si pensi, ad es., ai casi in cui il disegno elusivo venga perpetrato sfruttando un assetto societario in forma di gruppo ove la controllante può evidentemente ordinare alle sottoposte di realizzare talune operazioni al fine di conseguire essa stessa un vantaggio fiscale altrimenti indebito attraverso un corrispondente svantaggio patito dalle società controllate autrici delle predette operazioni ma non del disegno elusivo.

un processo tutto documentale come quello tributario? Si approderebbe, così, ad un evidente sbilanciamento in favore dell'Amministrazione della procedura prevista dall'art. 37-bis travisandone con ciò il generale impianto garantista votato in particolare a tutelare la difesa stragiudiziale del contribuente. Peraltro, l'ipotesi di una richiesta di chiarimenti in forma orale, rendendo evidentemente incerto l'accertamento della sua omissione, appare scarsamente plausibile ponendosi in chiaro contrasto con la particolare gravità della sanzione di nullità dell'avviso di accertamento prevista dal Legislatore con riferimento alla predetta omissione.

Inoltre, l'ipotesi che la richiesta venga avanzata in forma orale ma trasfusa poi nel verbale redatto dai verificatori e consegnato al contribuente non pare coerente con quanto previsto dal successivo comma 5° dell'art. 37-bis. Quest'ultimo impone, infatti, che sia lo stesso soggetto che ha formulato la richiesta di chiarimenti a dover motivare l'avviso emesso in relazione alle eventuali repliche rese dal contribuente. Tale circostanza non sembra meramente formale, poiché garantisce che le domande poste in sede di chiarimenti siano indirizzate ad ottenere proprio e soltanto quelle informazioni che il soggetto tenuto a motivare l'avviso ha ritenuto fondanti per la sua validità. Diversamente, le domande potrebbero risultare mal poste e di scarso valore ai fini della corretta formazione del contraddittorio e, quindi, della motivazione dell'avviso. In sintesi l'ipotesi in commento conduce ad un pregiudizio per il buon andamento dell'attività dell'amministrazione.

Con riferimento, invece, alla natura del termine entro cui il contribuente ha facoltà di rispondere alla suddetta richiesta di chiarimenti, la giurisprudenza di merito risulta aver assunto un orientamento non privo di criticità.

La recente sentenza n. 101 del 24 giugno 2011 della Commissione Tributaria regionale della Lombardia ha, infatti, affermato che «secondo l'Ufficio l'avviso di accertamento deve tener conto delle giustificazioni offerte solo qualora le stesse pervengano entro il termine di sessanta giorni, scaduto il quale l'Amministrazione non è tenuta ad aspettare oltre, e può validamente procedere a notificare l'accertamento (nella fattispecie, era imminente la scadenza del termine di decadenza dall'accertamento)». La stessa commissione ha poi affermato che «[si] ritiene corretta l'interpretazione dell'Ufficio, l'unica che consenta di tutelare adeguatamente le opposte esigenze del contribuente - di utilizzare interamente il termine posto dalla legge a sua disposizione per fornire le giustificazioni richieste - e dell'Ufficio di procedere all'accertamento dopo la scadenza dello stesso termine».

Nel caso di specie tale conclusione potrebbe ritenersi condivisibile poiché diversamente l'Ufficio avrebbe visto spirare il termine per poter attuare il proprio potere di accertamento. Tuttavia, ove il principio affermato dalla Commissione fosse generalizzato, non sembra che lo stesso possa dirsi altrettanto condivisibile.

In primo luogo il termine in questione si presenta come un lasso temporale che definisce uno *spatium deliberandi* del contribuente che non ammette compressioni,

essendo posto *in primis* a garanzia di quest'ultimo – tanto da doversi considerare nullo l'avviso emesso prima dello spirare di tale termine.

Inoltre, lo stesso dato testuale della norma citata pare deporre a sfavore di quanto affermato dalla Commissione, atteso che la stessa recita «*l'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta*». La norma parla quindi di “invio” e non di “ricezione” entro 60 giorni. Non si comprende, in tal senso, perché debba essere accolta la posizione dell'Ufficio secondo cui quest'ultimo sarebbe legittimato ad ignorare il contenuto della replica alla richiesta di chiarimenti ove questa, ancorché inviata entro il suddetto termine di 60 giorni, pervenga al medesimo in data successiva.

Alla luce delle considerazioni svolte appare, quindi, auspicabile che il Legislatore, in occasione di un sempre più necessario intervento di riforma per risolvere i rapporti tra il principio dell'abuso del diritto e l'art. 37-bis, provveda anche ad una revisione delle disposizioni di natura procedimentale ad oggi previste dall'art. 37-bis al fine di risolvere le criticità appena segnalate e scongiurare, pertanto, l'ipotesi di un tendenziale depotenziamento da parte della giurisprudenza della tutela offerta al contribuente nei confronti degli accertamenti antielusivi.

## - Capitolo III -

### L'ABUSO DEL DIRITTO E LA CRISI DEL MODELLO DI CLAUSOLA ANTELUSIVA ADOTTATO DAL LEGISLATORE NAZIONALE

**SOMMARIO:** **1.** Il ruolo del principio comunitario dell'abuso del diritto. – **1.1** L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. – **1.1.1** Le premesse “extrafiscali” – **1.1.2** L'abuso del diritto nel settore della fiscalità non armonizzata. – **1.1.3** L'abuso del diritto nel settore della fiscalità armonizzata – **1.2** L'applicazione del principio comunitario dell'abuso del diritto da parte della Corte di Cassazione. – **2.** Il principio dell'abuso del diritto quale precipitato del principio costituzionale di capacità contributiva. – **2.1** L'evoluzione dell'orientamento della Corte di Cassazione. – **2.2.** L'abuso del diritto quale clausola antielusiva generale fondata sull'art. 53 Cost. – **2.3.** I rapporti tra l'art. 37-bis ed il principio dell'abuso del diritto. – **2.3.1.** Premessa: l'art. 37-bis come sintomo dell'esistenza di un principio antielusivo generale. – **2.3.2.** La questione dell' “abuso” dell'abuso del diritto e la tutela del contribuente – **2.4.** Abuso del diritto e sostanza economica: il dualismo tra effetti e scopo economico dell'operazione. – **3.** Abuso del diritto e sanzioni. – **3.1.** I principi di diritto enunciati dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 25537/2011 e n. 7739/2012. – **3.2.** Il ruolo della violazione della legge quale presupposto per l'irrogazione di una sanzione. – **3.3.** La questione della (in)determinatezza delle condizioni di applicazione della sanzione per dichiarazione infedele nel caso delle condotte elusive. – **3.4.** Sanzioni e conflitti di qualificazione tra abuso del diritto ed art. 37-bis.

#### 1. IL RUOLO DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DELL'ABUSO DEL DIRITTO

Nonostante la chiara scelta legislativa di introdurre una clausola antielusiva a scopo limitato, ossia “quasi-generale”, in quanto applicabile soltanto al ricorrere di determinate operazioni (come nel caso dell'art. 10 della L. n. 408/1990 e poi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73), la giurisprudenza della Corte di Cassazione, già a partire dal 2005<sup>(1)</sup>,

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce alle sentenze 1 ottobre 2005, n. 20398 e 14 novembre 2005, n. 22932 con cui erano stati affrontati, rispettivamente, dei casi di *dividend washing* e *dividend stripping*. Va, tuttavia, osservato che con tali sentenze la Corte di Cassazione non ha affermato la diretta applicabilità del principio dell'abuso del diritto di matrice comunitaria all'interno dell'ordinamento nazionale; di contro, i giudici di legittimità si sono limitati ad affermare che un tal principio, da un lato, costituiva chiara evidenza dell'esistenza di una regola generale con cui reprimere gli atti elusivi mediante il rimedio dell'inopponibilità e, dall'altro, veniva stabilito che un simile principio – sebbene reputato non applicabile nell'ordinamento interno – doveva comunque spingere l'interprete a rinvenire nell'ordinamento interno degli strumenti in grado di contrastare le condotte elusive conformemente al principio in questione. È in tale ottica che i giudici delle sentenze in commento hanno fatto riferimento all'istituto della frode alla legge e della nullità per difetto di causa (essendo i negozi motivati dall'unico fine di eludere le imposte). Diversamente, - come si vedrà in seguito - la diretta applicabilità

mostrava una certa ritrosia nei confronti di tale impostazione dapprima provando ad estendere la frode alla legge in senso civilistico ovvero la nullità per vizio di causa al settore tributario e, successivamente, facendo ricorso al principio dell'abuso del diritto già da tempo elaborato dalla Corte di Giustizia Europea. La Corte di Cassazione è così progressivamente giunta ad affermare non solo la diretta applicabilità di tale principio anche nell'ordinamento nazionale<sup>(2)</sup>, ma anche la sua rilevanza ai fini dell'individuazione all'interno dell'ordinamento nazionale di un principio antielusivo generalissimo ed utilizzabile indipendente dalla presenza di specifiche norme antielusive. Il compimento di tale percorso, come si vedrà, è rappresentato dal successivo, e ormai consolidato, orientamento secondo cui, nell'ambito delle imposte dirette, il divieto dell'abuso del diritto troverebbe un fondamento interno e, propriamente, nei principi di capacità contributiva e di progressività recati dall'art. 53 Cost. Pertanto, all'esito di tale processo, l'attuale posizione della Corte di Cassazione prevede che il principio dell'abuso del diritto di matrice comunitaria sia applicabile al settore delle imposte armonizzate o quasi-armonizzate (come le imposte doganali e l'IVA), e che invece per il settore delle imposte dirette trovi applicazione l'omologo principio di fonte costituzionale.

Così operando la Corte di Cassazione ha di fatto obliterato la scelta legislativa alla base dell'art. 37-bis in quanto il principio dell'abuso del diritto è stato coniato non solo nei termini di un principio antielusivo generale applicabile indistintamente a tutti i settori impositivi, ma anche nei termini di una regola applicabile d'ufficio e retroattivamente e, quindi, in totale spregio delle regole procedurali previste dal medesimo art. 37-bis. Si può, quindi, parlare di una vera e propria crisi del modello di clausola antielusiva adottata dal Legislatore nazionale proprio perché, sulla scorta dell'affermazione pretoria del principio dell'abuso del diritto, quest'ultima viene a declinarsi sempre più – come si avrà modo di chiarire – nei termini di un canone interpretativo generale del sistema impositivo applicabile, pertanto, in modo diretto ed immediato senza il filtro di alcuna norma positiva – ossia senza limiti temporali, procedurali ovvero di fattispecie<sup>(3)</sup>.

---

nell'ordinamento interno del principio dell'abuso del diritto di matrice comunitaria verrà affermata con la sentenza 29 settembre 2006, n. 21221 (successiva alla nota sentenza "Halifax", 21 febbraio 2006, C-255/02, della Corte di Giustizia Europea). Sul punto si veda LOVISOLO, A., *Il principio di matrice comunitaria dell' "abuso" del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2007, p. 738 nonché POGGIOLI, M., *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2006, p. 135 e BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, p. 23.

<sup>2</sup> Sentenza 29 settembre 2006, n. 21221.

<sup>3</sup> Peraltro, come osservato dalla dottrina, il fatto che la maggioranza degli ordinamenti stranieri si sia dotato di un clausola antielusiva generale non sembra deporre in favore di una lettura dell'abuso del diritto come canone interpretativo del sistema tributario – applicabile, quindi, in assenza di una norma espressa. Sembra, infatti, preferibile la tesi secondo cui – eccezion fatta per gli ordinamenti che



## 1.1 *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*

Considerato che il quadro di riferimento a cui la Corte di Cassazione ha in prima battuta rinviato ai fini dello sviluppo del principio dell'abuso del diritto è la giurisprudenza della Corte di Giustizia, appare opportuno procedere con un preliminare esame della stessa. Lo scopo di tale analisi sarà duplice: da un lato, verificare se l'approdo alla ricordata versione "costituzionalizzata" del principio dell'abuso del diritto abbia comportato delle novità sul piano sostanziale rispetto al contenuto dell'omologo principio di fonte comunitaria; dall'altro, verificare l'eventuale apporto dell'opera giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea rispetto al fenomeno di circolazione internazionale dei modelli tributari di clausola antielusiva esaminato in precedenza.

### 1.1.1 *Le premesse "extrafiscali"*

Quale punto di partenza per un'indagine sull'evoluzione del principio comunitario dell'abuso del diritto si è soliti fare riferimento al caso "*Van Binsbergen*"<sup>(4)</sup> affrontato dalla sentenza 3 dicembre 1974, causa C-33/74 della Corte di Giustizia Europea. Con tale sentenza viene, infatti, ad emergere per la prima volta il nucleo essenziale della problematica dell'abuso del diritto dal punto di vista comunitario: le libertà attribuite ai singoli dalle norme dell'Unione non possono essere utilizzate per sottrarsi alle norme interne o, più in generale, per ledere interessi protetti dalle legislazioni nazionali e ritenuti meritevoli di tutela anche dall'ordinamento comunitario<sup>(5)</sup>. Nello specifico la sentenza *Van Binsbergen* riguarda un caso in cui veniva posta la questione della compatibilità con il diritto comunitario di una norma interna che limitava la difesa innanzi a determinati tributari ai soli avvocati residenti nello Stato<sup>(6)</sup>. Ebbene nel risolvere tale questione la

---

ammettono una interpretazione secondo realtà economica delle norme tributarie – l'applicazione del principio in commento debba passare per l'espressa attribuzione di uno specifico potere di riqualificazione all'Amministrazione finanziaria (eventualmente corredato di vincoli apposti al fine di escluderne un esercizio indiscriminato potenzialmente lesivo per il contribuente). Sul punto PISTONE, P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2, 2012, p. 448. Ad avviso di altra dottrina il principio dell'abuso del diritto, anche ove fosse assunto nei termini di un principio di tipo interpretativo, andrebbe comunque qualificato anche nei termini di un principio operante quale giustificazione per l'introduzione di norme interne di tipo restrittivo (ed altrimenti prive di giustificazione) – come ad es. avviene nel caso del regime delle *controlled foreign company* rispetto alla libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato (WEBER, D., *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ - Part 1*, in *European Taxation*, 6, 2013, p. 264).

<sup>4</sup> GESTRI, M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, pp. 55-57 si veda anche PIAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, pp. 71-72 e LOSURDO, F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011, pp. 135 e segg.

<sup>5</sup> GESTRI, M., *op.cit.*, pp. 82 e segg. nonché WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance.*, The Hague, 2005, p. 164.

<sup>6</sup> Nello specifico il caso riguardava le vicende processuali del signor Van Binsbergen che aveva designato come suo avvocato un professionista di nazionalità olandese e residente nei Paesi Bassi; quest'ultimo, nel corso del procedimento a carico del signor Van Binsbergen, aveva trasferito la propria

Corte chiarisce che una restrizione alla libera prestazione dei servizi può essere ammessa soltanto ove ricorrano (congiuntamente) le seguenti condizioni<sup>(7)</sup>: i) il prestatore di servizi stabilito in uno stato membro svolge la sua attività per intero o principalmente sul territorio di un altro Stato (c.d. stato di destinazione)<sup>(8)</sup>; ii) l'operazione è realizzata dal soggetto allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione, la cui osservanza gli sarebbe stata imposta ove egli si fosse stabilito nello Stato di destinazione<sup>(9)</sup>. Sulla base di questi presupposti i giudici hanno stabilito che, nel caso di specie, non si profilava un utilizzo distorto – ossia un abuso – della libertà di stabilimento e di fornitura di servizi poiché non venivano ad essere lesi interessi protetti da norma imperativa ed erano comunque stati integrati i presupposti per godere delle libertà riconosciute dal Trattato<sup>(10)</sup>. Tuttavia, precisa la Corte, «[è], *del pari, giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione. Una simile situazione deve infatti venir regolata dalle norme sul diritto di stabilimento e non dalle norme sulla prestazione di servizi*»<sup>(11)</sup>.

All'interno di questo quadro è però il criterio del pubblico interesse ciò che consente di stabilire se la restrizione alla libertà di stabilimento possa o meno ritenersi giustificata. Secondo la Corte, infatti, «*non si può considerare incompatibile con gli artt. 59 e 60 la norma che impone a chi esercita una professione connessa con l'amministrazione della giustizia di stabilire la propria residenza nella circoscrizione di determinati organi giudiziari, quando detta norma appare obiettivamente necessaria per*

---

residenza in Belgio ed in conseguenza di ciò il tribunale olandese aveva contestato la legittimazione dell'avvocato ad espletare il proprio mandato visto che ai sensi della legislazione interna tale incarico poteva essere svolto soltanto dai professionisti residenti nei Paesi Bassi. A ciò si oppose l'avvocato invocando le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità. Pertanto, con rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea quest'ultima veniva investita delle seguenti questioni: i) la conformità al diritto comunitario di una norma nazionale che richieda il requisito della residenza come condizione per patrocinare avanti a determinati tribunali; ii) se gli artt. 59 e 60 del Trattato CEE fossero direttamente efficaci e come tali direttamente azionabili nei confronti dei giudici nazionali.

<sup>7</sup> BETTI, R., SBARAGLIA, G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, in *Il Fisco*, 39, 2011, p. 6381.

<sup>8</sup> Corte di Giustizia Europea, 3 dicembre 1974, C-33/74, § 9.

<sup>9</sup> Corte di Giustizia Europea, 3 dicembre 1974, C-33/74, § 12.

<sup>10</sup> LOSURDO, F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011, p. 136. Va, infatti, osservato che stante la normativa olandese così come ricostruita dai giudici comunitari quest'ultima non prevedeva particolare vincoli per l'esercizio della professione di avvocato. Ed, infatti, i giudici affermano (§ 16) che «[s]e infatti, all'interno d'uno Stato membro, l'esercizio d'una determinata attività è assolutamente libero, pretendere la residenza nello Stato significa imporre una restrizione incompatibile con gli artt. 59 e 60 del trattato, dal momento che il buon funzionamento della giustizia può venir garantito con obblighi meno pesanti, ad esempio prescrivendo l'elezione d'un domicilio ove possano essere indirizzate le comunicazioni giudiziarie».

<sup>11</sup> Corte di Giustizia Europea, 3 dicembre 1974, C-33/74, § 17.

*assicurare l'osservanza di disposizioni professionali collegate in particolare col funzionamento della giustizia e col rispetto della deontologia»*<sup>(12)</sup>.

In tal senso si può affermare che l'approccio all'abuso del diritto seguito in questa prima fase dalla Corte di Giustizia si snoda lungo tre livelli: in primo luogo viene verificato se la fattispecie *sub iudice* cade nel campo di applicazione del diritto Comunitario ovvero se si tratta di una questione di diritto puramente interno; ove risulti verificata la prima ipotesi, allora, la Corte verifica se le norme interne di cui viene contestata l'applicazione costituiscono o meno delle restrizioni alle libertà riconosciute dal Trattato; in tal caso, la Corte compie un ulteriore "passo" e verifica se tali restrizioni sono ricomprese tra quelle espressamente previste dal Trattato<sup>(13)</sup> ovvero sono comunque giustificate in base alla cosiddetta *Rule of reason doctrine* in virtù della tutela di un pubblico interesse dello Stato membro secondo modalità non-discriminatorie e conformi al principio di proporzionalità<sup>(14)</sup>. Ed, infatti, nel successivo caso "*Centros*"<sup>(15)</sup>, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, la Corte di Giustizia Europea ha affermato che la mera costituzione di una società in un Paese diverso da quello di residenza dei soci, ancorché motivato dall'obiettivo di godere di un regime giuridico più favorevole rispetto a quello nazionale, non costituisce di per sé un abuso in quanto tale facoltà fa parte del concetto stesso della libertà di stabilimento<sup>(16)</sup>; è necessario, invece, che la censura sia fondata *inter alia* in una lesione di interessi pubblici protetti da norme (interne) imperative: *«i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»*<sup>(17)</sup>. Nello stesso senso nella precedente sentenza 10 luglio 1986, "*Segers*"<sup>(18)</sup>, causa C- 79/85, era stato

<sup>12</sup> Corte di Giustizia Europea, 3 dicembre 1974, C-33/74, § 14.

<sup>13</sup> In questo caso ci si riferisce alle ipotesi di restrizioni delle libertà compatibili con le eccezioni previste dallo stesso Trattato (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea). Sul punto DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, p. 873.

<sup>14</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 48-49.

<sup>15</sup> Il caso affrontato dai giudici riguardava una società che era stata costituita in Inghilterra da parte di un cittadino danese al fine di avvantaggiarsi del regime societario esistente in tale Stato evitando, così, l'applicazione della normativa danese sul capitale minimo delle società, pur essendo la società destinata ad operare in Danimarca oltreché dotata della sua sede principale ed effettiva in tale Stato. In questa occasione, il relativo comportamento della società inglese venne considerato legittimo e le misure anti-elusive adottate nell'ordinamento danese per imporre nel caso di specie l'applicazione della sua disciplina societaria furono conseguentemente giudicate in contrasto con la normativa comunitaria di cui agli artt. 43 e 48 del Trattato CE (oggi artt. 49 e 54 TFUE).

<sup>16</sup> Corte di Giustizia Europea, sent. 9 marzo 1999, C-212/97, § 27.

<sup>17</sup> Corte di Giustizia Europea, sent. 9 marzo 1999, C-212/97, § 34.

<sup>18</sup> La vicenda riguardava il caso di un cittadino olandese, il Signor Segers, che, unitamente alla moglie, aveva acquistato l'intero capitale sociale di una società inglese neocostituita. Inoltre, Segers aveva conferito in tale società le azioni di un'altra società di cui deteneva l'interno capitale e di cui era egli stesso amministratore. Tramite tale società l'altra società di diritto inglese svolgeva la propria ed unica

affermato che il semplice fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha la sede, operando invece unicamente nello Stato membro della sua succursale, non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un abuso tale da giustificare l'adozione di misure restrittive della libertà di stabilimento<sup>(19)</sup>: è necessario che tale regime restrittivo sia giustificato da motivi inerenti la tutela di interessi di rilievo generale (come l'ordine pubblico, di pubblica sicurezza o sanità)<sup>(20)</sup>. Diversamente la norma antiabuso non potrà essere ritenuta legittima e, quindi, il comportamento con essa contrastante non potrà essere considerato illegittimo solo perché volto ad aggirare un obbligo o divieto posto dallo Stato.

Pertanto, l'approccio all'abuso del diritto elaborato in questa prima fase dalla Corte di Giustizia si presenta come un generalissimo correttivo del diritto comunitario rispetto a quello interno<sup>(21)</sup>. Infatti, le citate sentenze danno evidenza del fatto che il primato del diritto comunitario sulle norme nazionali non può estendersi fino al punto di impedire agli Stati membri di tutelare i rispettivi interessi a rilevanza generale. Va però detto che nelle pronunce appena ricordate non viene impiegata l'espressione abuso di diritto, mentre ricorre perlopiù quella di comportamento fraudolento. Come osservato dalla dottrina tale scelta terminologica non sembra casuale, ma pare rispondere *in primis* alla volontà di riferirsi ad una categoria già nota alla giurisprudenza dei vari Paesi Membri<sup>(22)</sup>.

---

attività nei Paesi Bassi – e quindi non in Inghilterra, ossia nel Paese di costituzione. Successivamente il Sig. Segers chiede una prestazione all'assicurazione pubblica dei Paesi Bassi, ma gli viene rifiutata opponendo che egli era amministratore e dipendente di una società straniera (cioè quella di diritto inglese). In tal caso l'abuso avrebbe riguardato il fatto di essersi sottratti alla disciplina assicurativa pubblica inglese in favore di quella dei Paesi Bassi per il tramite di una succursale di una società di diritto inglese stabilita nei Paesi Bassi e di cui il richiedente la prestazione assicurativa risultava amministratore e dipendente e, quindi, formalmente idoneo a chiedere tale prestazione nei Paesi Bassi.

<sup>19</sup> Corte di Giustizia Europea, sentenza 10 luglio 1986, C- 79/85, § 16.

<sup>20</sup> Corte di Giustizia Europea, sentenza 10 luglio 1986, C- 79/85, § 17.

<sup>21</sup> Tale accezione dell'abuso del diritto è stata definita dalla dottrina nei termini di "abuso in senso lato" volendo significare il suo operare nei termini di una clausola generale dell'ordinamento che corregge l'uso distorto delle libertà fondamentali. Diversamente, l' "abuso in senso stretto" riguarderebbe i casi in cui la categoria in questione entro in gioco sotto il profilo di una corretta interpretazione teleologica delle disposizioni comunitarie ai fini di una sindacabilità degli atti di esercizio del diritto soggettivo. Sul punto PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, pp. 63 e segg. Per una rassegna dei diversi contesti in cui la Corte di Giustizia ha utilizzato siffatta nozione di abuso del diritto si veda LOSURDO, F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011, pp. 135-140.

<sup>22</sup> GESTRI, M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 54 nonché CAFARO, S., *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali* in *Il dir. Un. Eur.*, 2003, p. 291 e PISTONE, P., *L'abuso del diritto tributario internazionale*, in *Diritto tributario internazionale*, a cura di UCKMAR, V., Padova, 2005 p. 834. E in effetti anche sul piano sostanziale l'iniziale approccio della Corte di Giustizia non sembra poi così lontano dal tradizionale concetto di frode alla legge (DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, p. 752.). Si è visto, infatti, che in alcuni casi tra i presupposti individuati dalla Corte di Giustizia per disapplicare in chiave antielusiva le libertà fornite dal Trattato vi è il requisito della "cogenza" (cioè imperatività) delle norme interne che verrebbero ad essere eluse sfruttando le libertà tutelate dal Trattato. Stesso requisito, come visto precedentemente, è stato posto dalla dottrina nazionale con riferimento al concetto di frode alla legge. Deve, tuttavia, essere tenuto presente –

Tuttavia, sebbene nel quadro appena definito il criterio del pubblico interesse svolga l'importante ruolo di bilanciare gli interessi dell'Unione con quelli dello Stato membro al fine di giustificare talune restrizioni alle libertà riconosciute dal Trattato, va osservato che per la Corte di Giustizia quest'ultime possono essere ammesse solo ove il comportamento reputato abusivo rappresenti una minaccia effettiva e particolarmente grave all'ordine pubblico<sup>(23)</sup>. Ad avviso di parte della dottrina ciò spiegherebbe il limitato uso del criterio del pubblico interesse in ambito tributario, visto che le applicazione delle norme antielusive di fonte interna è prevista in via generalizzata senza alcun legame con la presenza di una minaccia effettiva e grave dell'ordine pubblico<sup>(24)</sup>. A titolo di esempio l'art. 242-*quater* del *Code General des Impôts* francese che, con finalità antielusiva, limitava in via generalizzata la spettanza del credito d'imposta sui dividendi ai soli soggetti domiciliati nello Stato, è stato giudicato, con la sentenza 28 gennaio 1986, "*Avoir Fiscal*", causa C-270/83, fonte di una illegittima restrizione alla libertà di stabilimento senza che, tuttavia, la Corte abbia fatto uso della ricordata dottrina del *Rule of Reason*<sup>(25)</sup>.

Più in generale la dottrina ha inoltre osservato che non sempre la Corte di Giustizia ha giustificato la restrizione in chiave antiabuso delle libertà riconosciute dal trattato sulla base di un esplicito riferimento al criterio del pubblico interesse<sup>(26)</sup>.

Nelle sentenze *Knoors*<sup>(27)</sup>, *Leclerc*<sup>(28)</sup>, *Lair*<sup>(29)</sup>, *Van de Bijl*<sup>(30)</sup>, *Bouchoucha*<sup>(31)</sup> e

---

come correttamente rilevato dalla dottrina – che «non è necessario che le diverse categorie civilistiche provenienti dagli ordinamenti giuridici nazionali rilevino necessariamente ai fini della determinazione di quella tributaria dell'abuso del diritto nell'ottica del diritto nazionale. In questo senso potremmo trovarci, come in effetti accade, di fronte ad una situazione in cui simulazione, frode alla legge ed abuso del diritto potrebbero essere configurate in modo unitario alla luce del diritto sovranazionale ai fini di determinare la dimensione sovranazionale dell'istituto dell'abuso del diritto in materia tributaria» (PISTONE, P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2012, 2, p. 435).

<sup>23</sup> Corte di Giustizia Europea, 28 ottobre 1975, C-36/75, § 28.

<sup>24</sup> DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, p. 876 e p. 882. Infatti, i giudici comunitari non ritengono che l'interesse alla salvaguardia del gettito alla base delle norme antielusive interne possa rientrare nel concetto di "pubblico interesse". Sul punto Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, § 49; Corte di Giustizia, 18 settembre 2004, *Bosal Holding*, C-168/01, § 42; Corte di Giustizia, 26 giugno 2003, *Skandia*, C-422/01, § 53; Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, *X&Y AB*, C-436/00, § 50; Corte di Giustizia, 3 ottobre 2002, *Danner*, C-136/00, §56; Corte di Giustizia, 16 luglio 1998, *ICI*, C-246/96, § 28. Nella sentenza 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, l'argomento in questione è stato inoltre utilizzato nei confronti di una norma antievasiva.

<sup>25</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 747; DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, p. 876.

<sup>26</sup> WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance.*, The Hague, 2005, p. 164.

<sup>27</sup> Corte di Giustizia Europea, 7 febbraio 1979, C-115/78

<sup>28</sup> Corte di Giustizia Europea, 10 gennaio 1985, C-229/83

<sup>29</sup> Corte di Giustizia Europea, 21 giugno 1988, C-39/86

<sup>30</sup> Corte di Giustizia Europea, 27 settembre 1989, C-130/88

<sup>31</sup> Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 2003, C-61/89

*General Milk Products*<sup>(32)</sup> il criterio in del pubblico interesse non risulta, infatti, essere stato utilizzato. Ad esempio nella sentenza *Knoors* i giudici, dopo aver ricordato che il legittimo interesse di uno Stato ad adottare misure volte ad impedire che le norme interne siano aggirate grazie alle possibilità offerte dal Trattato<sup>(33)</sup>, hanno affermato che un tale interesse non sussiste ove le norme comunitarie prevedano già una formulazione così rigorosa da eliminare *in radice* il rischio di abusi. In tal caso, quindi, la Corte ha fatto riferimento ad un diverso criterio, ossia quello del rigore delle norme comunitarie che di per sé già escludevano ogni rischio di elusione delle norme interne<sup>(34)</sup>. Similmente, nel ricordato caso *Bouchoucha*, riguardante la possibilità di esercitare in Francia la professione di osteopata sulla base di una qualifica ottenuta in Inghilterra, la Corte di Giustizia ha risolto la questione facendo leva non sul criterio del pubblico interesse, ma sull'interpretazione delle norme comunitarie in materia di libertà di stabilimento e di esercizio della professione medica<sup>(35)</sup> affermando che quest'ultime rendevano di per sé

---

<sup>32</sup> Corte di Giustizia Europea, 3 marzo 1993, C-8/92

<sup>33</sup> La fattispecie riguardava il caso di un cittadino olandese, che aveva risieduto per sette anni in Belgio ed aveva ivi acquisito la qualifica professionale di installatore di impianti di riscaldamento, e che, quindi, appellandosi alla direttiva 7 luglio 1964, n. 427/CEE, rivendicava il diritto di esercitare tale professione anche in Olanda in ragione della libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato. Il governo Olandese si opponeva sostenendo che ove fossero state accolte le istanze in questione si sarebbe determinato un aggiramento delle norme interne in tema di preparazione professionale.

<sup>34</sup> CHALMERS D., DAVIES G., MONTI, G., *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge, 2011, p. 853.

<sup>35</sup> Al riguardo va precisato che la normativa comunitaria all'epoca vigente disciplinava unicamente il mutuo riconoscimento dei titoli di medico, ma non definiva il concetto di attività medica. La Corte concorda, quindi, con lo Stato francese secondo cui in assenza di una precisa indicazione comunitaria la definizione delle attività da considerarsi mediche doveva ritenersi di competenza degli Stati membri. A supporto della propria decisione la Corte ribadisce il principio per cui costituisce un interesse legittimo degli Stati cautelarsi di fronte all'elusione delle norme nazionali in materia di preparazione professionale, sfruttando il diritto comunitario. Secondo la Corte, nel caso di specie, l'aggiramento delle norme interne «*si verificherebbe in particolare se il fatto, per un cittadino di uno Stato membro, di aver ottenuto in un altro Stato membro un diploma, la cui estensione e il cui valore non sono riconosciuti da alcuna disposizione comunitaria, potesse obbligare lo Stato membro d'origine a consentirgli di svolgere sul suo territorio le attività connesse a tale diploma, allorché lo svolgimento di siffatte attività è ivi riservato ai possessori di qualifica superiore reciprocamente riconosciuta a livello comunitario e che tale riserva non appare arbitraria*» (Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 2003, C-61/89, §15). Tale conclusione è stata giudicata compatibile con il contenuto della libertà di stabilimento ancorché la Corte abbia ricordato che «*l'art. 52 del Trattato CEE non può essere interpretato in modo da escludere dai vantaggi del diritto comunitario i cittadini di un determinato Stato membro qualora questi, per il fatto d'aver risieduto regolarmente nel territorio di un altro Stato membro e di avervi acquistato una qualifica professionale riconosciuta dal diritto comunitario, si trovino, rispetto al loro Stato d'origine, in una situazione analoga a quella di tutti gli altri soggetti che fruiscono dei diritti e delle libertà garantite dal Trattato (punto 24 della motivazione)*» (§13). Sul punto viene, infatti, precisato che «*per un verso (...) il diploma dell'EEO di cui è titolare il sig. Bouchoucha non è attualmente oggetto di alcun tipo di riconoscimento reciproco a livello comunitario. Questo diploma non può pertanto essere considerato come una qualifica professionale riconosciuta dalle disposizioni del diritto comunitario. Per l'altro, ai sensi della citata sentenza 7 febbraio 1979, non si può non tener conto dell'interesse legittimo che uno Stato membro può avere ad impedire*

legittima la norma francese che autorizzava solo i medici a praticare l'osteopatia visto che l'individuazione delle attività da ricondursi alla sfera medica rimaneva di competenza degli Stati membri e la norma in questione mirava ad impedire l'aggiramento delle norme sanitarie francesi<sup>(36)</sup>.

A tale riguardo la sentenza *Centros* fornisce una importante precisazione. La Corte ha, infatti, ritenuto di dover distinguere le restrizioni alle libertà riconosciute dal Trattato da giustificarsi in termini di lotta all'elusione da quelle basate sulla tutela di un interesse pubblico<sup>(37)</sup>. In particolare, nonostante la Corte abbia rilevato la non sussistenza di un interesse di rilievo pubblico tutelato dalla normativa interna a finalità antielusiva, la stessa ha comunque fatto presente che, ove questa fosse stata applicata, si sarebbe posta in diretto contrasto con la libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato atteso che il suo effetto sarebbe stato quello di impedire tutte le registrazioni di società costituite secondo la disciplina di un altro Paese membro<sup>(38)</sup>. In tal senso il piano della tutela delle libertà fondamentali garantite dal Trattato doveva essere tenuto distinto da quello della prevenzione delle condotte abusive. Ed, infatti, nella sentenza in commento viene affermato che «*la questione dell'applicabilità degli artt. 52 e 58 del Trattato è (...) distinta dalla questione se uno Stato membro possa adottare misure atte a impedire che, in presenza delle possibilità offerte dal Trattato, i suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero della propria legge nazionale*»<sup>(39)</sup><sup>(40)</sup>.

Il criterio del pubblico interesse è, invece, stato utilizzato – nell'ambito della *Rule of reason doctrine* – nelle sentenze 3 febbraio 1993, causa C-148/91 e 5 ottobre 1994,

---

*che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali in materia di preparazione professionale» (§ 14).*

<sup>36</sup> Sul punto si veda DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, p. 893.

<sup>37</sup> WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance.*, The Hague, 2005, p. 165.

<sup>38</sup> Ricordano, infatti, i giudici che «*le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento sono volte precisamente a consentire alle società costituite conformemente alla normativa di uno Stato membro e che hanno la loro sede sociale, l'amministrazione centrale o il loro stabilimento principale all'interno della Comunità, di svolgere attività negli altri Stati membri per il tramite di un'agenzia, di una succursale o di una filiale*» (Corte di Giustizia, 9 marzo 1999, C-212/97, § 26).

<sup>39</sup> Corte di Giustizia Europea, sent. 9 marzo 1999, C-212/97, § 18.

<sup>40</sup> Peraltro, ciò denota che nell'ottica della Corte non va considerata abusiva la condotta che, rimanendo nell'ambito delle possibilità offerte dal mercato interno (Comunitario), trae vantaggi dal diritto comunitario (segnatamente le libertà riconosciute dal trattato)(WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance.*, The Hague, 2005, p. 169). Ciò significa che nell'ambito della *regulatory competition*, i Paesi membri, sebbene possano spingersi ad escludere determinati beni o servizi dal proprio mercato interno anche quando il fornitore abbia rispettato le norme del proprio Paese di stabilimento, devono in ogni caso fornire valide giustificazioni a tali restrizioni(STEPHEN, W., *Fitting "Abuse of Rights" into Free Movement of Goods and Services*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, p. 58) – da radicarsi, come visto, nella tutela di interessi di rilievo pubblico.

causa C-23/93 rispettivamente note come caso “Veronica” e “TV10”<sup>(41)</sup>. In particolare, nella sentenza “Veronica”, riguardante il caso di alcune emittenti olandesi che facendo leva sulla libertà di stabilimento si opponevano all’eccezione di aver aggirato le norme interne sulle emittenti stabilite nel territorio, la Corte di Giustizia ha affermato che nel caso di specie la restrizione a tale libertà opposta dal governo Olandese doveva ritenersi legittima in quanto fondata nella salvaguardia del carattere pluralistico e non commerciale del sistema televisivo<sup>(42)</sup>. Medesima conclusione veniva poi ribadita nel caso “TV10”<sup>(43)</sup>. Tali pronunce si pongono nel contesto dell’utilizzo del criterio del pubblico interesse poiché, come affermato dalla stessa Corte, il mantenimento del pluralismo – mirando a preservare la libertà di espressione – si traduce nella tutela di uno dei fondamentali diritti riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>(44)</sup>.

Dal complesso delle pronunce richiamate emerge, quindi, un approccio “bivalente” al concetto di abuso del diritto da parte della Corte di Giustizia, non essendo superato il dualismo tra i casi in cui l’eccezione di “abusività” viene accolta rinviando alla superiore esigenza di assicurare la salvaguardia di un pubblico interesse e quelli in cui si fa, invece, diretto riferimento al contenuto delle libertà tutelate dal Trattato o, più in generale, al diritto comunitario in sé.

Tuttavia, è stato giustamente sottolineato che i due approcci non sembrano tra loro sempre coerenti poiché nei casi in cui risulta applicabile la normativa comunitaria il concetto di abuso cui fare riferimento deve necessariamente essere anch’esso di natura comunitaria e per tale ragione non dovrebbe fondarsi sulla tutela di interessi pubblici di

---

<sup>41</sup> Per i rapporti tra tali sentenze e l’elaborazione del principio dell’abuso del diritto si veda HANSEN, L.H., *The development of the circumvention Principle in the Area of Broadcasting*, in *Legal Issues of European Integration*, 25, 1998, p. 111 nonché WATTEL, P.J., *Circumvention of national law; Abuse of Community law?*, in *Common Market Review*, 32, 1995, p. 1257.

<sup>42</sup> Nello specifico la Corte ha affermato che «*le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali ed alla libera prestazione dei servizi devono essere interpretate nel senso che esse non si oppongono a che la normativa di uno Stato membro vieti ad un ente di radiodiffusione stabilito in questo Stato di partecipare al capitale di una società di radiodiffusione stabilita o da stabilirsi in un altro Stato membro e di fornire a quest’ultima una garanzia bancaria o di elaborare un «business plan» e di svolgere consulenza giuridica per una società di televisione da creare in un altro Stato membro, quando queste attività sono orientate verso la creazione di una stazione di televisione commerciale destinata a raggiungere in particolare il territorio del primo Stato membro e questi divieti sono necessari per garantire il carattere pluralistico e non commerciale del sistema audiovisivo istituito da questa normativa*» (Corte di giustizia Europea, 3 febbraio 1993, C-148/1991, § 15).

<sup>43</sup> I giudici hanno, infatti, ribadito che veniva affermato che «*uno Stato membro può legittimamente equiparare ad un ente radiotelevisivo nazionale un ente radiofonico e televisivo stabilito in un altro Stato membro allo scopo di realizzare prestazioni di servizi dirette verso il suo territorio, in quanto tale misura mira ad impedire che, avvalendosi delle libertà garantite dal Trattato, gli enti che si stabiliscano in un altro Stato membro possano illegittimamente sottrarsi agli obblighi posti dalla normativa nazionale, nella specie quelli relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi*» (Corte di giustizia Europea, 5 ottobre 1994, C-23/1993, § 20).

<sup>44</sup> C-23/1993, §§ 23-25. Sul punto DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, pp. 894-895.



fonte interna, cioè definiti e fatti valere dai Paesi membri. Altrimenti il principio in commento finirebbe per tradursi in un principio di fonte interna con la conseguenza di frustrare il primato del diritto comunitario. Infatti, facendo leva su un concetto interno di abuso del diritto sarebbe possibile derogare al diritto comunitario sulla base di una norma interna<sup>(45)</sup>. Pertanto, secondo questa prospettiva, non sembra corretto fare riferimento ad una concezione dell'abuso del diritto fondata sul criterio dell'interesse pubblico, occorrerebbe invece rinviare ad un principio del tutto comunitario fondato esclusivamente sulla salvaguardia degli scopi del Trattato e del diritto comunitario più in generale<sup>(46)</sup>.

Senonché tale ipotesi deve ritenersi valida per i soli settori in cui gli Stati membri hanno trasferito le proprie competenze alla Comunità<sup>(47)</sup>. Negli altri casi, infatti, non vi è ragione per cui gli Stati membri siano tenuti a combattere l'abuso del diritto se non nel senso dell'aggiramento di norme interno attraverso la copertura del diritto comunitario. E, in tali casi, come visto l'unica giustificazione che può essere ammessa per derogare al diritto comunitario sulla base di una norma interna "antiabuso" è la salvaguardia di interessi di rilievo pubblico.

In questo senso il dualismo precedentemente ricordato della Corte di Giustizia Europea non rivelerebbe una contraddizione, ma una modulazione dell'approccio alle fattispecie abusive a seconda che queste di riferiscano a settori armonizzati ovvero non armonizzati del diritto.

Tale conclusione ha però una importante conseguenza valida per entrambi i settori in commento. Infatti, ove gli Stati membri abbiano varato, con riferimento a sfere non armonizzate del diritto, delle norme antiabuso quest'ultime dovranno, necessariamente, essere applicate in modo tale che le possibili restrizioni alle libertà previste dal Trattato, o più in generale al diritto comunitario, siano stabilite sulla base dei medesimi criteri (oggettivi e soggettivi) stabiliti dalla Corte di Giustizia. Altrimenti, l'applicazione di tali norme antiabuso, seppur astrattamente giustificata da un interesse pubblico (interno), non potrebbe risultare conforme al principio di proporzionalità<sup>(48)</sup> o, comunque, potrebbe non garantire una uniforme applicazione del diritto comunitario<sup>(49)</sup>. In quest'ottica si muove, infatti, la citata sentenza *Centros* in cui, come ricordato, è stata esclusa l'applicabilità della norma antiabuso di fonte interna non perché incapace di essere supportata da un interesse di rilievo pubblico, ma poiché di per sé incapace di dare attuazione alla libertà di stabilimento nella generalità dei casi in cui fosse stata applicata. Peraltro, sia nella sentenza *Centros* che nella successiva sentenza 30 settembre 2003,

---

<sup>45</sup> WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance.*, The Hague, 2005, pp. 164-165.

<sup>46</sup> DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, p. 832.

<sup>47</sup> DE BROE, L., *op. cit.*, p. 832.

<sup>48</sup> DE BROE, L., *op. cit.*, p. 798.

<sup>49</sup> DE BROE, L., *op. cit.*, p. 794.

“*Inspire Art*”, causa C-167/01, la Corte ha lasciato intendere che, anche ove si fosse nel concreto rinvenuto un supporto in un interesse di pubblico rilievo, tali norme antiabuso sarebbe comunque risultate non conformi al principio di proporzionalità e, quindi, non sarebbe in ogni caso state giudicate applicabili<sup>(50)</sup>.

Pertanto, anche nei settori non armonizzati del diritto – come quelli di cui alle sentenze appena ricordate – gli Stati membri non possono ritenersi pienamente liberi nella definizione delle misure di contrasto alle condotte elusive. Ne consegue che gli elementi costitutivi dell’abuso del diritto riferibili ai settori armonizzati e non armonizzati del diritto finiranno, evidentemente, per convergere – nonostante nei settori non armonizzati lo Stato membro continui a mantenere la propria discrezionalità sull’*an* ed il *quomodo* della lotta all’abuso del diritto<sup>(51)</sup>.

A tale riguardo è di particolare importanza l’impostazione assunta dalla Corte a partire dalla sentenza 14 dicembre 2000, *Emsland-Stärke*, causa C-110/99 in quanto consente di cogliere su quali basi il giudice nazionale deve accertare la presenza di una fattispecie abusiva devolvendo poi, se del caso, alla Corte di Giustizia la chiarificazione degli obiettivi della normativa comunitaria che potrebbero essere frustrati dalla fattispecie *sub iudice*<sup>(52)</sup>. La sentenza riguarda il caso di un società tedesca che esportava prodotti agricoli in Svizzera e per i quali riceveva un rimborso ai sensi del Regolamento 29 novembre 1979, n. 2730/79/CEE. La transazione realizzata aveva però una evidente natura circolare in quanto non appena esportati tali prodotti venivano immediatamente rimpatriati in Germania ed ivi immessi in commercio. Le autorità fiscali tedesche hanno, quindi, considerato indebiti i rimborsi ricevuti ai sensi del predetto regolamento ed hanno rinviato alla Corte di Giustizia la questione volta a chiarire se il regolamento in questione doveva interpretarsi nel senso di non ammettere tali rimborsi in siffatte circostanze. Sul punto la Corte ha stabilito che il regolamento in questione non poteva essere interpretato nel senso di ammettere abusi da parte degli esportatori, precisando, tuttavia, che era compito del giudice nazionale verificare la presenza di un abuso<sup>(53)</sup> – trattandosi di una questione di fatto<sup>(54)</sup>. A tale riguardo i giudici comunitari hanno però indicato il duplice criterio in base al quale doveva essere compiuto l’accertamento di una fattispecie abusiva: i) verificare, sulla base di circostanze oggettive se, al di là della formale osservanza delle condizioni poste dalla normativa comunitaria, gli scopi perseguita da quest’ultima

<sup>50</sup> DE BROE, L., *op. cit.*, p. 797.

<sup>51</sup> DE BROE, L., *op. cit.*, pp. 832-833.

<sup>52</sup> DE BROE, L., *op. cit.*, pp. 755-756. Sul punto l’Autore ricorda, tuttavia, che l’approccio espresso dalla sentenza *Emsland-Stärke* è, in realtà, frutto di una evoluzione del pensiero della Corte già avviata con la precedenti sentenze *Lerclerc* e *General Mil product*.

<sup>53</sup> Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, C-110/99, § 59.

<sup>54</sup> Sebbene le questioni di fatto non sia di competenza della Corte di Giustizia va ricordato che i limiti entro cui i fatti possono rilevare ai fini della positiva verifica di una fattispecie abusiva sono comunque di competenza della Corte (Corte di Giustizia Europea, 11 settembre 2003, *Walcher*, C-201/01, § 37; Corte di Giustizia Europea, 12 maggio 1998, *Kefalas*, C-367/96, § 22). Sul punto DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, p. 756.

potavano ritenersi raggiunti nel caso di specie<sup>(55)</sup>; ii) accertare, sul piano soggettivo, l'intenzione di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento<sup>(56)</sup>. Secondo la Corte i giudizi nazionali devono, quindi, fare riferimento ad un "test" articolato secondo due distinti criteri, l'uno oggettivo l'altro soggettivo. Il congiunto riferimento a tali criteri è reso necessario dal fatto che la mera presenza di un motivo "elusivo" non può ritenersi sufficiente per invocare il principio dell'abuso del diritto, atteso che sul piano oggettivo la fattispecie realizzata potrebbe comunque essere dotata di una realtà economico-commerciale effettiva<sup>(57)</sup>. Tuttavia, con riferimento al criterio soggettivo la Corte, nella citata sentenza, ha precisato che l'intenzione abusiva poteva essere desunta da circostanze fattuali (come la collusione tra l'esportatore tedesco e l'importatore svizzero)<sup>(58)</sup>. Il criterio soggettivo viene, quindi, ad essere oggettivato (cosiddette "intenzioni oggettivate") rendendo con ciò particolarmente sottile la sua differenziazione rispetto al criterio oggettivo<sup>(59)</sup>.

L'approccio stabilito con la sentenza *Emsland-Stärke*, sebbene sia poi stato ulteriormente sviluppato e raffinato in numerose sentenze della Corte riguardanti sia la fiscalità armonizzata che non armonizzata, è di centrale importanza in quanto per la prima volta il principio dell'abuso del diritto è stato affermato con chiarezza nei termini di un principio del diritto comunitario che i giudici nazionali devono, pertanto, non solo utilizzare, ma adottare in modo conforme alle sue specifiche condizioni di applicazione così come elaborate dalla Corte di Giustizia<sup>(60)</sup>.

### 1.1.2 *L'abuso del diritto nel settore della fiscalità non armonizzata*

Nell'ambito della fiscalità non armonizzata l'abuso del diritto viene a manifestarsi nei termini di un abuso della normativa comunitaria primaria – e, nello specifico, delle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato – finalizzato all'aggiramento della

---

<sup>55</sup> Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, C-110/99, § 52. Sul punto va ricordato che la determinazione degli obiettivi delle disposizioni comunitarie è una questione interpretativa che rientra nelle competenze della Corte di Giustizia a cui, quindi, in caso di dubbi i giudici nazionali possono rinviare la questione (Corte di Giustizia Europea, 23 marzo 2000, *Diamantis*, C-373/73, § 35).

<sup>56</sup> Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, C-110/99, § 53. Secondo DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, la sentenza *Emsland-Stärke* non rappresenterebbe un elemento di rottura rispetto a quelle pronunce dove la Corte si è riferita in modo espresso soltanto a circostanze di tipo oggettivo, poiché vi sarebbe comunque un implicito riferimento al piano soggettivo da ritenersi implicito nell'elemento dell'aggiramento della normativa interna sfruttando quella comunitaria.

<sup>57</sup> WEBER, D., *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ - Part 1*, in *European Taxation*, 2013, 6, p. 252.

<sup>58</sup> Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, C-110/99, § 53.

<sup>59</sup> Come si vedrà tale circostanza può facilmente condurre a delle sovrapposizioni tra il piano soggettivo ed oggettivo. Come osservato dalla dottrina tale fenomeno appare più frequente nel caso della fiscalità non armonizzata (WEBER, D., *op. cit.*, p. 255).

<sup>60</sup> DE LA FERIA, R., *Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 424-433.

normativa interna. La mancata armonizzazione implica, infatti, delle asimmetrie impositivi tra i vari Paesi membri ed offre, quindi, delle occasioni di risparmio d'imposta. Quest'ultime, però, non potranno ritenersi legittime ove, come visto, dipendano dalla sottrazione alle norme domestiche (cioè del proprio Paese di residenza) facendo leva sul contenuto delle libertà riconosciute dal Trattato che, tuttavia, vengono utilizzate in modo non conforme alle proprie finalità. Al riguardo si è visto che per fattispecie extrafiscali la Corte di Giustizia è ricorsa ad un duplice approccio fondato, da un lato, sul criterio del pubblico interesse e, dall'altro, sulla sussistenza di eccezioni espressamente previste alle libertà del Trattato e di cui il contribuente non può far uso per finalità contrarie a quelle che le giustificano.

Con riferimento alla fiscalità (armonizzata e non armonizzata) si è, tuttavia, osservato che il criterio del pubblico interesse è di scarsa utilità, essendo invece rilevante – come ben testimoniato dalla sentenza *Emsland-Stärke* – quello (oggettivo) della salvaguardia degli obiettivi perseguiti dalle disposizioni comunitarie (ivi incluso il Trattato).

Nell'evoluzione dell'orientamento della Corte di Giustizia è, infatti, fermo il principio secondo cui le libertà protette dal Trattato, in quanto funzionali alla tutela del (singolo) mercato comunitario, non possono essere invocate per reclamare protezione nei confronti di operazioni prive di "realità" economica e giustificate, invece, dal mero fine di ottenere un risparmio fiscale<sup>(61)</sup>.

In quest'ottica il principio dell'abuso del diritto non è eccezione alla regola del primato del diritto comunitario su quello nazionale, ma né è invece una implicita conferma in quanto osta a che il diritto comunitario sia applicato in modo non conforme ai suoi scopi e, quindi, la "disapplicazione" delle libertà comunitarie con riferimento alle fattispecie abusive che se ne facevano scudo è perfettamente coerente con tale visione poiché funzionale al raggiungimento dell'obiettivo (politico-economico) generale del Trattato, ossia la realizzazione del Mercato Unico<sup>(62)</sup>.

Con riferimento alla fiscalità non armonizzata tale aspetto della posizione elaborata dalla Corte di Giustizia Europea è ben rappresentato nella sentenza 12 settembre 2006 "*Cadbury-Schweppes*", causa C-196/04. Tale sentenza si è in particolare occupata della compatibilità con le libertà fondamentali sancite dal Trattato della legislazione del Regno Unito in tema di *controlled foreign company* (CFC) che, per la sua intrinseca struttura, comporta una chiara restrizione alla libertà di stabilimento.

Sul punto la Corte ricorda, da un lato, che «i cittadini di uno Stato membro non possono tentare, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, di sottrarsi abusivamente all'impero delle loro leggi nazionali, né possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario»<sup>(63)</sup> e, dall'altro, che «la circostanza che la

---

<sup>61</sup> DEL FEDERICO, L., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2003, p. 17.

<sup>62</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 64.

<sup>63</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 35.

*società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà»<sup>(64)</sup>.*

La questione si presta, quindi, ad essere valutata in un'ottica di bilanciamento tra il diritto comunitario di stabilimento, riconosciuto quale libertà fondamentale, e il diritto degli Stati membri di proteggersi da operazioni che utilizzano in chiave abusiva tale libertà<sup>(65)</sup>. La Corte procede, quindi, con una prima analisi volta a verificare se, in effetti, la legislazione CFC del Regno Unito comporti una restrizione della libertà di stabilimento per poi verificare se questa, alla luce del bilanciamento d'interessi di cui sopra, possa ritenersi ammissibile.

Il risultato di tale analisi è che le norme in questione comportano una chiara discriminazione in quanto tra due società residenti sussiste una disparità di trattamento in funzione del livello di tassazione applicato alla società non residente di cui si detiene una partecipazione di controllo<sup>(66)</sup>. In altri termini, vi sarebbe discriminazione in quanto, di fronte a situazioni tra loro comparabili in quanto unificate dal fatto di riguardare il caso di una società madre residente nel Regno Unito che ha una *subsidiary* in uno Stato Membro con una pressione fiscale inferiore, la normativa CFC inglese stabilisce, di fatto, in quale Stato la società madre residente nel Regno Unito può beneficiare di un livello di tassazione inferiore a quello dello Stato di residenza (ossia il Regno Unito stesso) finché non vengono distribuiti dividendi<sup>(67)</sup>. A questo punto la Corte si chiede se una siffatta restrizione alla libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato possa ritenersi idonea a garantire il conseguimento dello scopi di contrastare le condotte abusive<sup>(68)</sup> – non essendo sufficiente l'esigenza di tutelare un interesse generale<sup>(69)</sup>. A tale riguardo i giudici rilevano in primo luogo che il contenuto della libertà di stabilimento deve essere valutato tenendo presente che *«la nozione di stabilimento (...) implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro. Essa presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale»<sup>(70)</sup>. L'obiettivo della libertà di stabilimento è, quindi, quello di favorire l'interpenetrazione economica e sociale nel territorio della Comunità, consentendo ad un cittadino comunitario di partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno Stato membro, diverso da quello di origine, e di trarne*

<sup>64</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 37.

<sup>65</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 76.

<sup>66</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, §§ 43-46.

<sup>67</sup> VANISTENDAEL, F., *Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, p. 410.

<sup>68</sup> VELLA, J., *Sparkling Regulatory Competition in European Company Law: A Response*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, p. 128.

<sup>69</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 47.

<sup>70</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 54.

vantaggio, allora, è l'obiettivo stesso di tale libertà a rivelare che il suo esercizio presuppone un insediamento effettivo e richiede la ricerca ed il perseguimento di un'attività economica reale<sup>(71)</sup>. Pertanto, ad avviso della Corte, la normativa CFC può ritenersi conforme al principio di proporzionalità soltanto ove abbia «*lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali [wholly artificial arrangement], prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale*»<sup>(72)</sup>. Su queste basi la normativa CFC del Regno Unito viene giudicata illegittima ove risulti – sulla base di una verifica di competenza del giudice di rinvio<sup>(73)</sup> – che la condizione prevista da tale normativa, che la rende applicabile soltanto ove il contribuente abbia mancato di provare che la riduzione dell'imposta non era lo scopo essenziale dello stabilimento, risulti incapace di rendere conto del fatto che – come stabilito dalla ricordata sentenza *Emsland-Stärke* – la presenza di una costruzione di puro artificio richiede anche la sussistenza di elementi oggettivi da cui risulti che non è stato raggiunto l'obiettivo della libertà di stabilimento<sup>(74)</sup>.

Quindi la normativa CFC potrà ritenersi compatibile con il diritto comunitario soltanto ove risulti inapplicabile ai casi in cui lo stabilimento della controllata nel Paese a fiscalità ridotta risulti effettivo e corrispondente ad una realtà economica<sup>(75)</sup>.

Si può, pertanto, affermare che ai fini del giudizio di elusività il criterio decisivo non è più tanto quello del pubblico interesse, ma quello della sostanza economica intesa come condizione oggettiva in grado di verificare il raggiungimento degli scopi delle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato a protezione del Mercato Unico<sup>(76)</sup>. È chiaro, infatti, che se lo scopo delle libertà fondamentali è riconosciuto ai soggetti economici in quanto in loro assenza sarebbe impossibile giungere ad una effettiva integrazione economica, e quindi alla costituzione di un mercato unico il più possibile privo di discriminazioni, allora, ove le transazioni poste in essere non soddisfino quel minimo di effettività e sostanza economica necessarie per poterle considerare delle “transazioni economiche”, le stesse non potranno che collocarsi fuori dal Trattato e,

---

<sup>71</sup> Corte di Giustizia Europea, sentenza 12 settembre 2006, C-196/04, §§ 53-54.

<sup>72</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 55.

<sup>73</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 64.

<sup>74</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 72.

<sup>75</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, § 65. Al riguardo può osservarsi che il precedente più diretto alla sentenza *Cadbury Schweppes* è rappresentato dalla ricordata sentenza *Centros* poiché in tale occasione i giudici hanno escluso che vi possa essere abuso ove la società risulti legalmente costituita in uno Stato Membro. Nella sentenza *Cadbury Schweppes* tale impostazione ha, quindi, subito una evoluzione in quanto non si è più fatto riferimento alla formale esistenza di uno stabilimento secondo legge nello Stato Membro, ma è stata richiesta l'ulteriore condizione che tale elemento fosse effettivo da un punto di vista economico. Al riguardo VANISTENDAEL, F., *Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, p. 424.

<sup>76</sup> VELLA, J., *Sparking Regulatory Competition in European Company Law: A Response*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, p. 128.

quindi, i loro autori non potranno far fede sull'applicazione di quest'ultimo per inibire l'applicazione di norme interne che, per finalità di tutela degli interessi erariali, pongano delle restrizioni alle citate libertà.

L'abuso sussiste, pertanto, in tutti quei casi in cui le libertà del Trattato siano state invocate strumentalmente senza cioè che ne siano stati realizzati e soddisfatti gli obiettivi di fondo<sup>(77)</sup>.

Rispetto alle precedenti sentenze *ICI* (1996) <sup>(78)</sup>, *X and Y II* (2002) <sup>(79)</sup> e

---

<sup>77</sup> ZALASINSKI, A., *Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law*, in *Intertax*, 5, 2007, p. 319.

<sup>78</sup> Corte di Giustizia, 16 luglio 1998, C-264/96, § 28. La sentenza aveva ad oggetto la normativa britannica riguardante la compensazione di utili e perdite all'interno del medesimo gruppo societario. Sul punto la Corte ha osservato che la circostanza che tale beneficio fosse riservato esclusivamente alle holding che come attività esclusiva o principale detenessero quote di società stabilite nel Regno Unito, limitando attraverso un regime fiscale discriminatorio la libertà di stabilimento, non poteva ritenersi giustificata dalla necessità di contrastare i fenomeni elusivi basati sul trasferimento dei costi alle società controllate nazionali a fronte di un trasferimento dei ricavi alle società estere. Tale normativa andava infatti oltre quanto necessario ad evitare il rischio di elusione posto che considerava qualunque situazione in cui le società controllate da un gruppo si trovassero in maggioranza stabilite, per qualsiasi motivo, fuori dal Regno Unito, ove lo stabilimento di una società fuori dal Regno Unito non comporta, come una fattispecie d'elusione fiscale. Inoltre la medesima normativa non era idonea al raggiungimento dello scopo invocato posto che era sufficiente l'esistenza anche di una sola controllata non residente perché il rischio di elusione invocato possa verificarsi. Nello specifico la Corte ha affermato (§26) che «*per quanto riguarda la giustificazione fondata sul rischio di evasione fiscale, basti sottolineare che la normativa controversa nella causa principale non ha l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiali il cui scopo sia quello di eludere la legge fiscale del Regno Unito, ma considera, in via generale, qualunque situazione in cui le società controllate da un gruppo si trovino in maggioranza stabilite, per qualsiasi motivo, fuori dal Regno Unito. Ora, lo stabilimento di una società fuori dal Regno Unito non comporta, di per sé, l'evasione fiscale, dato che la società di cui trattasi è comunque soggetta alla legge fiscale dello Stato di stabilimento*».

<sup>79</sup> Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, C-436/00, § 49. Con tale sentenza la Corte di è occupata della normativa svedese in materia di cessioni di partecipazioni a favore di una società costituita conformemente alla legislazione di un altro Stato membro in cui il cedente deteneva una partecipazione o di una società controllata costituita nel Regno di Svezia da tale società. Al riguardo la Corte ha affermato che la misura in commento, oltre a non colpire esclusivamente le situazioni puramente artificiali il cui scopo sarebbe di aggirare la normativa fiscale svedese, riguardava, in maniera generale, ogni situazione in cui, per qualsiasi ragione, la cessione sottoprezzo presa in considerazione dalla normativa fosse fatta a favore delle predette società; la Corte osserva come una presunzione generale di evasione o di frode fiscale non può fondarsi sul fatto che la società cessionaria o la società controllante di questa abbia sede in un altro Stato membro, né può giustificare una misura fiscale che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Tale conclusione è stata poi ribadita con la sentenza 11 marzo 2004, «*Lasteyrie du Saillant*», C-9/02, ella quale la Corte afferma che una presunzione generale di evasione o di frode fiscale non può fondarsi sul fatto che il domicilio di una persona fisica sia stato trasferito in un altro Stato membro, né si può giustificare una misura fiscale che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato ove lo scopo perseguito di impedire l'elusione dell'imposta poteva essere raggiunto da misure meno vincolanti o meno restrittive della libertà di stabilimento. Ne consegue che le normative nazionali non possono, senza eccedere ampiamente quanto è necessario per raggiungere lo scopo che perseguono, presumere l'intenzione di aggirare la legge fiscale di qualsiasi contribuente che trasferisca il suo domicilio al di fuori dello Stato Membro in oggetto.

*Lankhorst-Hohorst* (2002) <sup>(80)</sup>, in cui pure la Corte aveva fatto riferimento al concetto delle “*costruzioni di puro artificio*”, sebbene in contesto ancora legato al criterio del pubblico interesse quale presupposto per giustificare (in via eccezionale) talune restrizioni alle libertà fondamentali in occasione dell’aggiramento di norme interne, la sentenza *Cadbury-Schweppes* introduce un profondo mutamento di prospettiva poiché lega ad un apprezzamento del contenuto stesso delle libertà fondamentali la possibilità di dedurre una restrizione per finalità antielusive. In tale ottica nella sentenza 26 ottobre 1999, “*Eurowings*”, causa C-294/97 la Corte si era già espressa nel senso di escludere che in presenza di reali e genuine attività economiche gli Stati membri possano giustificare delle misure fiscali volte a penalizzare l’utilizzo di regimi fiscali meno onerosi, poiché tale circostanza risulta incompatibile con l’esistenza di un mercato unico<sup>(81)</sup>.

Va però rilevato che nella sentenza 13 dicembre 2005, “*Marks & Spencer*”, causa C-446/03, di poco antecedente il caso *Cadbury-Schweppes*, la Corte aveva distinto due diverse tipologie di condotte elusive: da un lato quelle fondate sulle costruzioni di puro artificio<sup>(82)</sup> e dall’altro quelle in cui, pur non ricorrendo tale elemento, doveva comunque ritenersi giustificata una restrizione delle libertà fondamentali sulla base del generale interesse al bilanciamento dei poteri impositivi tra i vari Stati Membri<sup>(83)</sup><sup>(84)</sup>. La sentenza in commento si era occupata della restrizione presente nella legislazione del Regno Unito in forza della quale, nell’ambito della vigente disciplina del consolidato fiscale (*consortium relief*), veniva limitato il riporto delle perdite di fonte estera alle *subsidiary* non soggette alla legislazione del Regno Unito. Tale legislazione, nonostante implicasse una restrizione alla libertà di stabilimento, è stata ritenuta giustificata dai giudici comunitari in quanto diretta a scongiurare – con l’unica eccezione delle perdite non altrimenti recuperabili<sup>(85)</sup> – la circostanza in cui una perdita generata in uno Stato membro con una più bassa pressione fiscale venisse poi ad essere “utilizzata” – in forza della sua riportabilità – nello Stato membro di residenza della società madre caratterizzato da una più alta pressione fiscale<sup>(86)</sup>. Infatti, se tale circostanza non fosse stata impedita, la coerenza dei sistemi fiscali dei vari Paesi Membri ne avrebbe subito un chiaro pregiudizio in quanto se le perdite generate in una certa giurisdizione potessero essere utilizzate per

---

<sup>80</sup> Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-324/00, § 33. Con tale sentenza la Corte ha ritenuto lesiva della libertà di stabilimento la normativa tedesca in materia di finanziamenti da parte di soci non residenti in quanto non avente l’obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiali il cui scopo sia quello di eludere la normativa fiscale tedesca, ma idonea a ricomprende, in via generale, qualunque situazione in cui la società capogruppo abbia la sua sede, per qualsiasi motivo, fuori dalla Repubblica federale tedesca.

<sup>81</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 748.

<sup>82</sup> Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, C-446/03, § 57.

<sup>83</sup> Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, C-446/03, § 51 e §57, §46, § 47 e § 49. Sul punto O’ SHEA, T., *Tax avoidance and abuse of EU law*, in *The EC Tax Journal*, 11, 2010, p. 77.

<sup>84</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 763.

<sup>85</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *op. cit.*, p. 763 – diversamente la normativa in questione non avrebbe soddisfatto il principio di proporzionalità. Sul punto si veda anche la sentenza della Corte di Giustizia Europea, 21 febbraio 2013, “*A Oy*”, C- 123/11.

<sup>86</sup> Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, C-446/03, § 49.



compensare redditi in qualsiasi altro Stato membro, senza curarsi dei possibili differenziali in termini di pressione fiscale e modalità di determinazione del reddito, non vi sarebbe più modo di preservare un qualche bilanciamento tra i poteri impositivi degli Stati membri<sup>(87)</sup>.

Muovendo da questo punto di vista le norme antielusive interne dovrebbero ritenersi giustificate non solo quando rinviano (anche implicitamente) al criterio dei *wholly artificial arrangement*, ma anche quanto risultano funzionali ad assicurare il predetto bilanciamento tra poteri impositivi<sup>(88)</sup>. La Corte non sembra, quindi, aver del tutto abbandonato la rilevanza del criterio del pubblico interesse – sebbene risulti prevalente l'uso generalizzato (cioè anche nel caso della fiscalità armonizzata) della categoria delle “costruzioni di puro artificio”.

Tuttavia, l'orientamento appena considerato non appare in totale rottura con quello espresso nella sentenza *Cadbury-Schweppes* poiché anche in tal caso si è fatto uso del principio della coesione o bilanciamento tra le potestà impositive dei sistemi fiscali dei vari Paesi Membri<sup>(89)</sup>. Secondo la Corte, infatti, affinché una restrizione alla libertà di stabilimento sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, la stessa deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, poiché un simile comportamento è tale da violare il diritto degli Stati membri ad esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul loro territorio e da compromettere, così, un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri. E a tal proposito i giudici della sentenza *Cadbury-Schweppes* sottolineano l'analogia degli effetti del comportamento considerato con le pratiche abusive di cui alla sentenza *Marks & Spencer* in cui venivano ad essere organizzati trasferimenti di perdite infragruppo verso delle società stabilite negli Stati membri allo scopo di aumentarne il valore fiscale in ragione delle maggiori aliquote impositive vigenti in tali Stati<sup>(90)</sup>. In entrambi i casi, quindi, la restrizione alla libertà di stabilimento veniva

---

<sup>87</sup> In tal senso si veda anche Corte di Giustizia, sentenza 28 gennaio 1992, “*Bachmann*”, C- 204/90, § 22, §§ 27-28; Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2006, “*Class IV ACT*”, C- 374/04, § 59; Corte di Giustizia, sentenza 29 marzo 2007, “*Rewe Zentralfinanz Eg*”, C-347/04, § 42; Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2007, “*Oy AA*”, C- 231/05, § 56.

<sup>88</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 753.

<sup>89</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *op. cit.*, p. 766.

<sup>90</sup> In tal sentenza i giudici hanno, infatti, affermato che «55. (...) perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale. 56 Al pari delle pratiche abusive di cui al punto 49 della sentenza *Marks & Spencer*, cit., che consisterebbero nell'organizzare trasferimenti di perdite, all'interno di un gruppo di società, in direzione delle società stabilite negli Stati membri che applicano le aliquote fiscali maggiori ed in cui, di conseguenza, è maggiore il valore fiscale delle perdite, il tipo di comportamenti descritti al punto precedente è tale da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul loro territorio e da compromettere, così, un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri» (Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, §§ 55-56).

ad essere giustificata tenendo presente anche l'interesse dei singoli Stati ad una equilibrata ripartizione del loro potere impositivo<sup>91</sup>). Tuttavia, l'idea che vi possa essere una continuità tra gli approcci espressi nella sentenza *Cadbury-Schweppes* e *Marks & Spencer* è per alcuni<sup>92</sup>) il frutto di una confusione da parte della Corte tra i casi in cui il presupposto della restrizione alle libertà fondamentali è rappresentato da una discriminazione dalle stesse resa legittima (caso *Cadbury-Schweppes*) e quelli in cui sussiste semplicemente una valida giustificazione – nell'ottica di un qualche interesse di pubblico rilievo – ad una tale restrizione (caso *Marks & Spencer*).

Ad ogni modo il concetto di abuso del diritto via via elaborato dalla Corte di Giustizia a partire, in particolare, dall'approccio sviluppato nella sentenza *Cadbury-Schweppes* e poi ribadito nella successiva sentenza *Thin Cap GLO*<sup>93</sup>), non sembra più appiattito sul concetto di "aggiramento", o più in generale di frode alla legge così come desumibile dalla cultura giuridica dei Paesi membri, ma, nell'ambito di un processo di progressiva "denazionalizzazione" della nozione di abuso, risulta incentrato su una valutazione in termini di proporzionalità e ragionevolezza del rapporto tra norme interne antiabuso o con finalità antiabuso ed il contenuto delle libertà riconosciute dal Trattato che, come visto, non consentono di assicurare protezione comunitaria alle costruzioni di puro artificio<sup>94</sup>). Da questo punto di vista il principio dell'abuso del diritto consente di

---

<sup>91</sup> In tal senso anche la sentenza 18 luglio 2007, "Oy AA", C- 231/05 in cui il diverso trattamento riservato alle controllate residenti rispetto a quelle non residenti ai fini tributari con riferimento ai trasferimenti finanziari infragruppo viene dalla Corte giustificato proprio sulla base dell'esigenza di salvaguardare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri (oltre che di prevenire l'evasione fiscale), in quanto un siffatto regime persegue obiettivi legittimi compatibili con il Trattato e riconducibili a ragioni imperative di interesse generale, anche in considerazione del fatto che in mancanza di disposizioni comunitarie di unificazione o di armonizzazione, gli Stati membri rimangono competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri per ripartire il loro potere impositivo. La Corte osserva che gli obiettivi di salvaguardia della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e di prevenzione dell'evasione fiscale sono tra loro connessi e che comportamenti consistenti nel creare costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate a eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale, sono tali da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza tributaria in relazione a tali attività e da compromettere un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri.

<sup>92</sup> TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 768.

<sup>93</sup> Corte di Giustizia, 13 Marzo 2007, C-524/04. In tale sentenza, infatti, la causa giustificativa ultima di una restrizione alle libertà fondamentali torna ad essere l'esigenza di contrastare le condotte abusive in quanto tali comportamenti appaiono idonei a violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscal in relazione alle attività svolte nel loro territorio e da compromettere, così, un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri (§§ 74-75).

<sup>94</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 81. In tal senso il ruolo degli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario mediante la protezione delle libertà riconosciute dal Trattato spiega la propria efficacia anche nei confronti dei singoli Stati membri le cui norme antiabuso, come visto, non possono in alcun modo pregiudicare gli scopi del diritto comunitario e, quindi, la sua piena ed uniforme applicazione nell'ambito della Comunità (WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance.*, The Hauge, 2005, p. 169).

qualificare le libertà fondamentali come degli *overriding principles*<sup>95</sup>) nel senso che ove le legislazioni che intendono porvi delle restrizioni non possano essere interpretate conformemente ad essi – ad es. perché non fondate sul criterio delle costruzioni di pure artificio – quest’ultime dovranno essere necessariamente modificate o disapplicate<sup>96</sup>).

In conclusione il primato delle libertà fondamentali e la loro generale inderogabilità nell’ambito dell’ordinamento comunitario ha indotto la Corte di Giustizia ad ammetterne delle possibili restrizioni solo ove la legislazione antielusiva nazionale da cui quest’ultima trae origine abbia come obiettivo la repressione delle sole ipotesi in cui l’esercizio di tali libertà risulti artificiale e strumentale al conseguimento del risparmio d’imposta altrimenti inibito dalla predetta legislazione antielusiva domestica. Conseguentemente, la Corte ritiene legittime tutte le ipotesi in cui, benché rientrando il risparmio d’imposta tra le motivazioni (eventualmente anche esclusive) dell’esercizio della libertà *de quibus*, il soggetto abbia realmente posto in essere l’attività (economica) tutelata da tali libertà e, più in generale, siano stati raggiunti gli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria. Soddisfatte tali condizioni la normativa nazionale antielusiva potrà essere ritenuta conforme al diritto comunitario soltanto ove la Corte la ritenga giustificata in virtù di un interesse pubblico e, ad ogni modo, non vada oltre quanto strettamente necessario al fine del perseguimento di tale interesse (principio di proporzionalità).

In tal senso, viene ad essere confermato che per la giurisprudenza comunitaria, i provvedimenti nazionali che possono comportare delle limitazioni all’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare le seguenti condizioni: i) devono applicarsi in modo non discriminatorio; ii) devono essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico (*rule of reason*); iii) devono essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (principio di proporzionalità). Sul punto va però osservato che nella recente sentenza 29 marzo 2012, “3M Italia”, causa C-417/10, la Corte ha precisato che «nel diritto dell’Unione non esiste alcun principio generale dal quale discenda un obbligo per gli Stati membri di lottare contro le pratiche abusive nel settore della fiscalità diretta (...) qualora l’operazione imponibile derivi da pratiche siffatte e non sia in discussione il diritto dell’Unione»<sup>97</sup>). In tal senso nel settore della fiscalità diretta il principio dell’abuso del diritto non dovrebbe essere inteso come un principio generale ed

---

<sup>95</sup> DE LA FERIA, R., *Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 35, 2008, p. 395 p. 438.

<sup>96</sup> FREEDMAN, J., *The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at member State and European Union Level*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, p. 369. A tal proposito l’Autore nota, quindi, come attraverso il principio dell’abuso del diritto la Corte di Giustizia sia in grado di orientare l’attività interpretativa delle Corti nazionali rispetto alla legislazione anti-elusiva interna (*Ivi*, p. 370).

<sup>97</sup> Corte di Giustizia Europea, sentenza 29 marzo 2012, “3M Italia”, C-417/10, § 32.

immediatamente applicabile<sup>98</sup>), ma opererebbe al più come un criterio di giustificazione di norme interne che comportano una deroga al diritto comunitario<sup>99</sup>).

Ad ogni modo la dottrina ha osservato che l'aver fondato il contenuto obiettivo dell'abuso del diritto – sia esso inteso nei termini di un principio generale oppure no – ricorrendo al concetto di “costruzione di puro artificio” pone non pochi problemi rispetto alla sua distinzione rispetto alla diversa categoria della simulazione o, più genericamente, delle *sham transaction*<sup>100</sup>). Può, tuttavia, essere osservato che la distinzione tra abuso del diritto così concepito e simulazione può essere salvaguardata tenendo presente che le costruzioni di puro artificio cui si riferisce la Corte di Giustizia non sono costruzioni irreali, ossia non volute e quindi fittizie; ma si tratta – come precisato nella recente raccomandazione della Commissione UE n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012 – di “costruzioni” giuridicamente esistenti ma prive di adeguata sostanza economica<sup>101</sup>). Da questo punto di vista appare, tuttavia, più complessa la distinzione del concetto di costruzioni di puro artificio di matrice comunitaria rispetto alla categoria delle *sham transaction*; quest'ultime, infatti, possono declinarsi anche nella sottocategoria di *economic sham transaction* ossia di operazioni non fittizie ma prive di sostanza economica. La distinzione tra le due categorie potrebbe, tuttavia, essere conservata ove si consideri che il concetto di *sham transaction* sembra perlopiù legato ad una erronea qualificazione dei fatti (economici) così come dedotta dal contribuente, mentre nel caso delle costruzioni di puro artificio ciò che è in gioco non è la riqualificazione della fattispecie realizzata dal contribuente, ma il fatto che tali costruzioni, seppur correttamente qualificate sul piano giuridico, si pongono al di fuori dei confini applicativi del Trattato e, quindi, non possono godere della sua protezione e, per l'effetto, offrire riparo ai vantaggi fiscali ricercati nell'ambito della ricordata *regulatory competition*.

### 1.1.3 L'abuso del diritto nel settore della fiscalità armonizzata

In via di premessa va osservato che nell'ambito della fiscalità armonizzata l'abuso del diritto riguarda situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria, ossia derivanti direttamente dai provvedimenti introdotti dalla legislazione comunitaria<sup>102</sup>). Ne consegue che il parametro di riferimento per valutare la presenza di una condotta abusiva non è più dato dalle libertà del Trattato in quanto tali, ma dalle singole norme comunitarie

<sup>98</sup> Sul punto la sentenza “3M” è stata, tuttavia, oggetto di critica da parte della dottrina in quanto il caso su cui si sono pronunciati i giudici era rappresentato, in realtà, proprio da una fattispecie transnazionale (PISTONE, P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2, 2012, p. 459).

<sup>99</sup> WEBER, D., *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ - Part 1*, in *European Taxation*, 6, 2013, p. 251, p. 263.

<sup>100</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 82.

<sup>101</sup> La Commissione ha, infatti, raccomandato una norma antiabuso fondata sul criterio delle costruzioni di puro artificio con la precisazione che «*le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica*» (art. 4.2).

<sup>102</sup> GALLO, F., *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 736.

applicabili caso per caso<sup>103</sup>). Sul punto va poi ricordato che tali norme comunitarie includono, in molti casi, delle clausole antiabuso che consentono agli Stati membri di negare i benefici – cioè le predette situazioni giuridiche soggettive – riconosciuti dal diritto comunitario secondario. Secondo la dottrina prevalente tali clausole non dovrebbero essere viste come delle eccezioni alla regola generale secondo cui l'esercizio del diritto è sempre legittimo, ma come delle “cristallizzazioni” legislative del più generale divieto di abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia<sup>104</sup>).

In questo quadro si pone, tuttavia, una specifica questione preliminare riguardante il rapporto tra la nozione comunitaria di abuso del diritto e le norme “antiabuso” di fonte interna. Infatti, nel caso in cui la normativa comunitaria secondaria si limiti a rimettere al Legislatore nazionale la formulazione di una tale norma quest'ultima potrebbe risolversi in una mera codificazione del principio comunitario con la conseguenza che la normativa interna dovrà essere interpretata conformemente al principio generale.

Nel caso in cui, invece, la normativa comunitaria secondaria contenga una espressa clausola antiabuso si pone il duplice problema di valutare, da un lato, gli effetti della possibile mancata traduzione della stessa nella normativa interna e, dall'altro, ove tale traduzione abbia avuto luogo, se quest'ultima risulta o meno conforme alla “definizione” di abuso recata dalla normativa comunitaria secondaria (direttiva)<sup>105</sup>). Sul punto la sentenza della Corte di Giustizia Europea, 5 luglio 2007, “*Kofoed*”, causa C-321/05 ha fissato il principio secondo cui in mancanza di una specifica disposizione nazionale antiabuso che trasponga nell'ordinamento interno quella prevista dalla direttiva, spetta al giudice nazionale verificare se nel diritto domestico esiste una disposizione o un principio generale in base al quale l'abuso del diritto può essere impedito oppure se esistano comunque delle disposizioni a finalità antievasiva tali da poter essere interpretate conformemente agli obiettivi della direttiva ed applicate per disconoscere i vantaggi fiscali abusivamente guadagnati dal contribuente<sup>106</sup>). Tale conclusione si basa sull'ulteriore riflessione della Corte secondo cui, ove manchi una specifica disposizione nazionale che trasponga l'art. 11, n. 1, lett. a), della Direttiva 90/434 in tema di fusioni ed altre operazioni straordinarie similari (c.d. “*Merger Directive*”), tale norma deve comunque ritenersi applicabile qualora nello Stato sussista un contesto normativo generale tale da rendere non necessaria una formale ed esplicita riproduzione nelle disposizioni nazionali purché tale contesto sia sufficientemente preciso e chiaro da consentire ai singoli interessati di conoscere la portata dei loro diritti e obblighi in forza di quanto disposto dalla Direttiva<sup>107</sup>). Sul punto la precedente sentenza del 17 luglio 1997, “*Leur-Bloem*”, causa C-28/95, aveva precisato che «*l'art. 11 della direttiva va interpretato nel senso che per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia*

<sup>103</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 87.

<sup>104</sup> PIANTAVIGNA, P., *op. cit.*, p. 91.

<sup>105</sup> PIANTAVIGNA, P., *op. cit.*, p. 91.

<sup>106</sup> Corte di Giustizia Europea, 5 luglio 2007, C-321/05, § 46.

<sup>107</sup> Corte di Giustizia Europea, 5 luglio 2007, C-321/05, § 44.

come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un esame globale della detta operazione. (...) gli Stati membri possono prevedere che il fatto che l'operazione progettata non venga effettuata per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscali. (...) Tuttavia, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale (...) eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva»<sup>108</sup>). Inoltre, prosegue la Corte, «la nozione di valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva dev'essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale come la compensazione orizzontale delle perdite»<sup>109</sup>).

La conclusione raggiunta dalla Corte in particolare con la sentenza *Kofoed* chiarisce che il primato del diritto comunitario deve essere garantito il più possibile e, pertanto, senza escludere *a priori* quei casi in cui manchi la trasposizione interna di una norma di diritto comunitario secondario<sup>110</sup>). In tale ottica appare tuttavia ragionevole ritenere – anche se non espressamente affermato nella sentenza *Kofoed* – che la disciplina antielusiva domestica dovrà comunque essere interpretata e verificata tenendo presente il contenuto del principio dell'abuso del diritto così come elaborato dalla Corte di Giustizia – altrimenti verrebbero meno i presupposti stessi per garantire il citato primato del diritto comunitario e, in aggiunta, il proliferare di diverse formulazioni ed accezioni dell'abuso del diritto finirebbe per comportare una frustrazione del principio della certezza dei rapporti giuridici che, come noto, entra sempre in gioco in un'ottica di bilanciamento rispetto alle soluzioni rimediali basate sull'abuso del diritto<sup>111</sup>).

Può, tuttavia, accadere che in una determinata materia il diritto comunitario secondario non preveda una espressa clausola antiabuso e che si limiti a salvaguardare l'applicabilità delle norme interne antielusive (se esistenti). Ad esempio, la Direttiva n. 90/435 (cosiddetta Direttiva “*Madre-Figlia*”) in materia di dividendi tra società madri e società figlie di Stati membri prevede al secondo comma dell'art. 1 che le disposizioni della direttiva non pregiudichino l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi. La citata disposizione non può pertanto essere considerata di per sé una norma antiabuso suscettibile di applicazione diretta e sulla quale gli Stati Membri possano fondare il contrasto ai comportamenti costituenti un uso abusivo dei vantaggi tributari garantiti dalla direttiva: occorre un ulteriore presupposto di diritto da rinvenire nel contenuto della disciplina nazionale. In questo caso, tuttavia, la norma interna potrà intendersi legittima ove consenta di salvaguardare gli scopi della

---

<sup>108</sup> Corte di Giustizia Europea, 17 luglio 1997, causa C-28/95, § 48, lett. A.

<sup>109</sup> Corte di Giustizia Europea, 17 luglio 1997, causa C-28/95, § 48, lett. B.

<sup>110</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 94.

<sup>111</sup> Sul punto VANISTENDAEL, F., *Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective, in Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, pp. 424-425.

Direttiva “*Madre-Figlia*” da rinvenirsi nella costituzione di regole atte a creare condizioni analoghe a quelle di un mercato interno (i.e. assenza di ritenute alla fonte) di modo che le scelte degli operatori economici non siano influenzate da fattori fiscali<sup>(112)</sup>. Simmetricamente, l’abuso del diritto dovrà essere valutato tenendo presente l’eventuale frustrazione degli scopi del diritto comunitario secondario in virtù delle condotte assunte dal contribuente<sup>(113)</sup>.

### 1.1.3 *L’orientamento espresso dalla Corte nel cosiddetto “Halifax Day”*

Con “*Halifax day*” si è soliti indicare il trittico di sentenze *Bupa Hospitals*<sup>(114)</sup>, *University of Huddersfield*<sup>(115)</sup> e *Halifax*<sup>(116)</sup>, tutte pronunciate il 21 febbraio 2006<sup>(117)</sup>, con cui la Corte di Giustizia, portando a compimento un percorso giurisprudenziale già avviato da tempo<sup>(118)</sup>, è giunta ad un punto di svolta articolando il principio dell’abuso del diritto applicabile in materia di IVA secondo tre distinti elementi<sup>(119)</sup>: i) la presenza di un aggiramento di norme impositive in virtù di operazioni essenzialmente *tax driven*, cioè mosse da uno scopo essenzialmente fiscale (questione di fatto); ii) la sussistenza di circostanze obiettive da cui desumere l’esistenza di un abuso, ossia il conseguimento di un vantaggio fiscale contrario all’obiettivo perseguito dal diritto secondario (questione di diritto); iii) l’impossibilità di contrastare le condotte abusive secondo mezzi che vadano oltre il mero ripristino degli effetti fiscali che si sarebbero prodotti in assenza di tali condotte (principio di proporzionalità).

Tra le sentenze citate – tutte accomunate dal fatto di riferirsi, da un lato, a casi in cui il contribuente ha cercato di aggirare i limiti alla detrazione imposti dalla realizzazione di operazioni esenti e, dall’altro, alla corretta interpretazione del concetto di “attività economica” ai fini IVA<sup>(120)</sup> – la più importante è sicuramente quella relativa al caso *Halifax* inerente una complessa operazione con cui un soggetto bancario intendeva garantirsi il diritto alla detrazione per dei lavori riguardanti alcuni *call center* e che, stante il regime di esenzione IVA caratterizzante i servizi finanziari, non sarebbe stato altrimenti

<sup>112</sup> Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 1996, “*Denkavit*”, cause riunite causa C-283/94, causa C-291/94 e causa C-292/94, §§ 31-35.

<sup>113</sup> Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 1996, “*Denkavit*”, cause riunite causa C-283/94, causa C-291/94 e causa C-292/94, § 31. In tal caso l’obiettivo della Direttiva sarebbe stato frustrato ove si fosse consentito di poter beneficiare dell’esenzione dalla ritenuta anche per ipotesi in cui la partecipazione da cui derivava il diritto alla percezione del dividendo fosse stata detenuta in modo non durevole.

<sup>114</sup> Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-419/02.

<sup>115</sup> Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-223/03.

<sup>116</sup> Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-255/02.

<sup>117</sup> Quindi poco prima della sentenza *Cadbury Schweppes* pronunciata il 12 settembre 2006.

<sup>118</sup> DE LA FERIA, R., *Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 35, 2008, p. 395 p. 423 e PISTONE, P., *Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation – From (Before) Emsland-Stärke 1 to Halifax (and Beyond)*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011, pp. 384-387.

<sup>119</sup> PISTONE, P., *op. cit.*, p. 387.

<sup>120</sup> DE LA FERIA, R., *The European Court of Justice’s solution to aggressive VAT planning ± further towards legal uncertainty?*, in *EC Tax Review*, 1, 2006, p. 31.

ottenibile<sup>121</sup>). Nello specifico la duplice questione rimessa alla Corte di Giustizia riguardava, da un lato, la possibilità di considerare delle operazioni come quelle oggetto del procedimento principale, realizzate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale e prive di un autonomo obiettivo economico, come delle cessioni di beni o prestazioni di servizi e rientranti nel concetto di “attività economica” ai sensi della disciplina IVA definita dalla Direttiva, dall’altro, l’interpretazione delle disposizioni di tale Direttiva in merito al diritto del soggetto passivo di detrarre l’IVA assolta a monte allorché le

---

<sup>121</sup> Il caso su cui si sono pronunciati i giudici riguardava una banca, la *Halifax Plc* che, effettuando principalmente operazioni esenti, poteva recuperare meno del 5% dell’IVA assolta a monte sui beni e servizi acquisiti. Intenzionata a costruire alcuni *call centers* su terreni di sua proprietà o dei quali aveva la disponibilità, detta banca aveva concluso una serie di accordi con le società *Leeds Permanent Development Services Ltd* (società di promozione immobiliare), *County Wide Property Investments Ltd* (società di sviluppo e finanziamento immobiliare), e *Halifax Property Investments Ltd*. Tutte queste società erano interamente controllate dalla stessa *Halifax Plc*. Quest’ultima, nell’ultimo giorno utile del primo anno di esecuzione delle operazioni contestate, stipulava dei contratti di mutuo con *Leeds Development* affinché la stessa potesse acquistare diritti sui terreni di cui sopra e valorizzarli; *Halifax Plc* si accordava altresì per l’esecuzione sui detti siti di alcuni lavori edili di natura preparatoria di modesta entità da parte di *Leeds Development*. Tali lavori costituivano l’unica operazione attiva compiuta dalla società, ma conferivano alla stessa (per il periodo d’imposta in corso) il diritto alla detrazione della totalità dell’IVA assolta sui beni e servizi ricevuti. Inoltre, la *Halifax Plc* stipulava con la stessa *Leeds Development* un contratto, esente da IVA, con il quale concedeva a quest’ultima la locazione dei terreni per un periodo di 20 anni con opzione, per il conduttore, di estendere tale durata fino a 99 anni. Contemporaneamente *Leeds Development* concludeva un accordo di valorizzazione e di finanziamento con *County Wide Property Investments Ltd* in forza del quale quest’ultima società si obbligava ad eseguire o far eseguire lavori edili sui terreni, inclusi quelli che *Leeds Development* si era impegnata ad eseguire o a far eseguire per conto di *Halifax Plc* con contestuale anticipato pagamento del totale degli importi convenuti e versamento dell’Iva su di essi gravante. L’effetto di tali operazioni risultava essere il seguente: a) i servizi di costruzione non venivano prestati ad *Halifax Plc* ma a *Leeds Development Ltd* che nel periodo in oggetto possedeva un diritto alla detrazione della totalità dell’IVA assolta a monte; b) la totalità dell’IVA gravante sulle prestazioni convenute tra *Leeds Development Ltd* e *County Wide Property Investments Ltd* per effetto del pagamento anticipato risultava quindi detraibile per la prima. A questo punto *County Wide Property Investments Ltd* dava incarico a imprese indipendenti e liberi professionisti per l’esecuzione dei lavori inerenti i *call center*. In questo schema l’interposizione di *County Wide Property Investments Ltd* era finalizzata ad evitare il pagamento anticipato di importi rilevanti ad entità esterne al gruppo societario. Successivamente *Leeds Development Ltd* si impegnava a cedere, dietro il pagamento di un prezzo, le locazioni a *Halifax Property Investments Ltd* con effetto dal primo giorno lavorativo successivo alla realizzazione sul sito dei lavori. Tale passaggio era funzionale ad evitare l’applicazione della normativa britannica in tema di rettifica della deduzione dell’IVA assolta per l’acquisto di beni d’investimento da parte di *Leeds Development Ltd*. *Halifax Property Investments Ltd* a sua volta, si impegnava a sublocare i terreni, sempre dietro pagamento di un canone, da calcolare in funzione del prezzo da essa stessa pagato a *Leeds Development Ltd* per la cessione dei rispettivi contratti di locazione, più un margine di utili, a *Halifax Plc*. In ragione di tale complessa architettura di operazioni *Halifax Plc* avrebbe potuto detrarre la percentuale di IVA detraibile sui lavori convenuti con *Leeds Development Ltd*, quest’ultima avrebbe potuto detrarre la totalità dell’IVA risultante dalle fatture emesse da *County Wide Property Investments Ltd* che a sua volta avrebbe contabilizzato come IVA a valle l’intero ammontare dell’IVA indicata sulle dette fatture e detratto l’imposta pagata a monte per i lavori eseguiti dai costruttori indipendenti; inoltre, la cessione ad *Halifax Property Investments Ltd* dei contratti di locazione dei siti convenuta da *Leeds Development Ltd* sarebbe risultata un’operazione esente, poiché era stata eseguita in un diverso esercizio, e, quindi, non avrebbe comportato alcuna modifica dei diritti di *Leeds Development Ltd* al recupero dell’imposta a monte.



operazioni che hanno fatto sorgere tale diritto integrino un comportamento abusivo.

Con riferimento alla prima questione la Corte ha precisato che, nonostante la loro reputata natura abusiva, le operazioni oggetto del procedimento principale dovevano considerarsi idonee ad integrare un'attività economica ai sensi della Direttiva, essendo soddisfatti i criteri obiettivi sui cui è fondata detta nozione. Sul punto la Corte richiama quanto affermato nella sentenza 6 aprile 1995, “*BLP Group*”, causa C-4/94, secondo cui ove l'integrazione di una attività economica fosse subordinata al perseguimento di particolari scopi da parte dell'imprenditore ciò equivarrebbe ad affermare che, in sede di controllo, l'Amministrazione dovrebbe compiere un accertamento intorno alla volontà del soggetto passivo, ma – afferma la Corte – «[u]n obbligo del genere sarebbe contrario agli scopi del sistema dell'IVA di garantire la certezza del diritto e di agevolare le operazioni inerenti all'applicazione dell'imposta dando rilevanza, salvo in casi eccezionali, alla natura oggettiva dell'operazione di cui trattasi»<sup>(122)</sup>. In aggiunta, i giudici ricordano che «[i]l sistema comune dell'IVA garantisce la perfetta neutralità dell'imposizione fiscale per tutte le attività economiche, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di dette attività, purché queste siano di per sé soggette all'IVA»<sup>(123)</sup>.

Le condotte oggetto della causa principale non possono, quindi, essere disconosciute sulla base di norme antielusive incentrate sull'elemento teleologico della finalità di ottenere un risparmio o un vantaggio fiscale in assenza di valide ragioni economiche. In tale quadro la natura abusiva di una certa fattispecie emerge se e nella misura in cui il diritto invocato dal contribuente – ossia il diritto alla detrazione nel caso di specie – confligge con i principi del sistema IVA.

In quest'ottica la questione dell'abuso del diritto manifesterebbe un evidente presupposto di natura interpretativa<sup>(124)</sup> – sebbene il principio in commento non appaia riducibile ad un mero principio interpretativo<sup>(125)</sup>: si tratta di cogliere la finalità e gli

---

<sup>122</sup> Corte di Giustizia, sentenza 6 aprile 1995, causa C-4/94, § 24.

<sup>123</sup> Corte di Giustizia, sentenza 6 aprile 1995, causa C-4/94, § 25.

<sup>124</sup> Con riferimento specifico alla sentenza *Halifax* sono però stati sollevati fondati dubbi sulla possibilità di contrastare l'elusione fiscale nell'ambito della logica appena considerata. E' stato, infatti, osservato che se la premessa alla conclusione della Corte nella sentenza *Halifax* è che la nozione di attività economica ai fini IVA deve essere interpretata senza tenere conto dello scopo cui viene diretta, appare poi difficile sostenere – come sembra fare la stessa Corte – che le condotte elusive possono essere contrastate sulla base di un principio interpretativo, quale sarebbe l'abuso del diritto, che si basa, come visto, anche sulla presenza di un elemento di tipo soggettivo radicato nello scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Sul punto SALVINI, L., *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, in *Corr. trib.*, 39, 2006, p. 3101.

<sup>125</sup> Va, infatti, osservato che seppur fondato su un approccio interpretativo di questo tipo l'“abuso del diritto” è stato modellato dalla Corte di Giustizia nei termini di un principio avente una specifica autonomia concettuale non solo perché applicabile soltanto al ricorrere di specifici presupposti oggettivi e soggettivi, ma anche perché diversamente declinato a seconda dei vari contesti di riferimento in cui lo stesso viene ad essere invocato (fiscalità armonizzata e non armonizzata ovvero settori extrafiscali). Tali peculiarità denotano una certa irriducibilità dell'“abuso del diritto” ad un comune canone interpretativo di tipo teleologico e, inoltre, se si presta attenzione al fatto che l'oggetto sui si riflette ove sia invocato l'abuso del diritto è solo in parte una norma – dovendosi altresì guardare ad elementi estrinseci, quali ad es. la sussistenza di costruzioni di puro artificio – l'irriducibilità di tale categoria concettuale ad un mero

obiettivi delle disposizioni comunitarie e di verificare (compito che spetta al giudice nazionale) se il diritto invocato dal contribuente è ad esse conforme una volta che sia stato teleologicamente interpretato e riferito a determinate circostanze di fatto – tra cui ad es. la sussistenza di costruzioni di puro artificio e di operazioni dirette al conseguimento di un risparmio d'imposta.

Infatti, passando ad esaminare la seconda questione, la Corte afferma che «*nel settore IVA, perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni*»<sup>(126)</sup>. Il principio dell'abuso del diritto viene, quindi, esteso – e considerato estendibile – al settore dell'IVA proprio perché, essendo concepito in questo caso come un principio di tipo interpretativo, quest'ultimo «*costituisce un'indispensabile valvola di sicurezza per tutelare gli obiettivi di tutte le disposizioni di diritto comunitario contro un'applicazione formalistica basata unicamente sul loro tenore letterale*»<sup>(127)</sup>. A tale riguardo è stato affermato che così concepito il principio dell'abuso del diritto verrebbe a concretizzarsi, come tutte le ipotesi di “sviamento” del diritto, allorché la forma giuridica adottata dal contribuente non risulti giustificata dall'interesse che la norma invocata intendeva tutelare<sup>(128)</sup>. Ciò sembrerebbe

---

principio interpretativo appare ancor più evidente – visto che se così fosse l'oggetto del principio *de quo* dovrebbe essere, appunto, solo le norme (da interpretare). In favore di una lettura fortemente autonomista dell'abuso del diritto, inteso quale principio generale non scritto del diritto comunitario, si sono espressi, tra gli altri, RUIZ ALMENDRAL, V., *Tax Avoidance and the European Court of Justice: what is at stake for European General Anti-Avoidance Rules?*, in *Intertax*, 12, 2005, p. 580 nonché SORENSEN, K.E., *Abuse of Rights in Community Law. A Principle of Substance or Merely Rhetoric*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, p. 440 – secondo quartultimo il concetto di abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia ha nel tempo subito una progressiva estensione che ne consente una più ampia applicazione alle diverse materie che compongono il diritto comunitario, giungendo così a costituire un principio di diritto comunitario di generale applicazione. La valenza “generale” del principio in commento, sulla base della sua generalità, rilevanza e costruzione secondo una fattispecie aperta, ha peraltro ricevuto espressa attenzione dalle dottrine (DE LA FERIA, R., *Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 35, 2008, p. 395 p. 439; TESAURO, F., *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 4, 2008, p. 1025). Tuttavia, sulla base di quanto osservato appare preferibile una soluzione intermedia che, pur riconoscendo l'autonomia concettuale dell'abuso del diritto, prende atto del fatto che per la Corte di Giustizia tale concetto *opera* anche nei termini di un principio di tipo interpretativo del diritto comunitario – soprattutto nel caso della fiscalità armonizzata. Sul punto VANISTENDAEL, F., *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, in *EC Tax Review*, 2006, 4, p. 195; DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, nota 197. In tal senso anche gli Avvocati Generali Tesauro nelle conclusioni presentate alla Corte nella causa C-367/06, *Kefalas*, § 25 e Saggio nella causa C-373/97, *Diamantis*, § 24. Si veda anche PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, pp. 178-193.

<sup>126</sup> Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 2006, causa C-255/02, § 74.

<sup>127</sup> Avvocato generale, Conclusioni del 7 aprile 2005, causa C-255/02, § 74.

<sup>128</sup> PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 99.

costituire un elemento di differenziazione rispetto al concetto di abuso del diritto applicato con riferimento alla fiscalità non armonizzata, dove – come visto – vi è una sostanziale equivalenza tra questa nozione e quella di “costruzione di puro artificio”<sup>129</sup>). Viceversa nella sentenza *Halifax* – precedente, tuttavia, al caso *Cadbury Schweppes* – il rinvio al carattere puramente artificiale dell’operazione viene considerato semplicemente come un elemento tra gli altri utile a dimostrare, sul piano obiettivo, la presenza di un abuso. Si afferma, infatti, che il giudice nazionale, per accertare la natura della fattispecie *sub iudice*, «può così prendere in considerazione il carattere puramente fittizio di queste ultime nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale»<sup>130</sup>).

Peraltro, non può essere taciuto un elemento di evidente continuità tra la sentenza *Halifax* e il principio dell’abuso del diritto elaborato con riferimento alla fiscalità non armonizzata: in entrambi i casi viene ad essere recuperata l’impostazione della sentenza *Emsland-Stärke* tanto che nella sentenza *Halifax* si affermano che «[d]eve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l’ottenimento di un vantaggio fiscale. (...) [I]l divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali»<sup>131</sup>).

Ad ogni modo, così come nel caso della fiscalità non armonizzata, anche nel caso dell’IVA il principio dell’abuso del diritto viene ad essere articolato secondo due diverse direttrici l’una di tipo soggettivo (finalità di ottenere un vantaggio fiscale) e l’altra di tipo oggettivo (contrarietà del diritto invocato dal contribuente rispetto agli obiettivi e scopi della normativa comunitaria applicabile). Infatti, sebbene la sentenza *Cadbury Schweppes* non faccia espressa menzione del criterio soggettivo come elemento paritetico rispetto a quello delle costruzioni di puro artificio è, tuttavia, agevole osservare che nei ragionamenti della Corte la presenza di una siffatta costruzione rende rilevante il fatto che la stessa sia stata posta in essere per il conseguimento di un vantaggio fiscale atteso che è proprio l’assenza di una reale finalità economica ciò che esclude tali costruzioni dall’“ombrello” protettivo delle libertà fondamentali sancite dal Trattato<sup>132</sup>). Sul punto va

---

<sup>129</sup> DE LA FERIA, R., *Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 35, 2008, p. 395 p. 428.

<sup>130</sup> Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 2006, causa C-255/02, § 81.

<sup>131</sup> Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 2006, causa C-255/02, § 75. La conclusione raggiunta dalla Corte è stata definita di “oggettivizzazione” dell’elemento soggettivo relativo allo scopo dell’operazione. Sul punto PISTONE, P., *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria internazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell’imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, p. 320. Secondo l’Autore, tale circostanza potrebbe, peraltro, creare un elemento di tensione rispetto alle norme interne che, come nel caso dell’art. 37-bis, pongono un diretto riferimento all’elemento subiettivo che ha accompagnato la realizzazione dell’operazione reputata elusiva (*Ivi*, p. 330).

<sup>132</sup> VANISTENDAEL, F., *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, in *EC Tax Review*, 4, 2006, p. 195. Sul punto è stato però osservato che «mentre in *Halifax* la

però osservato che nella sentenza *Halifax* la Corte si è indistintamente riferita ad operazioni *essenzialmente* dirette al conseguimento di un vantaggio fiscale<sup>(133)</sup> ovvero effettuate al *solo* scopo di ottenere il predetto vantaggio<sup>(134)</sup>. Come immaginabile si è subito profilata una difficoltà da parte dei giudici nazionali<sup>(135)</sup> poi risolta con la sentenza 21 febbraio 2008, “*Part Service*”, causa C-425/06 in cui è stato chiarito che lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale deve essere “essenziale” nel senso di non essere esclusivo<sup>(136)</sup>. In tal senso il concetto di abuso del diritto operante nel settore della fiscalità armonizzata potrebbe ritenersi più ampio di quello espresso nella sentenza *Cadbury Schweppes* poiché, in virtù delle conclusioni raggiunte nella sentenza *Part Service*, non è necessario, affinché vi sia abuso ai fini IVA, che sussista una costruzione di *puro* artificio<sup>(137)</sup>, ossia del tutto priva di uno scopo diverso da quello della ricerca di un risparmio fiscale. Come appena visto è, infatti, sufficiente che lo scopo fiscale sia quello principale ossia che, a seguito di un processo di bilanciamento di interessi, quello diretto alla riduzione del carico fiscale risulti di maggior rilievo rispetto agli altri (se presenti) che, del pari, l’operazione realizzata mirava a soddisfare<sup>(138)</sup>.

Va però osservato che sebbene possa ammettersi una qualche unità nell’uso della categoria dell’abuso del diritto da parte della Corte di Giustizia, nel caso della fiscalità non armonizzata ciò di cui si discute è *in primis* la competizione fiscale intracomunitaria e l’ammissibilità di eventuali restrizioni di fonte interna alle libertà che tutelano il mercato unico per finalità antielusiva, diversamente nel settore della fiscalità armonizzata la questione principale è di natura interpretativa ed attiene alla chiarificazione in chiave teleologica delle condizioni applicative degli atti comunitari<sup>(139)</sup>. In tale ottica, anche se gli aspetti appena considerati, sembrano dare luogo, più che ad una dicotomia in termini di principi antiabusivi, all’individuazione di due facce della medesima medaglia<sup>(140)</sup> –

---

*realtà economica è la concorrenza commerciale delle transazioni ai fini IVA, in Cadbury Schweppes è la realtà economica data dall’esercizio delle libertà fondamentali attraverso transazioni cross-border*» (PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell’ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 110).

<sup>133</sup> Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 2006, causa C-255/02, § 86.

<sup>134</sup> Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 2006, causa C-255/02, § 60.

<sup>135</sup> Con l’ordinanza 4 ottobre 2006, n. 21371 la Corte di Cassazione ha, infatti, disposto domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di sapere se il divieto di abuso del diritto – la cui applicazione al settore dell’IVA era già stata riconosciuta dalla Corte di Cassazione – doveva intendersi applicazione con riferimento alle operazioni poste in essere al *solo* scopo di ottenere un vantaggio fiscale.

<sup>136</sup> È, quindi, possibile che l’operazione sia giudicata abusiva anche se supportata da ragioni economiche – risultate, tuttavia, marginali rispetto alla finalità elusiva.

<sup>137</sup> Si ricorda, infatti, che nella sentenza 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, causa C-196/04, (successiva ad *Halifax*) i giudici affermano che affinché possa ammettersi una limitazione della libertà di stabilimento per ragioni legate all’abuso del diritto è necessario che si possa affermare «l’esistenza di una costruzione di puro artificio destinata unicamente a eludere l’imposta».

<sup>138</sup> Cfr. PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell’ordinamento europeo*, Torino, 2011, p. 173.

<sup>139</sup> PIANTAVIGNA, P., *op. cit.*, p. 104.

<sup>140</sup> Il tratto unificate potrebbe, infatti, essere ricondotto al fatto che in entrambi i contesti ciò che è in gioco è pur sempre la difesa del primato del diritto comunitario e della sua uniforme applicazione tra gli Stati Membri contro le varie tipologie di condotte fondate su uno sviamento del diritto dalla sua finalità.

ossia l'abuso del diritto – ciò non toglie che si tratta di due diversi modi in cui la categoria giuridica in commento viene ad essere declinata dalla Corte di Giustizia al fine di risolvere questioni tra loro non sovrapponibili e che meritano, quindi, di non essere confuse. In entrambi i casi opererebbe, quindi, una nozione di abuso del diritto intesa quale sviamento del diritto dalla sua funzione economico-sociale – prescindendo dalla natura fittizia o fraudolenta dell'operazione realizzata<sup>141</sup>).

## 1.2 *L'applicazione del principio comunitario dell'abuso del diritto da parte della Corte di Cassazione*

L'utilizzo del principio comunitario dell'abuso del diritto da parte della Corte di Cassazione è ben testimoniato dalla sentenza (sez. trib.) 29 settembre 2006, n. 21221 (cosiddetta sentenza “*Chiappella*”) e dalle sentenze 4 aprile 2008 (sez. civ), n. 8772 e 21 aprile 2008 (sez. trib.), n. 10257.

Tali pronunce rappresentano un importante punto di svolta nell'approccio della Corte di Cassazione alla cosiddetta elusione non codificata, ossia non sindacabile ai sensi di una norma di legge specifica ed applicabile *ratione temporis* al caso *sub iudice*.

Infatti, in una prima fase, riconducibile ai primi anni 2000, la Suprema Corte si era espressa nel senso della non sindacabilità delle fattispecie da elusione non codificata anche tenendo conto della non applicabilità dei rimedi civilistici eventualmente ricavabili dagli artt. 1344 e 1412 del Cod. Civ. In tal senso si ricordano le sentenze 3 aprile 2000, n. 3979 e 7 marzo 2002, n. 3345 in tema di *dividend washing* e *dividend stripping*, nonché la sentenza 3 settembre 2001, n. 11351. In particolare, poi, con la sentenza n. 11351/2001 i giudici di legittimità hanno negato la possibilità di “aggirare” il problema dell'assenza di una norma antielusiva espressa applicabile ai casi *sub iudice* invocando i ricordati artt. 1344 e 1412 eccependo che le norme tributarie non sono norme imperative e che, in ogni caso, le citate norme non consentono una conversione del negozio elusivo in quello “aggirato” salvaguardando così la pretesa del Fisco che viene, invece, ad essere distrutta ove il negozio elusivo venga dichiarato nullo per frode alla legge o illiceità della causa. Tuttavia, in una seconda fase, riconducibile ad alcune sentenze pronunciate nel corso del 2005, la Corte di Cassazione ha mutato il proprio orientamento giungendo all'opposta conclusione secondo cui l'elusione non codificata poteva essere validamente contestata sulla base dei ricordati rimedi civilistici. In particolare, con le sentenze (sez. trib.) 21 ottobre 2005, n. 20398 e 14 novembre 2005 n. 22932 la Corte di Cassazione ha dichiarato la nullità per difetto di causa della struttura contrattuale adottata con riferimento a due casi, rispettivamente, di *dividend washing* e *dividend stripping*, poiché i negozi stipulati (di acquisto e di rivendita delle azioni o di costituzione di usufrutto) non producevano alcun vantaggio economico per le parti salvo il risparmio fiscale. Inoltre, con la sentenza

---

Questa ipotesi sembra essere stata accolta anche da chi tende a riconoscere l'esistenza di due nozioni di abuso del diritto rispettivamente riferite alla fiscalità armonizzata e non armonizzata (PIANTAVIGNA, P., *op. cit.*, p. 105 e p. 107).

<sup>141</sup> Cfr. PIANTAVIGNA, P., *op. cit.*, p. 112.

(sez. civ.) 26 ottobre 2005, n. 20816 la Corte, dissentendo dalle argomentazione accolte dalla ricordata sentenza n. 11351/2001, ha affermato, con riferimento ad un caso di *dividend washing*, che deve ritenersi applicabile l'art. 1344 c.c. «*poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche*».

Alla luce del quadro appena delineato la sentenza “*Chiappella*” (n. 21221/2006) introduce un ulteriore mutamento di indirizzo della Corte di Cassazione in quanto, accantonata ogni ipotesi di ricorso ai rimedi di natura civilistica, non viene intrapresa la strada già esplorata agli inizi degli anni 2000 della non sindacabilità dell'elusione non codificata, ma si giunge ad individuare nel principio comunitario dell'abuso del diritto un generalizzato divieto di elusione fiscale applicabile trasversalmente e direttamente in ogni settore del diritto tributario. E difatti con la sentenza in commento i giudici di legittimità hanno nel complesso affermato che una rigorosa applicazione del principio dell'abuso del diritto, così come definito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Halifax*, comporta che quest'ultimo deve ritenersi applicabile anche al settore delle imposte dirette sulla scorta di quanto affermato dalla stessa Corte di Giustizia secondo cui, anche nella fiscalità non armonizzata, gli Stati membri devono esercitare le competenze su cui hanno conservato la propria sovranità nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali contenuti nel Trattato.

Tale approccio ha, però, incontrato numerose critiche da parte della dottrina<sup>(142)</sup> in quanto la fattispecie affrontata dai giudici riguardava un caso di fiscalità diretta (non armonizzata) a rilevanza puramente domestica<sup>(143)</sup> in cui non entrava in gioco nessuna delle libertà tutelate dal Trattato. La posizione assunta dalla Corte di Giustizia è, quindi, stata giudicata scarsamente condivisibile in quanto – come precedentemente rilevato – l'abuso del diritto cui si riferisce la Corte di Giustizia Europea riguarda i casi in cui è questione una restrizione delle libertà fondamentali sancite dal Trattato ovvero la corretta applicazione del diritto comunitario secondario direttamente invocato dal

---

<sup>142</sup> BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009 p. 33; BEGHIN, M., *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e «abuso del diritto»* (Nota a Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772, Min. economia e fin. c. Soc. Edison). in *Corr. trib.*, 22, 2008, p. 1783; STANCATI, G., *Il dogma comunitario dell'abuso della norma tributaria* (Nota a Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772, Min. economia e fin. c. Soc. Edison). in *Rass. trib.*, 3, 2008, p. 784.

<sup>143</sup> La questione su cui si sono pronunciati i giudici attiene il compimento di operazioni finanziarie svoltesi tra società residenti in Italia nell'ambito della trasformazione ed allestimento di una nave da crociera. Tali operazioni risultavano caratterizzate dal fatto che la società appaltatrice, dopo aver impiegato una parte dei contributi statali ottenuti per l'esecuzione dei lavori di restauro per sottoscrivere (attraverso la cessione del relativo credito) un aumento di capitale della società armatrice, ha poi rapidamente venduto la propria partecipazione in tale società per un prezzo di gran lunga inferiore a quello di sottoscrizione di pochi mesi prima. L'Amministrazione finanziaria ha, quindi, contestato la deducibilità (all'epoca ammessa) della minusvalenza realizzata sulla predetta cessione di partecipazioni.

contribuente<sup>144</sup>). Peraltro, l'applicazione del principio comunitario dell'abuso del diritto così come desunto dalla sentenza *Halifax*, e a cui i giudici della sentenza *Chiappella* si sono riferiti, incontra dei chiari limiti *ratione materiae*: la sentenza *Halifax* oltre a riferirsi all'IVA e, quindi, a rendersi applicabile, se del caso, solo con riferimento a tale imposta, riguarda i limiti alla spettanza del diritto alla detrazione nello specifico caso in cui risultino soddisfatti tutti i requisiti formali posti dalla normativa comunitaria. Su queste basi parte della dottrina ha quindi escluso che da tale sentenza potesse desumersi un principio di divieto di abuso del diritto applicabile non solo a tutto l'ordinamento tributario, ma anche a tutti i possibili casi di elusione fiscale<sup>145</sup>).

Ragionando in questi termini dovrebbe ritenersi esclusa la possibilità di considerare il principio comunitario dell'abuso del diritto – almeno nella sua formulazione nel caso *Halifax* – nei termini di una clausola antielusiva generale direttamente invocabile dagli Stati membri nei confronti di qualsiasi fattispecie elusiva.

Sarebbe, quindi, stato preferibile che la Corte di Cassazione si fosse riferita al principio comunitario dell'abuso del diritto secondo il ricordato modulo dell' "uso dialettico della comparazione" al fine di rinvenire ulteriori elementi per confermare l'esistenza di un simile principio anche nell'ordinamento italiano. E, in effetti, tale approccio sembra essere stato in qualche modo seguito nella successiva sentenza n. 8772/2008 in cui i giudici di legittimità si sono riferiti al principio comunitario dell'abuso

---

<sup>144</sup> BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, pp. 32-34. Peraltro, ulteriori dubbi sulla vincolatività per il giudice interno della sentenza in *Halifax* sono stati espressi da SALVINI, L., *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, in *Corr. trib.*, 39, 2006, p. 3097. Come ricordato secondo l'Autore la sentenza in commento sarebbe affetta da vizio logico poiché da un lato si muove dalla premessa secondo cui la nozione di attività economica ai fini IVA deve essere interpretata senza tenere conto dello scopo cui viene diretta, e dall'altro si arriva ad affermare che le condotte elusive possono essere contrastate sulla base di un principio interpretativo, quale sarebbe l'abuso del diritto, che, per poter essere applicato, richiede anche sulla presenza di un elemento di tipo soggettivo radicato nello scopo di ottenere un vantaggio fiscale. L'Autore si chiede, quindi, fino a che punto il principio di diritto indicato da tale sentenza possa avere valore vincolante per il giudice nazionale in casi simili (e *a fortiori* per tutti i casi) «*proprio perché non spiega convincentemente come si possa giungere in via interpretativa a reprimere l'elusione fiscale, e non riesce quindi a far discendere con linearità dal principio le affermate conseguenze*» (Ivi, p. 3101)

<sup>145</sup> SALVINI, L., *Abuso del diritto e clausole elusive in materia tributaria*, relazione presentata al convegno "Elusione tributaria. L'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna", 10 luglio 2008, LUISS Guido Carli, p. 29. In tal senso l'Autore ritiene non appropriato il richiamo alla sentenza *Halifax* posto dalla Corte di Cassazione nella sentenza (sez. trib.) 14 novembre 2005, n. 22932 riguardante un caso di società senza impresa. In tal caso, infatti, non risulta soddisfatto una evidente condizione espressamente richiesta dalla normativa IVA di rango comunitario (e nell'art. 19 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) nella parte in cui prevede che il diritto alla detrazione spetti soltanto per gli acquisti fatti nell'esercizio dell'impresa. L'Autore esprime poi ulteriori dubbi sull'applicabilità in via automatica e generalizzata della sentenza *Halifax* al settore dell'IVA in considerazione del fatto che, come ammesso dalla stessa Corte di Giustizia, la detrazione dell'IVA in caso di operazioni non fittizie (cioè reali) può essere impedita solo a condizione che l'acquirente sia consapevole della natura patologica dell'operazione (Corte di giustizia CE, 6 luglio 2006, cause riunite causa C-439/04, "Kittel", e causa C-440/04, "Recolta Recycling").

del diritto considerandolo quale premessa per affermare che «l'ottica del rapporto elusione/norma legislativa si è così ribaltata e le singole norme "antielusive" vengono invocate non più come eccezioni ad una regola, ma come mero sintomo dell'esistenza di una regola». I giudici di legittimità hanno, quindi, cassato con rinvio la sentenza della Commissione Tributaria Regionale indicando il seguente principio di diritto: «non hanno efficacia nei confronti della amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano "abuso del diritto", cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale; ed incombe sul contribuente fornire la prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere meramente marginale».

Muovendo da questo dato – e tralasciando l'incauta formulazione del principio indicato dalla Corte, in cui viene a perdersi ogni riferimento alla natura indebita del vantaggio fiscale in virtù di uno sviamento rispetto alla finalità delle norme invocate dal contribuente<sup>(146)</sup> – si può affermare che con la sentenza n. 8772/2008 i giudici di legittimità non hanno dedotto la diretta applicazione del principio comunitario dell'abuso del diritto<sup>(147)</sup>, ma – diversamente – vi hanno fatto ricorso quale principale elemento di conforto per affermare, con efficacia puramente domestica, la tesi secondo cui le norme antielusive scritte non vanno intese quale eccezione al diritto complessivamente inteso, ma diversamente vanno intese quale espressione sintomatica dell'esistenza di un più generale principio che impone il divieto dell'uso abusivo del diritto e che, per l'effetto, – al pari delle norme codificate – deve ritenersi pienamente applicabile.

Così ragionando l'approccio seguito nella sentenza n. 8772/2008 non risulterebbe colpito dalle ricordate obiezioni in merito alla possibilità di utilizzare in modo generalizzato il principio comunitario dell'abuso del diritto. Resterebbe, tuttavia, da risolvere il problema dell'ammissibilità e concreta applicabilità di un principio di diritto non scritto in un settore, quale quello tributario, governato dalla riserva di legge di cui

---

<sup>146</sup><sup>146</sup> Sul punto BEGHIN, M., *Abuso del diritto: la confusione persiste*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 8, 2008, p. 649. In altra sede l'autore ha affermato che la formulazione dell'abuso del diritto offerta nella sentenza n. 8772/2008 rappresenta una vera e propria "storpiatura" del concetto di "abuso" (BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009 p. 37). In senso conforme ZIZZO, G., *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, p. 65.

<sup>147</sup> E se così fosse stato dovrebbe accogliersi quanto osservato da un orientamento della dottrina secondo cui il principio enunciato da giudici di legittimità è assai diverso da quello di fonte comunitaria: «[p]er la Cassazione, infatti, la condotta abusiva si identifica nella condotta realizzata essenzialmente per ottenere un vantaggio fiscale. (...) per la Corte di Giustizia questa condizione non è sufficiente, occorre altresì, e a monte, che, nonostante l'osservanza formale delle pertinenti disposizioni, l'attribuzione del vantaggio risulti in conflitto con l'obiettivo perseguito dalle stesse» (ZIZZO, *op. cit.*, p. 65).



all'art. 23 Cost. <sup>(148)</sup>.

Ad ogni modo, l'impostazione assunta con la ricordata sentenza n. 8772/2008 è stata presto abbandonata dalla Corte di Cassazione atteso che alla fine del 2008, le SS.UU. hanno emanato le sentenze n. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008, con le quali è stato affermato che con riferimento alla fiscalità diretta (o meglio non armonizzata) deve dedursi l'esistenza di un principio antielusivo generale di divieto di abuso del diritto direttamente ricavabile dall'art. 53 Cost.

Prima di esaminare tali arresti merita di essere segnalato che pochi mesi prima della loro decisione la Corte di Cassazione aveva pronunciato la sentenza 17 ottobre 2008, n. 25374<sup>(149)</sup> recante alcuni elementi di novità rispetto alle precedenti sentenze in tema di abuso del diritto. La sentenza in commento trae origine da una contestazione IVA sollevata in merito ad una complessa operazione di locazione finanziaria frammentata in distinti contratti stipulati con società appartenenti allo stesso gruppo societario con

---

<sup>148</sup> A tale riguardo si può osservare che la considerata estensione del divieto comunitario di abuso del diritto in materia fiscale ad un ordinamento tributario nazionale quale quello italiano pare configurarsi come esempio paradigmatico di quel fenomeno di circolazione dei modelli e principi tributari che, nel caso di specie, verrebbe a costituire una specifica modalità di armonizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali accanto alle forme tradizionali basate sull'utilizzo della normativa comunitaria derivata e dalla armonizzazione negativa operata dalla Corte di Giustizia che elide dai sistemi giuridici nazionali le norme in contrasto con le libertà fondamentali previste dal Trattato. In particolare, la forma di armonizzazione in questione avrebbe un andamento circolare che ha sì impulso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in cui vengono ad essere individuati i principi generali dell'ordinamento comunitario, ma che sul piano dell'efficacia non può fare a meno della sensibilità dei singoli giudici nazionali: è quest'ultima, infatti, che determina la circolazione o trasmutazione di valori e istituti giuridici dai singoli ordinamenti nazionali all'ordinamento comunitario attraverso l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia; tale circolazione è però "a doppio senso": ricevuto il principio forgiato dai giudici di Lussemburgo le corti nazionali sono necessariamente chiamate a farne applicazione nell'ordinamento interno mediante un processo di adattamento alle regole e principi dello stesso nonché di ulteriore chiarificazione del principio di fonte comunitaria e che per essere attuato potrebbe richiedere un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia con la conseguenza che il principio in origine ricevuto viene ad essere ulteriormente affinato proprio in ragione di istanza di fonte domestica. Quale esempio del moto circolare appena descritto possono validamente considerarsi le sentenze *Halifax* e *Part Service* precedentemente citate. Infatti, con la prima pronuncia, su rinvio pregiudiziale del giudice britannico, la Corte di Giustizia ha per la prima volta offerto una compiuta enucleazione del principio dell'abuso del diritto in ambito IVA; quest'ultimo, poi, nel tentativo di essere compiutamente applicato nell'ordinamento italiano, ha a sua volta determinato l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di Giustizia con riferimento alla questione, poi risolta dalla sentenza *Part Service*, riguardante la natura essenziale o esclusiva dello scopo fiscale quale elemento subiettivo della fattispecie abusiva. Ne consegue che il principio dell'abuso del diritto così come definitivamente affermato nella successiva sentenza *Part Service* è il frutto di un processo di "circolazione tributaria" a struttura circolare nel senso di aver trovato origine nella giurisprudenza comunitaria per interessare poi gli Stati membri che, tuttavia, con un moto di reflusso hanno nuovamente coinvolto la Corte di Giustizia con l'obiettivo di giungere ad una più chiara indicazione del contenuto del principio dell'abuso del diritto. Le due sentenze dimostrano, quindi, come la circolazione di tale principio – come spesso avviene in ambito comunitario – sia il frutto di un processo di dialogo tra gli ordinamenti e la Corte di Giustizia. Sul punto PISTONE, P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2, 2012, p. 446.

<sup>149</sup> Tale sentenza è peraltro il frutto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea che ha poi dato origine alla ricordata sentenza *Part Service* e di cui, quindi, la sentenza n. 25374/2008 costituisce adattamento nell'ordinamento nazionale.

l'effetto di separare l'operazione di finanziamento, tipica del leasing, dalla cessione in godimento del bene. Scopo di tale operazione era quello di non pregiudicare il diritto alla detrazione IVA quale conseguenza della realizzazione di operazioni finanziarie esenti dall'imposta. Sul punto va, inoltre, osservato che la vicenda in commento ha dato luogo al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea che ha poi dato origine alla ricordata sentenza *Part Service* e di cui, quindi, la sentenza n. 25374/2008 costituisce adattamento nell'ordinamento nazionale. Ebbene, nel recepire il principio indicato dalla Corte di Giustizia secondo cui le condotte abusive sussistono anche ove le stesse siano sorrette da ragioni economiche marginali, ossia non predominanti rispetto al fine dell'ottenimento di un vantaggio fiscale, la Corte di Cassazione giunge ad una diversa modulazione del principio dell'abuso rispetto a quella offerta dalla precedente sentenza n. 8772/2008 assegnando particolare rilevanza al rapporto tra forma giuridica e sostanza economica. Afferma, infatti, la Corte che «*il meccanismo dell'abuso del diritto costituisce, come la Corte di Giustizia ha sottolineato, proprio un superamento della forma giuridica in vista di cogliere l'esatta finalità economica di un negozio o di un complesso negoziale*»<sup>150</sup>) e che, pertanto, «*le pratiche abusive, consistenti nell'impiego di una forma giuridica o di un regolamento contrattuale al principale scopo di realizzare un risparmio d'imposta, qualunque sia il tributo in questione, consistono, inevitabilmente, in un abuso di diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento comunitario, e pertanto assumono rilievo normativo primario in tale ordinamento*»<sup>151</sup>). A tale riguardo la La Corte di Cassazione, facendo largo uso del metodo della comparazione in chiave dialettica, giunge altresì a precisare che «*la contiguità del fenomeno a quelli della simulazione e della frode, che fa talvolta impiegare - in altri linguaggi giuridici - espressioni nelle quali si descrive la pratica abusiva come quelle adoperate dalla prassi U.S.A. "lacking in commercial reality" ("mancante di realtà commerciale") e "subjectively as a sham" ("soggettivamente, come un atto simulato") o il già citato art. 64 del Livre des procédures fiscales francese, che ricomprende nella nozione anche gli atti simulate non deve, quindi portare ad una confusione dei due concetti. Le fonti comunitarie più recenti esprimono in modo chiaro la distinzione*»<sup>152</sup>). Tuttavia, la complessiva elaborazione del principio dell'abuso del diritto condotta dalla Corte di Giustizia non sembra offrire molto supporto a tale conclusione. Si è, infatti, sottolineato che il concetto di *wholly artificial arrangement* impiegato dalla Corte di Giustizia per definire il presupposto obiettivo dell'abuso del diritto rende quest'ultimo non sempre facilmente distinguibile dalla (diversa) categoria della simulazione. Inoltre, la connotazione delle fattispecie elusive in termini di “*lacking in commercial reality*” appare assai vicina al concetto di “costruzioni di puro artificio” essendo quest'ultimo identificato proprio nella presenza di

<sup>150</sup> Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, § 5.8.

<sup>151</sup> Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, § 5.4.

<sup>152</sup> Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, § 5.5.

“costruzioni” giuridicamente esistenti ma prive di adeguata sostanza economica<sup>153</sup>). Va però osservato che nella sentenza *Part Service* l’attenzione della Corte di Giustizia più che sulla sostanza economica pare focalizzarsi sull’ “abuso delle forme negoziali”<sup>154</sup>) e ciò spiegherebbe la posizione assunta dalla Corte di Cassazione in merito alla distinzione tra abuso del diritto e sostanza economica. Tuttavia, se si considera che nella sentenza n. 25374/2008 la Corte giunge ad affermare che il principio comunitario dell’abuso del diritto ha valenza di clausola antielusiva generale applicabile anche ai tributi non armonizzati<sup>155</sup>), la posizione assunta dalla stessa con riferimento ai rapporti tra abuso del diritto e criterio della sostanza economica potrebbe creare non poche tensioni rispetto all’applicazione del principio dell’abuso del diritto anche a fattispecie relative alla fiscalità non armonizzata in cui, come visto, la Corte di Giustizia fa ampio uso del criterio delle costruzioni di puro artificio.

Si ripresenta, quindi, la questione dell’unità del principio dell’abuso del diritto di matrice comunitaria che se interpretato in termini che portano a distinguerne due diverse accezioni, a seconda che il contesto di riferimento sia rappresentato da tributi armonizzati ovvero non armonizzati, non sembra consentire la sua generalizzazione a tutto l’ordinamento tributario. Peraltro, che nella sentenza n. 25374/2008 si facesse riferimento al concetto di abuso del diritto così come elaborato nella sentenza *Part Service* appare questione indubitabile se solo si considera che in detta pronuncia la Corte di Cassazione giunge ad affermare che «*la sentenza della Corte di Giustizia [Part Service] nella presente causa rappresenta, quindi, un allargamento del solco tracciato dalla sentenza Halifax, in quanto considera abusivo il ricorso a forme giuridiche quando il risparmio fiscale sia lo scopo principale della forma di transazione scelta, anche se allo stesso si accompagnino secondarie finalità di contenuto economico*»<sup>156</sup>). Inoltre, il fatto che in tale sentenza della Corte di Cassazione si assista ad un mutamento della nozione interna di abuso del diritto in abuso delle forme giuridiche sulla scorta del contenuto della

---

<sup>153</sup> Cfr. Raccomandazione della Commissione UE n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012 secondo cui «*le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica*» (art. 4.2).

<sup>154</sup> «*La decisione della causa presupponga la soluzione della questione se gli atti e i comportamenti delle parti in causa, nella loro reciproca connessione, possano essere considerati come abuso del diritto o di forme giuridiche, secondo la definizione data dalla giurisprudenza comunitaria e, in particolare, dalla sentenza della Corte 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax*» (Corte di Giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-425/06, § 24). Sul punto TODINI, C., *L’abuso delle forme societarie nell’imposizione sul reddito, in Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell’imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, pp. 124-125.

<sup>155</sup> «*La nozione [di abuso del diritto] assume il ruolo di Generalklausel antielusiva o di General Anti-Avoidance Rule nell’ordinamento tributario: pur non esistendo una corrispondente enunciazione nelle fonti normative nazionali, la sua applicazione, come già riconosciuto dalla Corte (sentenza 21 settembre 2006, n. 21221 e, da ultima, 21 aprile 2008, n. 10257, entrambe in materia di imposizione diretta) s’impone per essere la stessa di formazione comunitaria. Con la conseguenza che la stessa opera anche al di fuori dei tributi "armonizzati" o "comunitari", quali l’I.V.A., le accise e i diritti doganali*» (Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, § 5.2).

<sup>156</sup> Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, § 5.4.

sentenza *Part Service* è ulteriormente confermato dalla tesi della Corte di Cassazione ivi enunciata in termini di riparto dell'*onus probandi* secondo cui «l'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica incombe all'amministrazione finanziaria, la quale non potrà certamente limitarsi ad una mera e generica affermazione, ma dovrà individuare e precisare gli aspetti e le particolarità che fanno ritenere l'operazione priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta»<sup>157</sup>). Sul punto merita tra l'altro di essere sottolineato che per la Corte «si tratta della stessa regola contenuta nel D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, e propria, come si è detto, di altri ordinamenti giuridici»<sup>158</sup>). Seguendo questo ragionamento si dovrebbe, quindi, giungere alla tesi – non priva di difficoltà – secondo cui anche ai fini dell'applicazione dell'art. 37-bis l'abuso delle forme giuridiche deve intendersi nei termini di un elemento costitutivo della fattispecie elusiva generale, tanto che se ne impone la prova a carico dell'Ufficio accertatore pena l'inapplicabilità dell'art. 37-bis stesso.

Come si vedrà tale aspetto della concezione dell'abuso del diritto fatta propria dalla Corte di Cassazione riveste particolare importanza in quanto continuerà a permanere anche in seguito al successivo mutamento di orientamento espresso dalle sentenze n. 30055/08, 30056/08 e 30057/08 con cui viene abbandonata l'idea di una applicazione generalizzata a tutto l'ordinamento del principio comunitario dell'abuso del diritto.

## 2. IL PRINCIPIO DELL'ABUSO DEL DIRITTO QUALE PRECIPITATO DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA

### 2.1 *L'evoluzione dell'orientamento della Corte di Cassazione*

Le ricordate sentenze nn. 30055/08, 30056/08 e 30057/08 hanno riguardato delle complesse vicende di *dividend washing* e *dividend stripping* rispetto alle quali l'intervento delle SS.UU. è il frutto delle ordinanze di rimessione n. 12301 e n. 12302 del 24 maggio 2006 con cui si chiedeva di chiarire: a) se l'Amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, doveva intendersi legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente o la loro nullità per "abuso del diritto"; b) se il giudice tributario, di fronte ad un atto di accertamento in cui si deduca un procedimento negoziale indiretto, possa ritenere comprese nel "*thema decidendum*" e rilevare d'ufficio eventuali cause di nullità dei contratti la cui validità ed opponibilità all'Amministrazione abbia costituito oggetto dell'attività assertoria delle parti.

Alla prima delle predette questioni la Corte di Cassazione ha risposto affermando l'esistenza di un generale principio di divieto di abuso del diritto che, seppur non espressamente trasfuso in una norma di legge, doveva ritenersi derivabile dai principi di capacità contributiva e progressività di cui all'art. 53 Cost. – dovendosi, invece, rinviare

<sup>157</sup> Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, § 5.6.

<sup>158</sup> Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, § 5.6.

alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di tributi armonizzati<sup>159</sup>). Secondo i giudici, infatti, «i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., comma 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi»<sup>160</sup>). Pertanto, «non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale»<sup>161</sup>).

La seconda questione posta con le citate ordinanze è stata, invece, risolta affermando che se l'oggetto della domanda è la pretesa impositiva e non l'accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia di un atto negoziale, ma l'esistenza e l'efficacia dello stesso sono dedotti dal contribuente al fine di paralizzare la pretesa dell'amministrazione, ne discende la sicura rilevabilità d'ufficio delle sue eventuali cause di invalidità o di inopponibilità all'Amministrazione visto che, per costante orientamento della stessa Cassazione, risultano rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'Amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non

---

<sup>159</sup> Al riguardo è stato osservato che una delle possibili ragioni del bisogno della Corte di Cassazione di ricercare all'interno del nostro sistema normativo un principio generale antiabuso potrebbe essere rinvenuto nel principio stabilito dalla ricordata sentenza *Kofoed* (causa C-321/05 del 5 maggio 2007) secondo cui, come visto, ove una Direttiva comunitaria preveda determinati effetti in relazione ad una certa fattispecie, questi in mancanza di un recepimento della Direttiva non possono esplicarsi o prodursi salvo che tali effetti possano trovare cittadinanza ugualmente se all'interno dello Stato membro in virtù di "un contesto normativo" che consenta la sua applicazione mediante un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale alle finalità delle Direttive comunitarie. In tal senso è stato sostenuto che sarebbe questa la ragione per cui la Corte di Cassazione, successivamente alla sentenza *Kofoed*, abbia ritenuto di mutare il proprio indirizzo tentando di rinvenire un principio antielusivo generale all'interno del sistema tributario nazionale (Donatelli, *L'abuso del diritto e l'elusione fiscale nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, reperibile al seguente indirizzo [http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto\\_tributario/abuso\\_diritto.html](http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_tributario/abuso_diritto.html)). Tale ipotesi non sembra, tuttavia, del tutto convincente in quanto il criterio del "contesto normativo" indicato dalla sentenza *Kofoed* risulta rilevante solo nei caso in cui la fattispecie elusiva riguardi l'utilizzo del diritto comunitario secondario. Peraltro, in tal caso, – individuato il "contesto normativo" adeguato – è ragionevole ritenere che la Corte avrebbe poi comunque dovuto coniugare il fondamento interno dell'abuso del diritto con il suo contenuto così come elaborato dalla Corte di Giustizia. In tal senso, come già rilevato, sembra preferibile l'ipotesi secondo cui la Corte di Cassazione ha ritenuto opportuno rinvenire nell'ordinamento interno il fondamento del principio dell'abuso del diritto al fine di poterlo applicare, senza contestazioni, a fattispecie puramente interne che nulla hanno a che vedere con il diritto comunitario secondario o con l'utilizzo delle libertà sancite dal Trattato (ZIZZO, G., *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, pp. 64-65).

<sup>160</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.2.

<sup>161</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.2.

disponibile. Conseguentemente, nelle intenzioni della Corte di cassazione, il principio dell'abuso del diritto costituisce un principio antielusivo non solo di portata generale, ma rilevabile anche d'ufficio e, quindi, applicabile per la prima volta dal giudice anche in sede di legittimità. Pertanto, conclude la Suprema Corte, «[l]a sentenza impugnata – fondata sull'implicito presupposto della inesistenza nell'ordinamento di un generale principio antielusivo – risulta dunque erronea e va cassata»<sup>(162)</sup>.

Nelle successive e numerose pronunce la Corte ha poi ulteriormente raffinato il proprio approccio puntualizzandone alcuni aspetti di particolare rilievo, sebbene l'impianto di base definito con le sentenze del dicembre 2008 appena considerate sia rimasto del tutto inalterato.

In particolare, con la sentenza del 21 gennaio 2009, n. 1465 i giudici di legittimità, intervenendo su una complessa operazione di *joint venture* poi risolta in favore del contribuente, hanno chiarito che l'abuso del diritto va riferito anche a quei casi in cui il contribuente utilizzi in modo improprio delle norme tributarie sostanziali e l'Amministrazione finanziaria, pur non applicando l'art. 37-bis, si limiti ad applicare il generale principio di inerenza che governa la relazione tra le componenti reddituali conseguite e la determinazione del reddito imponibile quale risultato dell'esercizio dell'impresa. Secondo la Corte, infatti, «[l]'abuso invero costituisce una modalità di "aggiramento" della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico per cui vi è stretta correlazione tra condotta ipoteticamente elusiva e "portata" dell'inerenza che sottende l'applicabilità di meccanismi di detrazione e compensazione nella formazione del reddito di impresa, tanto implicando che i due fenomeni non possano essere vagliati l'uno indipendentemente dall'altro»<sup>(163)</sup>. Sul punto i giudici hanno, inoltre, precisato che se è vero che spetta al contribuente fornire le valide ragioni economiche a supporto delle operazioni realizzate è pur vero che deve ritenersi onere dell'Amministrazione fornire la prova dell'esistenza di un disegno elusivo rispetto al quale, peraltro, la Cassazione precisa che «questa indagine va svolta con tanta più cautela al cospetto di disegni e costruzioni finanziarie – ancorché non usuali per il tortuoso percorso seguito rispetto ad uno più diretto e lineare – che implicano il parallelo conseguimento di obbiettivi economici ispirati a diverse considerazioni rispetto a quelle di ottenere un mero risparmio di imposta»<sup>(164)</sup>. Infatti, prosegue la Corte, «[l] sindacato antielusivo di fronte a tali strategie non può poi non tener conto dell'evoluzione degli strumenti giuridici necessariamente collegata alle rapide mutazioni della realtà economico nella quale possono trovare spazio forme nuove non necessariamente collegate a normali logiche di profitto della singola impresa»<sup>(165)</sup>. Ne consegue, che per i giudici di legittimità l'Amministrazione deve provare le proprie conclusioni «mettendo a confronto

<sup>162</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.6.

<sup>163</sup> Cass. sent., n. 1465/2009, § 4.

<sup>164</sup> Cass. sent., n. 1465/2009, § 6.

<sup>165</sup> Cass. sent., n. 1465/2009, § 6.

*l'asserito comportamento abusato con il comportamento fisiologico aggirato onde far emergere quella anomala differenza incompatibile con una normale logica economica se non per pervenire a quel risultato elusivo»<sup>166</sup>*). In sostanziale continuità con la sentenza *Part Service* i giudici ricordano, infatti, che «*[u]na operazione economica, oltre allo scopo di ottenere vantaggi fiscali, può perseguire diversi obbiettivi, di natura commerciale, finanziaria, contabile ed integra gli estremi del comportamento abusivo qualora e nella misura in cui tale scopo si ponga come elemento predominante ed assorbente della transazione tenuto conto sia della volontà delle parti implicate che del contesto fattuale e giuridico in cui la transazione stessa viene posta in essere, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove quelle operazioni possono spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta»<sup>167</sup>*).

Tali conclusioni sono poi state ulteriormente ribadite nelle successive sentenze 22 settembre 2010, n. 20030 e 21 gennaio 2011, n. 1372. Con la prima pronuncia sono, infatti, state accolte le doglianze del contribuente rilevando che «*[l]a parte erariale ha esclusivamente dedotto la scarsa economicità dell'operazione per il soccidante e l'inadeguata prova dell'inerenza dei costi verso il soccidario oggetto di deduzione, ma si tratta di elementi che trovano fondamento nelle pattuizioni contrattuali, la cui abusività ai fini fiscali non è stata, come si è detto, specificamente dedotta né asseverata in forza di altri elementi, né corroborata dall'accertamento di vantaggi fiscali abusivi da parte degli allevatori/soccidari»*. Con l'importante sentenza n. 1372/2011 – riguardante un caso di *leveraged buy-out* poi risolto anch'esso in favore del contribuente – è stato, invece, precisato che non rivestono carattere “abusivo” le operazioni di ristrutturazione aziendale poste in essere da un'impresa al fine di migliorarne struttura e funzionalità anche ove quest'ultime conducano ad un risparmio di imposta. In tal senso viene ribadito che l'abuso del diritto non è invocabile ove l'operazione rientri in una normale logica di mercato e vi sia compresenza, non marginale, di ragioni extra fiscali le quali, tuttavia, possono essere anche di natura meramente organizzativa: «*[o]ccorre, infatti, considerare che la strategia sul mercato dei gruppi di imprese non può essere valutata come quella dell'imprenditore singolo, e cioè non deve essere finalizzata al conseguimento di una redditività in tempi brevi»<sup>168</sup>*. Inoltre, prosegue la Corte, nel valutare l'esistenza di un possibile aggiramento di norme «*il sindacato dell'amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (e cioè una fusione) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale. In particolare, non può essere considerata abusiva la scelta di mantenere in piedi un distinto soggetto giuridico, invece di dar luogo alla creazione di un unico soggetto, in quanto, tale scelta non appare artificiosa,*

---

<sup>166</sup> Cass. sent., n. 1465/2009, § 6.

<sup>167</sup> Cass. sent., n. 1465/2009, § 9.

<sup>168</sup> Cass. sent., n. 1372/2011, § 4.6.

*nè come tale poteva considerarsi soltanto perché comportava un maggiore risparmio fiscale»<sup>(169)</sup>. Peraltro, come fatto presente nella sentenza 30 novembre 2012, n. 21390, non basta che il percorso alternativo esista, ma deve anche essere fungibile rispetto agli obiettivi economici ricercati dal contribuente: «il carattere elusivo, sotto il profilo fiscale, di una determinata operazione, nel fondarsi normativamente sul difetto di valide ragioni economiche e sul conseguimento di un indebito vantaggio fiscale, presuppone l'esistenza di un valido strumento giuridico che, pur se alternativo a quello scelto dal contribuente, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito dal contribuente»<sup>(170)</sup>. Sul punto merita di essere sottolineato che, come osservato dalla dottrina, l'equivalenza tra la fattispecie reputata elusiva e quella alternativa, è stata giudicata dalla Corte di Cassazione assumendo come criterio di paragone la somiglianza economico-giuridica tra le due operazioni – e non quindi soltanto quella economica<sup>(171)</sup>.*

Un simile conclusione, volta cioè ad escludere che l'abuso del diritto possa essere ridotto ad un mero sindacato economico sulle scelte imprenditoriali accompagnate da un risparmio d'imposta, può essere rinvenuta anche nella precedente sentenza del 12 maggio 2011, n. 10383. In tal caso i giudici hanno, infatti, affermato che la mera costituzione di iniziative produttive incentivate non può mai integrare un "abuso del diritto" ove siano state concretamente soddisfatte le specifiche condizioni previste dal Legislatore per beneficiare dell'incentivo che, di per sé, vanno ad escludere che l'operazione possa considerarsi diretta al solo o predominante scopo di conseguire un vantaggio fiscale in aggiramento di obblighi e divieti tributari posti dall'ordinamento. Ed, infatti, con l'ordinanza del 2 novembre 2011, n. 22716 la Corte di Cassazione, sempre in tema di abuso del diritto, è tornata a precisare che il cuore dell'elusione fiscale è rappresentato dalla frustrazione degli scopi legislativi mediante la realizzazione di condotte soltanto formalmente rispettose della stessa: *«la giurisprudenza comunitaria e nazionale hanno costantemente ritenuto che costituiscono abuso del diritto quelle pratiche che, pur formalmente rispettose del diritto interno o comunitario, siano mirate principalmente ad ottenere benefici fiscali contrastanti con la ratio delle norme che*

---

<sup>169</sup> Cass. sent., n. 1372/2011, § 4.7.

<sup>170</sup> Cass. sent., n. 21390/2012, § 3.2.

<sup>171</sup> Con la sentenza n. 21390/2012 la Corte di Cassazione ha, infatti, escluso la sussistenza di profili elusivi se una società decide di acquistare le quote di una società immobiliare, invece che procedere all'incorporazione della medesima (regolata, nella specie, dalla disciplina antecedente alla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6); la sentenza precisa a tal riguardo che per considerare un'operazione elusiva è necessario che la situazione posta in essere dal contribuente e quella prospettata dall' Agenzia delle Entrate possano essere messe a confronto in termini omogenei, circostanza che non si verifica nel caso in questione: l'incorporazione di una società realizza infatti la sostituzione, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi della società incorporata o fusa, del nuovo soggetto giuridico, con conseguente esposizione della società incorporante, con tutto il proprio patrimonio, ad eventuali iniziative dei creditori della società incorporata; diversamente, la cessione delle quote determina esclusivamente il trasferimento in capo all'acquirente delle partecipazioni sociali acquistate, con sopravvivenza della società alienante e della sua autonomia patrimoniale.



*introducono il tributo*». Similmente, il legame tra abuso del diritto ed utilizzo “strumentale” delle norme tributarie viene ad essere affermato nella sentenza del 4 aprile 2012, n. 5402 nonché del 28 giugno 2012, n. 10807 secondo cui «[l’abuso] è ravvisabile in tutte quelle pratiche che, pur formalmente rispettose del diritto interno o comunitario, siano mirate principalmente ad ottenere benefici fiscali contrastanti con la ratio delle norme che introducono il tributo»<sup>(172)</sup>.

Così precisato il principio dell’abuso del diritto appare particolarmente vicino alla formulazione del primo comma dell’art. 37-bis atteso che in entrambi i casi le ragioni economiche vengono a svolgere il ruolo di elemento impeditivo dell’azione del Fisco che, in ogni caso, viene ad essere legittimata soltanto ove venga provato l’aggiramento di obblighi e divieti impositivi ed il conseguimento di un vantaggio fiscale da desumersi mediante il confronto con una diversa operazione da ritenersi non solo alternativa a quella in concreto realizzata ma anche fisiologica rispetto agli scopi che il sistema intende perseguire<sup>(173)</sup>. In altri termini, abuso del diritto ed art. 37-bis risultano accomunati dal fatto di aver assunto la frode alla legge quale modello di riferimento per l’individuazione dell’elusione fiscale. Ed, infatti, come ben testimoniato dalla ricordata sentenza n. 1465/2009 il tratto saliente della condotta elusiva viene ad essere rinvenuto nell’aggiramento delle legge tributaria<sup>(174)</sup> e non – come affermato nella precedente sentenza n. 8772/2008<sup>(175)</sup> – nella mera realizzazione di un’operazione essenzialmente diretta al conseguimento di un risparmio fiscale<sup>(176)</sup>.

Tale conclusione appare poi ulteriormente confortata dal fatto che già nelle ricordate sentenze del dicembre 2008, la Corte non sembrava aver ricollegato l’abuso del diritto all’abuso di una *facultas agendi*, ossia ad uso “antisociale” dell’autonomia privata

---

<sup>172</sup> Cass. sent., n. 10807/2012, § 4.1.

<sup>173</sup> FICARI, V., *Clausola antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2009, 2, p. 394.

<sup>174</sup> Si deve, tuttavia, osservare che in una sentenza di poco successiva a quella in commento, ossia la pronuncia 26 febbraio 2010, n. 4737, la Corte di Cassazione sembra essere venuta meno alla predetta qualificazione dell’abuso del diritto nel senso della frode alla legge enunciate nella precedente sentenza n. 1465/2009. Con la sentenza n. 3737/2010 la Corte ha, infatti, ha applicato il principio dell’abuso del diritto in un caso in cui era evidente la natura evasiva della struttura contrattuale utilizzata dal contribuente e, quindi, l’assenza degli elementi tipici della frode alla legge. Infatti, nella citata sentenza, la Corte, dopo aver richiamato il concetto di abuso del diritto così come definito dalle passate sentenze a partire da dicembre 2008, afferma che un meccanismo, quale quello dell’interposizione fittizia di una società tra l’effettivo titolare dei diritti d’immagine e il soggetto che intendeva sfruttarli, risulta artificiosamente posto in essere allo scopo di ottenere indebiti vantaggi di natura fiscale - atteso che il soggetto interposto risulta essere residente in una paradiso fiscale. Sul punto viene poi precisato che appare evidente come il complesso delle attività fra loro coordinate e finalizzate all’occultamento di parte del compenso corrisposto al ricorrente, non possa considerarsi opponibile. Tuttavia, se c’è occultamento, come afferma la Corte, il riferimento all’elusione appare improprio.

<sup>175</sup> In tal senso si veda anche Cass. 8 aprile 2009, n. 8487 ove sembra suggerirsi un approccio bivalente: «l’elusione fiscale può assumere sia la forma della mera devianza (utilizzo improprio di uno strumento normativo) che quella dell’abuso di diritto positivo (nel quale vengono posti in essere una molteplicità di atti al solo fine di ottenere il risparmio fiscale)».

<sup>176</sup> BASILAVECCHIA, M., *Surrogati interpretativi in difetto di norma antielusiva?*, in *GT Riv. giur. trib.*, 7, 2009, p. 604.

– come lascerebbe, invece, intendere il riferimento all’utilizzo distorto di strumenti giuridici idonei a conseguire un risparmio fiscale<sup>177</sup>). Invero, nella citata sentenza si afferma che «*esiste, nell’ordinamento costituzionale, un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono state create, norme fiscali (lato senso) di favore, essendo d’altro canto, nel caso di specie, in re ipsa la elusività dell’operazione*»<sup>178</sup>). La fattispecie elusivo-abusiva verrebbe perciò a completarsi, e pertanto ad esistere, solo ove per il tramite di un non conforme esercizio di una posizione soggettiva (l’autonomia negoziale) il contribuente venga a sottrarsi all’obbligo di contribuzione nel senso di impedire la realizzazione degli scopi perseguiti dalle norme tributarie ancorché le stesse risultino formalmente rispettate. In altri termini, l’abuso rilevante ai fini fiscali è quello che si traduce nell’abuso di una *norma agendi* in quanto, in tale ambito, diversamente dal caso del diritto civile, ciò che si vuole impedire non è il mero esercizio di un diritto per nuocere ad altri, ma il fatto che attraverso il suo esercizio ci si possa sottrarre all’imperio delle leggi tributarie mancando di realizzarne lo scopo nonostante ne venga rispettata la lettera<sup>179</sup>).

La Corte di Cassazione giunge, quindi, a cogliere l’abuso del diritto secondo una dimensione non lontana da quella valorizzata dalla Corte di Giustizia Europea nei casi riguardanti l’applicazione del diritto comunitario secondario ove il profilo oggettivo dell’abuso del diritto è stato ricondotto all’utilizzo di una norma secondo modalità che ne frustrano le finalità ed impediscono la realizzazione degli scopi che si volevano promuovere per il suo tramite<sup>180</sup>).

---

<sup>177</sup> Secondo parte della dottrina, anche dal punto di vista comunitario l’abuso del diritto in ambito tributario non andrebbe ricondotto ad uso antisociale del diritto, bensì al più ampio concetto di aggiramento di norme (PISTONE, P., *L’abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2, 2012, p. 441).

<sup>178</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.3.

<sup>179</sup> PISTONE, P., *L’abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2, 2012, p. 437.

<sup>180</sup> Per completezza si fa presente che la Corte di Cassazione, con alcune recenti pronunce, ha esteso l’applicazione del principio dell’abuso del diritto anche all’imposta di registro al fine di giustificare una (discutibile) lettura dell’art. 20 del t.u.r. nei termini di una norma di tipo antielusivo (e non, quindi, di mera qualificazione degli atti sottoposti alla registrazione). Così nella sentenza del 5 giugno 2013, n. 14150, la Corte ha affermato che l’art. 20 del t.u.r., attribuisce prevalenza, nell’interpretazione degli atti registrati ed ai fini impositivi, alla natura intrinseca ed agli effetti giuridici degli stessi sul loro titolo e sulla loro forma apparente; e in tal senso vincola l’interprete a privilegiare il dato giuridico reale rispetto ai dati formalmente enunciati – anche frazionatamente – in uno o più atti; pertanto, una pluralità di operazioni societarie e di negozi, strutturalmente e funzionalmente collegati al fine di produrre, nella specie, un unico effetto giuridico finale costituito dal trasferimento della proprietà di beni immobili a seguito di conferimento dapprima in una società a responsabilità limitata e poi cessione delle relative quote, va considerata, ai fini dell’imposta di registro, come un fenomeno unitario, in conformità al principio costituzionale di capacità contributiva e all’evoluzione della prestazione patrimoniale tributaria dal regime della tassa a quello dell’imposta. In senso conforme si veda anche Cass. 28 giugno 2013, n. 16345. Similmente, nella successiva sentenza del 24 luglio 2013, n. 17965 i giudici di legittimità hanno affermato, in applicazione del predetto art. 20, che una pluralità di cessioni – nella specie, la prima a titolo gratuito dei beni immobili organizzati per l’attività agricola e la seconda, realizzata tre anni dopo e quale compravendita degli immobili del fondo – costituisce fenomeno

## 2.2 *L'abuso del diritto quale clausola antielusiva generale fondata sull'art. 53 Cost.*

Alla luce della complessiva evoluzione della posizione della Corte di Cassazione precedentemente considerata appare evidente che i giudici di legittimità sono giunti ad utilizzare – non sempre in modo adeguato, tuttavia – una non molto diversa da quella già indicata dalla dottrina<sup>(181)</sup> che, come visto precedentemente, rivendicava l'esistenza di un principio antielusivo generale non scritto ed immanente all'ordinamento nazionale sebbene, in tal caso, si facesse espresso riferimento al modello della frode alla legge sotteso dall'art. 1344 Cod. Civ. Altra dottrina<sup>(182)</sup> aveva però sottolineato come la rilevanza agli effetti tributari del modello di frode alla legge desumibile dal citato art. 1344 doveva comunque essere valutata individuando nell'art. 53 Cost. la fonte primigenia del divieto di condotte elusive essendo tale articolo direttamente legato al dovere inderogabile di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. in capo a tutti i consociati<sup>(183)</sup>. Pertanto, secondo l'orientamento in commento, l'art. 53 Cost. rappresenterebbe una norma operante in modo diretto anche nei confronti del contribuente (oltre che del Legislatore) vietando a quest'ultimo di venir meno ai propri doveri di solidarietà – di cui l'art. 53 Cost. sarebbe una specificazione in ambito tributario – mediante un esercizio non conforme della propria autonomia privata. In tale ottica l'art.

---

unitario, anche in conformità al principio generale di divieto di abuso del diritto, di origine comunitaria, ma ricavabile altresì, per i tributi non armonizzati, dai principi costituzionali di capacità contributiva e progressività dell'imposizione, derivandone l'applicazione dell'imposta in misura ordinaria. Tali sentenze sono state precedute dall'ordinanza del 19 marzo 2013, n. 6835 con cui la Corte di Cassazione, sempre con riferimento all'art. 20 t.u.i.r., ha affermato che la scelta compiuta dal Legislatore di assegnare prevalenza alla "intrinseca natura e gli effetti giuridici" rispetto al "titolo o la forma apparente" implica che gli stessi concetti privatistici sull'autonomia negoziale regrediscono a semplici elementi della fattispecie tributaria. Pertanto, prosegue la Corte, sebbene non possa prescindere dall'interpretazione della volontà negoziale secondo i canoni generali, nell'individuazione della materia imponibile dovrà darsi la preminenza assoluta alla causa reale sull'assetto cartolare, con conseguente tangibilità, sul piano fiscale, delle forme negoziali in considerazione della funzione antielusiva sottesa alla disposizione in parola. Difatti, osservano i giudici, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio antielusivo generale. Tali considerazioni sono, inoltre, state estese anche all'imposta ipotecaria e catastale con le sentenze del 19 giugno 2013, n. 15319. Sul punto si veda ZIZZO, G., *Imposta di registro e atti collegati (Nota a Cass. civ., sez. trib., 5 giugno 2013, n. 14150, Agenzia entrate c. Soc. coop. trasp. Imola)*, in *Rass. trib.*, 4, 2013, p. 874, MARONGIU, G., *L'abuso del diritto nella legge di registro tra principi veri e principi asseriti*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2013, p. 361, CORASANITI, G., *L'interpretazione degli atti e l'elusione fiscale nel sistema dell'imposta di registro*, in *Obbligazioni e Contratti*, 8-9, 2012, p. 615.

<sup>181</sup> MORELLO, U., *Abuso del diritto*, in *Lezioni di diritto civile. Casi questioni e tecniche argomentative*, a cura di GAMBARO, A. e MORELLO, U., Milano, 2012; MORELLO, U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8.

<sup>182</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, p. 11.

<sup>183</sup> GALLO, F., *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 3, 2013, p. 499; GALLO, F., *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2007, p. 104 secondo cui sebbene «la solidarietà (...) resta fuori dalla nozione strutturale di capacità contributiva [intesa quale mero criterio di riparto, NdA]» è pur vero che «rileva ai fini estrinseci della qualificazione funzionale del dovere contributivo». In senso conforme FEDELE, A., *La funzione fiscale e la "capacità contributiva"*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di PERRONE, L. e BERLIRI, C., Napoli, 2006, pp. 2 e segg.

53 Cost. viene concepito come «una norma materiale diretta a realizzare un determinato risultato a prescindere dai vari mezzi attraverso cui si giunge ad esso»<sup>(184)</sup>. Quindi, «poiché tale norma [l'art. 53 Cost.] trova la sua realizzazione effettiva nelle singole disposizioni delle leggi tributarie, è ovvio che è con riferimento a queste ultime e alla loro complessiva disciplina che si deve in concreto stabilire se il fatto o l'operazione posta in essere dal contribuente sia da ritenere in frode alla legge (fiscale)»<sup>(185)</sup>.

Da questo punto di vista l'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione a partire dalle sentenze nn. 30055/08, 30056/08 e 30057/08 risulta sostanzialmente conforme alla concezione appena esaminata dell'art. 53 Cost. Peraltro, con la sentenza del 18 dicembre 1985, n. 6445 i giudici di legittimità avevano già accolto la tesi per cui l'art. 53 Cost., in quanto attuazione in ambito tributario del generale dovere di solidarietà sociale contemplato dall'art. 2 Cost.<sup>(186)</sup>, doveva intendersi nei termini di una norma diretta anche nei confronti del contribuente nel senso di vietare le espressioni di autonomia privata con essa confliggenti – come nel caso di quelle alla base dell'elusione fiscale<sup>(187)</sup>. Non sorprende, quindi, che nelle citate pronunce di fine 2008 i giudici di legittimità abbiano ravvisato nei principi di capacità contributiva e progressività dell'imposizione di cui all'art. 53 Cost. il fondamento giuridico sia delle norme impositive in senso stretto sia di quelle attributive di un qualsivoglia vantaggio o beneficio al contribuente, essendo quest'ultime (come le prime) nient'altro che svolgimento e concretizzazione di quei principi.

Secondo parte della dottrina tale conclusione troverebbe, tuttavia, un ostacolo nell'art. 23 Cost. poiché se l'art. 53 viene ad essere applicato in modo diretto al caso concreto, allora, viene ad essere trascurato che la fonte diretta della disciplina tributaria si trova nella legge e non nei principi costituzionali<sup>(188)</sup>. Peraltro, se il principio dell'abuso del diritto non è in senso stretto un principio interpretativo<sup>(189)</sup> allora dalla sua applicazione non può che discendere una qualche forma di integrazione della disciplina del presupposto impositivo. Vi sarebbe, dunque, una evidente tensione tra art. 23 Cost. e la salvaguardia dell'art. 53 Cost attraverso il divieto di abuso del diritto postulato dalla

---

<sup>184</sup> GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, p. 18. Si veda anche, sebbene da una diversa prospettiva, MOSCHETTI, F., *Il principio di capacità contributiva*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di PERRONE, L. e BERLIRI, C., Napoli, 2006, pp. 51-52.

<sup>185</sup> GALLO, F., *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>186</sup> Si noti che il legame tra abuso del diritto e art. 2 Cost. è stato sostenuto dalla Corte di Cassazione anche con riferimento al diritto civile rinvenendo nel dovere di solidarietà società il contenuto normativo della clausola generale di buona fede. Sul punto si rinvia a RESTIVO, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, pp. 204 e segg.

<sup>187</sup> Tale sentenza è citata in GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, pp. 18-19.

<sup>188</sup> BEGHIN, M., *L'abuso del diritto tra capacità contributiva e certezza dei rapporti Fisco-contribuente*, in *Corr. trib.*, 11, 2009, p. 823.

<sup>189</sup> Visto che trae il suo presupposto non dalla violazione di una norma (correttamente interpretata), ma dal riconoscimento di un fallimento della programmazione normativa da rinvenirsi nell'incapacità del sistema di distinguere l'assetto prescelto dal contribuente rispetto a quello ritenuto "non distorto".

Corte di Cassazione. Tuttavia, per la Suprema Corte non vi sarebbe alcun contrasto con l'art. 23 Cost. in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso non si traduce nell'imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, ma solamente nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione delle norme fiscali. E, in effetti, secondo parte della dottrina tale ragionamento sarebbe corretto proprio perché attraverso la ricostruzione antielusiva non si giunge ad individuare una realtà economico-contributiva sconosciuta al Legislatore, ma si consente, viceversa, l'emersione di un fatto per il quale già esiste una norma impositiva ancorché aggirata<sup>(190)</sup>. Il principio dell'abuso del diritto, così come l'art. 37-bis, non va, quindi, concepito nei termini di una regola fondata sull'integrazione analogica di cui all'art. 12 delle Preleggi al Cod. Civ.

Se però si ricorda che l'art. 23 Cost. esprime, in primo luogo, un principio di certezza dei rapporti tributari, da intendersi *in primis* come tutela del contribuente rispetto agli arbitri del giudice e dell'Amministrazione finanziaria, eventuali profili di incompatibilità tra l'art. 23 Cost. ed il divieto di abuso del diritto enunciato dalla Corte di Cassazione potrebbero ad ogni modo sorgere con riferimento alle modalità applicative di tale principio. Si è visto, infatti, che secondo la Corte di Cassazione tale principio è applicabile in modo diretto dal giudice senza che sia necessario un preventivo contraddittorio tra Fisco e contribuente e, soprattutto, senza alcun vincolo rispetto al contenuto motivazionale dell'avviso di accertamento impugnato. A tale riguardo potrebbe, tuttavia, essere opportuno rammentare che secondo parte della dottrina anche le norme attributive di poteri di accertamento dovrebbero ritenersi soggette alla riserva di legge visto che risultano comunque idonee ad incidere in modo sostanziale sulla delimitazione ed apprezzamento del presupposto del tributo<sup>(191)</sup>. Ebbene, il principio dell'abuso del diritto, ancorché non conduca alla tassazione di fatti non preventivamente selezionati dal Legislatore come fiscalmente rilevanti, comporta ad ogni modo l'attribuzione di un poter di accertamento finalizzata alla correzione di tali scelte attraverso l'inclusione ovvero esclusione di determinate fattispecie letteralmente ricomprese nel campo di applicazione di altre norme impositive. Peraltro, in virtù dell'asserita rilevanza d'ufficio dell'abuso del diritto, il potere di accertamento così attribuito dalla Cassazione risulterebbe esercitabile secondo modalità non solo non previste dal Legislatore, ma addirittura in contrasto con quanto dallo stesso disposto in occasione dell'introduzione dell'art. 37-bis – che, come ricordato, prevedete l'instaurazione di un contraddittorio preventivo tra Fisco e contribuente nonché una motivazione rafforzata dell'avviso di accertamento<sup>(192)</sup>. In tal senso, la tensione tra l'art.

---

<sup>190</sup> LOVISOLO, A., *L'art. 53 cost. come fonte della clausola generale antielusiva ed il ruolo delle «valide ragioni economiche» tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 3, 2009, p. 216.

<sup>191</sup> *Supra* cap. I, § 1.2.

<sup>192</sup> Cfr. FICARI, V., *Clausola antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2009, 2, pp. 395-396.

23 Cost. e il principio dell'abuso del diritto sembrerebbe dipendere non tanto dall'utilizzo diretto dell'art. 53 Cost. – visto che per il suo tramite non ci si spinge a tassare fatti non precedentemente selezionati dal legislatore come fiscalmente rilevanti –, quanto piuttosto dal fatto che attraverso tale principio il diritto positivo viene ad essere corretto secondo modalità che, seppur rispettose nella forma dei fatti imponibili così come selezionati dal Legislatore, finisco per frustrare le finalità garantiste alla base di tale selezione rendendo possibile un suo superamento senza un preventivo diritto al contraddittorio ed una opportuna e conseguente motivazione dell'avviso di accertamento<sup>(193)</sup>. Tale circostanza, come si dirà meglio in seguito, costituisce valida testimonianza della necessità di introdurre un filtro legislativo ai generali principi antielusivi eventualmente individuati dalla giurisprudenza. E, in effetti, come si avrà modo di chiarire la maggioranza degli ordinamenti che hanno conosciuto un approccio giurisprudenziale all'elusione fiscale si sono nel tempo orientati in tale direzione contenendo e disciplinando attraverso norme di legge le eventuali “pressioni” giurisprudenziali. Infatti, solo attraverso un tale filtro<sup>(194)</sup> si può aver garanzia del fatto che la norma antielusiva generale sia il frutto – come avvenuto nel caso dell'art. 37-bis – di un opportuno bilanciamento tra interessi e principi costituzionali diversi, ma tra loro legati, – come ad esempio quelli espressi dall'art. 53 Cost. e 23 Cost. – che, altrimenti, verrebbe ad essere scollegati determinando una ingiusta preponderanza dell'uno sull'altro – come nel caso dell'abuso del diritto ove non

---

<sup>193</sup> Si veda al riguardo anche BASILAVECCHIA, M., *Metodi di accertamento e capacità contributiva.*, in *Rass. trib.*, 5, 2012, p. 1107 pp. 1113-1114 ove viene posto in risalto che l'affermazione del principio dell'abuso del diritto segna il definitivo tramonto dell'idea di una tassazione formale per lasciare il posto ad una tassazione fondata su un preliminare giudizio di adeguatezza dei comportamenti rispetto all'obbligo di contribuzione ricavabile direttamente dall'art. 37-bis che si esprime, quindi, nell'idea di una tassazione *standard* (cioè attesa dal Legislatore) che se disattesa rende esperibile un opportuno atto di accertamento che, tuttavia, potrà ritenersi giustificato solo ove sia accompagnato da una procedura che assicuri quanto meno un contraddittorio preventivo. Tuttavia, nota l'Autore, nell'impostazione della Corte di Cassazione tale ultimo aspetto è stato largamente sottodimensionato tanto che il principio dell'abuso del diritto viene a tradursi in un obbligo del contribuente ad adeguare in ogni caso – quindi anche in assenza di accertamento a tal fine elevato – la propria dichiarazione alla supposta tassazione *standard*. Muovendo da questo punto di vista sembra doversi confermare la sussistenza di una tensione tra abuso del diritto e riserva di legge da cogliersi proprio sul piano del corredo procedimentale ed “accertativo” conseguente all'applicazione di tale principio che se applicato ad es. *ex officio* comporterebbe una correzione del presupposto impositivo integrato dal contribuente al fine di adeguarlo a quella che sarebbe stata la tassazione *standard* nel caso di specie senza però che siano disponibili quegli opportuni elementi di controllo (es. contraddittorio preventivo) funzionali a salvaguardare gli obiettivi di tutela e garanzia alla base della riserva di legge e rinvenibili, perlopiù, nel fatto di poter conoscere in anticipo ed in modo sufficientemente determinato il contenuto e l'estensione della propria obbligazione tributaria quanto meno prima della definitiva emanazione dell'avviso di accertamento (ed auspicabilmente anche prima della redazione delle dichiarazioni, se vale il principio della diretta precettività del divieto di abuso del diritto in capo al contribuente).

<sup>194</sup> Che secondo alcuni dovrebbe però avere il rango di legge costituzionale, per evitare uno “scavalco” da parte della giurisprudenza in forza del richiamo di un principio – quale quello dell'abuso del diritto – di fonte superiore (rispetto alla legge ordinaria). Sul punto FEDELE, A., *Assetti negoziali e forme d'impresa tra opponibilità, simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 12, 2010, pp. 1119-1120.

può tacersi una generale preminenza dell'interesse fiscale ricavabile dall'art. 53 Cost. su quello di garanzia e certezza dei rapporti tributari di cui all'art. 23 Cost. (<sup>195</sup>).

### 2.3. I rapporti tra l'art. 37-bis ed il principio dell'abuso del diritto

#### 2.3.1 Premessa: l'art. 37-bis come sintomo dell'esistenza di un principio antielusivo generale

Seguendo l'approccio proposto dalla Corte di Cassazione ogni concretizzazione legislativa di una norma antielusiva, sia essa generale o speciale, non potrà che intendersi espressione a livello settoriale del più generale divieto di abuso del diritto radicato nell'art. 53 Cost. E, in vero, con la sentenza n. 30055/2008 la Suprema Corte – riprendendo in parte quanto già affermato nella sentenza n. 8772/2008 – giunge ad affermare che «*non contrasta con l'individuazione nell'ordinamento di un generale principio antielusione la constatazione del sopravvenire di specifiche norme antielusive, che appaiono, anzi, come questa Corte ha osservato, mero sintomo dell'esistenza di una regola generale*»(<sup>196</sup>).

Ciò significherebbe, secondo parte della dottrina, che tra abuso del diritto e norme settoriali antielusive di portata quasi-generale, come l'art. 37-bis, vi sarebbe un rapporto di concorso da risolversi in favore della norma settoriale in applicazione del principio di specialità(<sup>197</sup>).

A tale riguardo si può, tuttavia, osservare che ad avviso della prevalente letteratura costituzionalista la legge non si configura nei termini di norma speciale rispetto alla Costituzione – visto che per definizione non può contrastare con essa o derogarvi (salvo

---

<sup>195</sup> Cfr. FICARI, V., *Clausola antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2009, 2, p. 398. In questo senso anche MELIS, G., *Sull' "interpretazione antielusiva" in Benvenuto Griziotti e sul rapporto con la Scuola tedesca del primo dopoguerra: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2008, p. 413 secondo cui «*anche ove si ritenesse che il principio costituzionale in esame possa divenire la fonte diretta di qualificazione delle situazioni concrete oggetto dell'attività giurisdizionale, individuandone una funzione normogenetica, resterebbe salva la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. dinanzi ad una possibile ricostruzione in termini economici della fattispecie posta in essere dal contribuente. Non si tratta infatti semplicemente di derivare un diverso effetto tributario da una diversa interpretazione o qualificazione. Se così fosse, ci muoveremmo pur sempre nell'ambito della riserva relativa di legge, certamente non d'ostacolo ad una migliore ricostruzione del contenuto della fattispecie negoziale cui la legge tributaria ricollega determinati effetti. Si tratta, invece, di superare le forme giuridiche, ragionando in termini di equivalenza ed equiparazione di effetti economici di una fattispecie, il che corrisponde a integrare quella disciplina del presupposto del tributo riservata al legislatore nell'ambito di quella funzione garantista per i privati che la disposizione in oggetto è finalizzata ad esplicare. È vero sì che l'art. 53 Cost. richiede che alle spese pubbliche partecipi chiunque manifesti una attitudine a concorrervi, e che tale manifestazione è collegata alla forza economica del soggetto, ma è anche vero che l'attuazione di tale disposizione sostanziale passa attraverso l'art. 23 Cost., che richiede "imprescindibili interventi del legislatore". E in tale balancing test tra principi costituzionali concorrenti occorre certamente coniugare il principio di legittimità, vale a dire la conformità della legge ai valori costituzionali, con il principio che riserva alla competenza del legislatore la determinazione degli elementi essenziali del tributo» (pp. 453-454)*

<sup>196</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.3.

<sup>197</sup> FRANSONI, G., *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corr. trib.*, 1, 2011, p. 13.

il caso delle leggi costituzionali) –, ma assume la veste di mezzo con cui quest'ultima, oltre ad essere attuata e rispettata, viene ad essere sviluppata dando concreto svolgimento ai valori e principi che la stessa pone alla base dell'ordinamento – soprattutto attraverso norme programmatiche come l'art. 53 o l'art. 2 Cost.

Ragionando in questi termini il rapporto tra art. 37-bis e principio dell'abuso del diritto dovrebbe essere valutato non solo dalla prospettiva del concorso tra norme, ma anche da quella dell'attuazione e svolgimento nell'ordinamento dei valori e principi costituzionali per il tramite della funzione legislativa<sup>(198)</sup>. Ed, invero, potrebbe sostenersi che l'art. 37-bis, nel suo configurarsi come norma antielusiva generale a fattispecie predeterminata e recante una serie di garanzie procedurali del tutto peculiari, costituisca un particolare momento di mantenimento e svolgimento della Carta Costituzionale essendo il risultato – come ricordato – di una precisa opera di bilanciamento tra gli art. 53 e 23 Cost. al fine di coniugare il pari trattamento di fattispecie espressive della medesima capacità contributiva, imposto dall'art. 53, con le istanze di garanzia e tutela per il contribuente insite nella riserva di legge di cui all'art. 23. Peraltro, è la stessa Corte di Cassazione a ricordare che il principio dell'abuso del diritto soggiace al rispetto all'art. 23 Cost.: «*siffatto principio [non] può in alcun modo ritenersi contrastante con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali*»<sup>(199)</sup>.

Da quanto osservato ne dovrebbe discendere che l'eventuale primato del principio dell'abuso del diritto sull'art. 37-bis – nel senso di acconsentire che quest'ultimo possa essere obliterato applicando direttamente il principio in commento ancorché la fattispecie risulti sussumibile sotto tale articolo – potrà ammettersi solo ove tale norma settoriale venga in tutto o in parte dichiarata incostituzionale<sup>(200)</sup> in seguito all'affermazione del

---

<sup>198</sup> Per il concetto di funzione legislativa come mantenimento e sviluppo della Costituzione si rinvia a CARNEVALE, P., CELOTTO, A., COLAPIETRO, C., MODUGNO, F., RUOTOLO, F., SERGES, G., SICLARI, M., *Diritto Pubblico*, Torino, 2012, pp. 135-136.

<sup>199</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.3. In tal senso anche dalla prospettiva dell'abuso del diritto sembrerebbe doversi escludere che il meccanismo generale di contrasto alle condotte elusive debba tradursi in un caso di *analogia legis* (o *iuris*) con cui colmare le lacune legislative capziosamente sfruttate dal contribuente assoggettando ad imposta fattispecie che, altrimenti, non troverebbero rilevanza ai fini tributari. Piuttosto, come chiarito dalla Corte di Cassazione nel passo appena citato, si tratta di “paralizzare” gli effetti tributari di negozi e fattispecie che hanno una propria disciplina e rilevanza tributaria che, tuttavia, viene utilizzata impropriamente dal contribuente al fine di evitare l'integrazione di una diversa, e più onerosa, fattispecie impositiva tendenzialmente ricollegata all'utilizzo di una diversa “forma” giuridica.

<sup>200</sup> Ad esempio perché non applicandosi a tutte le fattispecie, ma solo a quelle riconducibili all'elenco previsto al comma 3, l'art. 37-bis introdurrebbe una discriminazione tra operazioni egualmente elusive in contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. Al riguardo si può osservare che la Corte di Cassazione, nella recente ordinanza 5 novembre 2013 n. 24739, ha sollevato una questione di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 53 Cost. con riferimento al comma 4° dell'art. 37-bis sostenendo che attraverso



principio dell'abuso del diritto<sup>(201)</sup>; diversamente, il giudice o l'Amministrazione finanziaria dovrà attenersi alla scelta legislativa compiuta con la formulazione dell'art. 37-bis, ma non perché ciò discenda dal principio di specialità, ma perché diversamente opinando si giungerebbe ad una evidente frustrazione del contenuto e scopo della funzione legislativa che, proprio perché luogo di mantenimento e sviluppo della Costituzione, deve *a fortiori* essere rispettata proprio da quei poteri – come ad es. quello giudiziale – per statuto chiamati ad applicare la legge (e non a crearla) – seppur nell'ottica di una sua interpretazione adeguatrice.

Sebbene si sia giunti alla medesima conclusione a cui si sarebbe pervenuti utilizzando esclusivamente il principio di specialità, la scelta dell'una o dell'altra soluzione non sembra priva di conseguenze. L'aver stabilito il primato dell'art. 37-bis sull'abuso del diritto – ove naturalmente si versi in una fattispecie accertabile anche ai sensi della prima disposizione – nel quadro di una relazione di attuazione e svolgimento della Costituzione potrebbe, infatti, consentire una più agevole salvaguardia, sul piano generale, delle garanzie procedurali previste dal Legislatore per gli accertamenti antielusivi apprezzandone il medesimo fondamento costituzionale al pari di quello da cui discende il principio dell'abuso del diritto. L'argomento basato sulla specialità potrebbe, infatti, essere facilmente superato osservando che se l'abuso del diritto è un principio della cui esistenza l'art. 37-bis è mero sintomo, allora, quest'ultimo deve trovare la sua condizione di possibilità nel primo e pertanto non potrà mai essere espressione di una deroga allo stesso – come invece sarebbe richiesto in forza del criterio di specialità<sup>(202)</sup>. Ciò, oltre a confermare il fatto che il rapporto tra il principio dell'abuso del diritto e l'art. 37-bis si presta ad essere meglio colto dalla diversa prospettiva della relazione di attuazione e svolgimento della Carta Costituzionale, vale a chiarire che il problema in questione riguarda l'ammissibilità stessa del modello di "clausola antielusiva generale" definita dalla Corte di Cassazione. Si tratta, in altri termini, di stabilire se tale modello sia compatibile con l'attuazione e lo svolgimento del complesso di valori e principi costituzionali a tal fine rilevanti, preso atto che il Legislatore, nel momento in cui ha introdotto una clausola antielusiva, ha optato per un diverso modello che, come ricordato,

---

tale norma la validità dell'avviso di accertamento verrebbe subordinata al rispetto di uno specifico procedimento non operante però con riferimento ad altre norme reputate dalla Corte di Cassazione come antielusive (si cita l'art. 20 t.u.r.) – contrariamente a quanto, invece, richiederebbe un pari trattamento delle fattispecie egualmente elusive. Secondo la Corte di Cassazione il citato comma 4° sarebbe, inoltre, irragionevole poiché comporterebbe la nullità dell'avviso anche in caso in cui non vi sarebbe nessuna effettiva lesione del diritto al contraddittorio, ma soltanto una formalistica violazione della predetta disposizione (nel caso *sub iudice* l'Ufficio aveva notificato l'avviso di accertamento al 54° giorno anziché al 60°).

<sup>201</sup> FEDELE, A., *Assetti negoziali e forme d'impresa tra opponibilità, simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 12, 2010, p. 1119.

<sup>202</sup> In tal senso si veda FEDELE, A., *Assetti negoziali e forme d'impresa tra opponibilità, simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 12, 2010, p. 1118, secondo «*la norma di legge [l'art. 37-bis], pur in un rapporto di specialità rispetto al divieto stesso [il principio dell'abuso del diritto], non potrebbe in alcun modo legittimamente derogarvi, ma deve, invece, essere assoggettata ad interpretazione "adeguatrice"*».

è il frutto di un preciso bilanciamento tra garanzie per il contribuente e poteri accertativi del Fisco tesi a garantire un pari trattamento di fattispecie espressive della medesima capacità contributiva<sup>(203)</sup>. Va, infatti, ricordato che nella sentenza n. 30055/2008 i giudici di legittimità giungono ad affermare che *«nessun dubbio può d'altro canto sussistere riguardo alla concreta rilevabilità d'ufficio, in questa sede di legittimità, delle inopponibilità del negozio abusivo all'erario. Infatti, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non disponibile»*<sup>(204)</sup>. Da tale principio discende, quindi, la diretta applicabilità da parte del giudice del principio di rango costituzionale dell'abuso del diritto<sup>(205)</sup>. Tale conclusione si pone, evidentemente, in netto contrasto con il

---

<sup>203</sup> Una conferma di tale ipotesi ricostruttiva potrebbe rinvenirsi nella recente ordinanza del 5 novembre 2013, n. 24739 con cui la Corte di Cassazione ha chiesto alla Consulta di verificare *«se per effetto dell'introduzione nell'ordinamento nazionale del divieto di abuso del diritto in forza del quale l'Amministrazione può disattendere gli effetti di operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale, sia divenuta irrilevante la nullità prevista dal Dpr 600/1973, articolo 37-bis, comma 4, e se conseguentemente sia illegittima una sentenza che annulli un avviso di accertamento contenente un rilievo in relazione a operazioni elusive, per il mancato rispetto del termine di cui al comma 4 del medesimo articolo»*. Sul punto va precisato che con tale ordinanza la Corte di Cassazione ha sollevato una questione di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 53 Cost. con riferimento al comma 4° dell'art. 37-bis sostenendo che attraverso tale norma la validità dell'avviso di accertamento verrebbe subordinata al rispetto di uno specifico procedimento non operante però con riferimento ad altre norme reputate dalla Corte di Cassazione come antielusive (si cita l'art. 20 t.u.r.) – contrariamente a quanto, invece, richiederebbe un pari trattamento delle fattispecie egualmente elusive. Secondo la Corte di Cassazione il citato comma 4° sarebbe, inoltre, irragionevole poiché comporterebbe la nullità dell'avviso anche in caso in cui non vi sarebbe nessuna effettiva lesione del diritto al contraddittorio, ma soltanto una formalistica violazione della predetta disposizione (nel caso *sub iudice* l'Ufficio aveva notificato l'avviso di accertamento al 54° giorno anziché al 60°). Più in generale la Corte giunge poi ad affermare che se l'art. 37-bis è espressione sintomatica del principio dell'abuso del diritto e si pone, quindi, in un rapporto di specialità con quest'ultimo, allora, è del tutto irragionevole che solo in un caso residuale – cioè quello coperto dall'art. 37-bis – venga ad essere prevista una disposizione, come quella prevista dal comma 4° del medesimo articolo, che, prevedendo la nullità dell'avviso in caso di sua violazione, impedirebbe al giudice di rilevare d'ufficio una fattispecie elusiva che, invece, potrebbe così essere contestata applicando il principio dell'abuso del diritto (che come detto è rilevabile d'ufficio per la Corte di cassazione). Da questo punto di vista lo scopo della presente ordinanza è quello di guadagnare un tendenziale primato del principio dell'abuso del diritto sull'art. 37-bis rispetto al quale, tuttavia, la Corte di Cassazione sente l'esigenza di sollevare una questione di legittimità costituzionale. Ciò dovrebbe, quindi, costituire evidenza del fatto che ciò di cui si discute non si presta ad essere risolto secondo il criterio di specialità poiché anche in caso di esito positivo risulterebbe comunque significativa la questione dei rapporti tra il procedimento applicativo dell'art. 37-bis e la rilevabilità d'ufficio dell'abuso del diritto professata dalla Corte di Cassazione. Ciò pare, quindi, confermare che l'oggetto della questione è legato alla validità del modello di clausola antielusiva scelto dal Legislatore rispetto a quello proposto dalla Corte di Cassazione che differisce dal primo non solo per la sua maggior generalità ma per il fatto di non risultare subordinato al rispetto di una particolare procedura applicativa posta a garanzia del contribuente.

<sup>204</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.6.

<sup>205</sup> Peraltro, una simile conclusione – sebbene sulla base di considerazioni assai diverse – era già stata raggiunta con la sentenza n. 21221/2006 ove la Corte, con riferimento al principio comunitario dell'abuso del diritto, era giunta ad affermare che *«i principi di effettività e di non discriminazione comportano l'obbligo per le autorità nazionali di applicare, anche d'ufficio, le norme di diritto comunitario, se necessario attraverso la disapplicazione del diritto nazionale che sia in contrasto con tali norme, senza che possano ostarvi preclusioni, anche di natura processuale, non operanti in casi analoghi»*.

procedimento previsto dall'art. 37-bis, che, come ricordato, presuppone l'instaurazione di contraddittorio preventivo tra Fisco e contribuente ed uno specifico onere motivazionale dell'avviso di accertamento. È fin troppo chiaro, infatti, che se il principio dell'abuso del diritto è rilevabile d'ufficio allora le sue modalità di applicazione devono intendersi svincolate dal rispetto del procedimento previsto dall'art. 37-bis – visto che quest'ultimo può essere attuato solo prima dell'emanazione dell'avviso di accertamento poi eventualmente impugnato. Sul punto va però precisato che nella sentenza n. 30055/2008 la rilevabilità d'ufficio dell'abuso del diritto veniva affermata nell'ambito di un giudizio riguardante una fattispecie che, *ratione temporis*, non risultava accertabile ai sensi dell'art. 37-bis (né tanto meno in forza dell'art. 10 della L. n. 408/1990). In tal caso non si poneva, dunque, nessun problema di concorso tra art. 37-bis e principio dell'abuso del diritto. Tuttavia, nella recente ordinanza del 5 novembre 2013, n. 24739, riguardante una fattispecie accertata ai sensi dell'art. 37-bis e rispetto alla quale risultava disattesa la previsione di cui al comma 4° del medesimo articolo, la rilevabilità d'ufficio del principio dell'abuso del diritto è stata utilizzata – tra le altre argomentazioni – per sollevare una questione di costituzionalità con riferimento alla citata disposizione dell'art. 37-bis siccome idonea ad impedire al giudice di accertare una fattispecie elusiva altrimenti sindacabile senza alcuna limitazione ai sensi del principio dell'abuso del diritto.

Appare evidente, quindi, il tentativo della Corte di Cassazione di “correggere” il particolare modello di clausola antielusiva adottata dal Legislatore superando non solo l'idea di una regola antielusiva generale a fattispecie predeterminata, ma anche quella di subordinare le contestazioni antielusive di tipo generale al rispetto di una particolare procedura amministrativa, attualmente recata dall'art. 37-bis, da esperire inderogabilmente prima che l'eventuale giudizio venga instaurato<sup>(206)</sup>(<sup>207</sup>). A tal proposito è stato correttamente osservato che attraverso le ricordate sentenze «[I]a Corte ha intercettato una nozione di abuso riconducibile all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, senza tuttavia, transitare attraverso l'applicazione di quest'ultima disposizione»<sup>(208)</sup>.

<sup>206</sup> MASTROIACOVO, V., *Dalla norma generale e astratta all'applicazione concreta*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012, p. 365.

<sup>207</sup> Come visto, infatti, sia nelle fattispecie riguardanti la fiscalità armonizzata che non armonizzata il principio dell'abuso del diritto è, secondo la Cassazione, applicabile d'ufficio dal giudice. Come si avrà modo di chiarire tale impostazione appare non priva di criticità sul piano del diritto alla difesa del contribuente favorendo peraltro, un utilizzo strumentale da parte del Fisco e della giurisprudenza del principio dell'abuso del diritto che potrebbe ben essere invocato, in alternative all'art. 37-bis, proprio col fine di scavalcare le garanzie procedurali previste da tale articolo e, più in generale, il contenuto della motivazione dell'avviso d'accertamento che, altrimenti, delimiterebbe il campo d'azione del giudice tributario. Sul punto ZOPPINI, G., *Da mihi factum dabo tibi ius: note laterali sulle recenti sentenze delle Sezioni Unite in tema di abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 11, 2009, p. 607 nonché ZIZZO, G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 6, 2008, p. 465

<sup>208</sup> BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, p. 43. Di tale convergenza tra abuso del diritto ed art. 37-bis fornisce chiara evidenza –

In tal senso il modello di clausola antielusiva suggerito dalla Corte di Cassazione, pur operando nel quadro di riferimento della frode alla legge, pare costituirsi nei termini di “canone interpretativo del sistema tributario” applicabile, appunto, in modo generalizzato, retroattivo ed autonomo da parte del giudice – ossia d’ufficio quale che sia la motivazione dell’avviso di accertamento. Traccia espresso di tale obiettivo può rinvenirsi nella sentenza 15 settembre 2008, n. 23633 in cui è stato affermato, sebbene con riferimento al principio comunitario dell’abuso del diritto, che «[t]ale principio (...) trova applicazione anche nel giudizio di cassazione, (...) rappresentando (...) un canone interpretativo del sistema, che comporta il disconoscimento del diritto alla deduzione per oneri derivanti da meccanismi elusive»<sup>(209)</sup>.

Tale conclusione sembra poi essere stata ribadita dalla sentenza n. 1465/2009 con riferimento all’abuso del diritto siccome fondato sull’art. 53 Cost. atteso che – come già ricordato – per i giudici di tale sentenza «vi è stretta correlazione tra condotta ipoteticamente elusiva e “portata” dell’inerenza che sottende l’applicabilità di meccanismi di detrazione e compensazione nella formazione del reddito di impresa, tanto implicando che i due fenomeni non possano essere vagliati l’uno indipendentemente dall’altro». Con tale passaggio la Corte sembra suggerire, come osservato dalla dottrina<sup>(210)</sup>, che il principio dell’abuso del diritto debba intendersi nei termini di una generale “postilla” alle norme tributarie di parte speciale che ne vieta un utilizzo non conforme introducendo una equivalenza in punto di tassazione tra fattispecie espressive della medesima sostanza (in genere declinata in termini meramente economici).

Da questo punto di vista il principio dell’abuso del diritto sembra porsi ben al di là dell’art. 37-bis, determinando una sorta di recupero – non tanto in termini di contenuto, ma piuttosto sul piano del metodo – della teoria dell’interpretazione funzionale elaborata dalla scuola di Pavia<sup>(211)</sup> quale generale strumento di contrasto alle condotte elusive<sup>(212)</sup>.

---

come ricordato precedentemente – la citata sentenza 21 gennaio 2009 n. 1465 ove la Cassazione ha affermato che «l’abuso costituisce una modalità di “aggiramento” della legge tributaria utilizzata “per scopi non propri” con forme e modelli ammessi dall’ordinamento giuridico».

<sup>209</sup> Cass. sent. 15 settembre 2008, n. 23633, § 2.

<sup>210</sup> BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all’abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale, in Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell’imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, pp. 46-47.

<sup>211</sup> Sul tema dell’interpretazione del diritto tributario, con ampi riferimenti comparati, si rinvia a MELIS, G., *L’interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pp. 163-300. Sul tema specifico dell’interpretazione funzionale MELIS, G., *Sull’“interpretazione antielusiva” in Benvenuto Griziotti e sul rapporto con la Scuola tedesca del primo dopoguerra: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2008, p. 413 nonché FALSITTA, G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, pp. 115-132. In termini molto generali si può affermare che alla base di tale teoria vi era l’idea che le norme tributarie presentano un vincolo funzionale: devono essere finalizzate a raggiungere gli obiettivi distributivi per i quali sono state istituite dal legislatore. Nello specifico, per l’Autore il prelievo tributario assolve alla funzione economico-sociale di soddisfare il fabbisogno finanziario pubblico con risorse attinte dai fatti economici costituiti dai contribuenti. Conseguentemente, le norme tributaria dovevano essere interpretate tenendo presente la funzione del diritto tributario e, quindi,

Si è però già osservato che tale ipotesi – così come nel caso in cui si volesse fare ricorso analogia – non sembra percorribile, non solo perché potenzialmente lesiva dell'autotomia contrattuale, ma soprattutto perché in evidente contrasto con il contenuto dell'art. 23 Cost. da cui discende che un eventuale giudizio di equivalenza ai fini tributari di determinati contenuti economici deve necessariamente passare attraverso un puntuale filtro giuridico individuato dal Legislatore, non potendo quindi essere derivato da un

---

doveva procedersi con una interpretazione attenta alla sostanza economica più che alla forma giuridica dei fatti imponibili. Da questo punto di vista per Griziotti assumeva particolare rilevanza, ai fini di una corretta tassazione, il cosiddetto principio “della realtà economica” che secondo l'Autore costituirebbe un principio finanziario generalissimo, e di cui si poteva riscontrare un'espressione settoriale nell'art. 8 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269 sull'imposta di registro, e che doveva intendersi nei termini di un principio generale dettato per evitare l'evasione tributaria (GRIZIOTTI, B., *L'imposta di registro sull'usufrutto di cava di sabbia*, in *Riv. dir. sc. fin.*, II, 1955, p. 34). Secondo l'Autore, infatti, «non si vede perché il diritto debba seguire i privati non solo nei loro intenti pratici, ma anche nella scelta che essi facciano degli schemi giuridici, allorché questi non siano normali per gli intenti economici conseguiti e soprattutto allorché tale anormalità sia voluta per eludere una norma, che non mira, a tutela l'interesse privato voluto dalle parti, ma a perseguire l'interesse pubblico (GRIZIOTTI, B., *Il principio della realtà economica negli art. 8 e 68 della legge di registro*, in *Riv. dir. sc. fin.*, 1939, p. 209)». In tale ottica l'art. 8 del decreto sull'imposta di registro, secondo cui le imposte sono applicate secondo l'intrinseca natura e gli effetti degli atti o dei trasferimenti, anche ove non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, veniva letto come una conferma del fatto che – coerentemente con la teoria dell'interpretazione funzionale – il diritto tributario (all'epoca ancora definito “diritto finanziario”) fosse da interpretare secondo regole autonome rispetto a quelle del diritto civile e, più precisamente, applicando il principio della realtà economica (GRIZIOTTI, B., *Il potere finanziario e il diritto finanziario nello studio autonomo delle finanze pubbliche*, in *Riv. dir. sc. fin.*, I, 1954, pp. 138 e segg. nonché JARACH, D., *Principi per l'applicazione delle tasse di registro*, Padova, 1937, p. 29). Tale lettura dell'art. 8 fu oggetto di un ampio dibattito in dottrina (per una ricostruzione si veda MELIS, G., *Sull'“interpretazione antielusiva” in Benvenuto Griziotti e sul rapporto con la Scuola tedesca del primo dopoguerra: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2008, p. 413, in particolare § 3) e gli oppositori della teoria funzionale rilevavano, da un lato che il giudizio di idoneità di un fatto ad esprimere la capacità contributiva era un atto riservato al legislatore e non all'interprete (BERLIRI), e all'altro che così ragionando si finiva per confondere il diritto tributario con la politica tributaria dimenticando, inoltre, che con riferimento all'imposta di registro l'imposizione è definita in base alla tipologia dell'atto giuridico a cui, infatti, si riferiscono in modo esclusivo le tabelle del registro (UCKMAR). Più in generale, il progressivo abbandono da parte della dottrina (e poi della giurisprudenza) dell'interpretazione funzionale è il risultato di diversi elementi di insoddisfazione, tra cui: il fatto che può ragionevolmente dubitarsi che il Legislatore tributario si ispiri soltanto a criteri economici, essendo ben possibile la considerazione di scopi meramente politici, sociali, di opportunità; che, inoltre, all'interprete non è consentito superare ciò che può ricavarsi in via ermeneutica dal testo legislativo per giungere alla configurazione del prelievo che egli ritiene giusto nel caso concreto rischiando così, peraltro, di applicare il tributo a casi non previsti. Con riferimento, poi, al caso dell'imposta di registro il tramonto dell'approccio all'art. 8 basato sull'interpretazione funzionale fu sancito dalla riforma di tale norma (avvenuta con il D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131) che precisò il riferimento agli effetti *giuridici* quale criterio di tassazione degli atti sottoposti al registro.

<sup>212</sup> Sul punto FALSITTA, G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009, pp. 4 e segg.

principio generale liberamente utilizzabile dal giudice o dall'Amministrazione finanziaria<sup>213</sup>).

### 2.3.2 *La questione dell' "abuso" dell'abuso del diritto e la tutela del contribuente*

La questione della tutela del contribuente nell'ambito degli accertamenti fondati sul principio dell'abuso del diritto si pone quale elemento di contatto (*melius*: contrasto) tra l'impostazione assunta dal Legislatore con la vigente clausola antielusiva recata dall'art. 37-bis del D.P.R. 600/73 e l'orientamento della Corte di Cassazione manifestato a partire dalle ricordate sentenze nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008 secondo cui il principio in commento rappresenta una regola antielusiva generale invocabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio<sup>214</sup>. Non può, infatti, tacersi – come già anticipato – che sebbene il principio dell'abuso del diritto e l'art. 37-bis siano entrambi strumenti di contrasto delle condotte elusive, l'art. 37-bis contiene anche un insieme di disposizioni che subordinano l'esercizio del potere di accertamento a tal fine conferito all'Amministrazione finanziaria al rispetto di uno specifico procedimento posto a tutela degli interessi del contribuente e da attuarsi, tassativamente, prima dell'emanazione dell'avviso di accertamento e, quindi, in via del tutto anticipata rispetto ad una eventuale fase contenziosa. In tal senso la scelta legislativa attuata con l'art. 37-bis non ammette in alcun modo che il giudice possa accertare d'ufficio le condotte elusive, visto che in tal caso verrebbe *eo ipso* ad essere disatteso lo specifico procedimento posto a carico dell'Amministrazione quale condizione per il valido esercizio del poter di accertamento previsto dall'art. 37-bis.

Conseguentemente, l'impostazione assunta dalla Corte di Cassazione non può che destare più di una perplessità – come già osservato –, implicando una sostanziale biforcazione della sorte delle condotte elusive nonostante la loro comune radice.

È evidente, infatti, che a voler ammettere quanto affermato dalla Corte l'applicazione del principio dell'abuso del diritto – come già segnalato – non potrà che ritenersi svincolata dal rispetto delle garanzie procedurali previste dall'art. 37-bis. Sembra, dunque, che la giurisprudenza di legittimità, ancorché abbia affermato con la sentenza n. 1372/2011 che «*l'applicazione del principio deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività d'impresa*», ritenga a tal fine – diversamente dal Legislatore – non necessario il rispetto di una specifica procedura a carico dell'Amministrazione e posta a tutela dei diritti del contribuente. Con la sentenza dell'11 maggio 2012, n. 7393 la Corte di Cassazione ha, infatti, espressamente affermato che l'applicazione d'ufficio del principio dell'abuso del diritto non può ritenersi di certo

---

<sup>213</sup> FRANSONI, G., *Appunti su abuso di diritto e «valide ragioni economiche»*, in *Rass. trib.*, 4, 2010, p. 932.

<sup>214</sup> Cfr. par. 3.6. della citata sentenza n. 30057.

preclusa dell'esistenza nell'ordinamento della specifica norma antielusiva di cui all'art. 37-bis, poiché il principio generale di divieto di abuso del diritto esiste in ambito comunitario e costituzionale, ovverosia a livello normativo primario, ben prima ed a prescindere dall'esistenza di norme elusive espresse nell'ordinamento italiano, di rango legislativo; sicché – prosegue la Corte –, quando, come nel caso in esame, esista una disposizione espressa antielusiva, sarebbe del tutto illogico escludere dall'operatività del divieto di abuso del diritto proprio i comportamenti diretti ad eludere tale specifica norma antielusiva.

Non può però non rilevarsi come una simile impostazione produca una curiosa riduzione delle garanzie in favore del contribuente proprio quando quest'ultimo risulta esposto ad un potere di accertamento espresso nella sua forma più penetrante – ossia nella forma della disapplicazione del regime legale cui l'ordinamento volge la propria attenzione e su cui lo stesso contribuente aveva confidato<sup>(215)</sup>. Peraltro, le predette tutele verrebbero ad essere ridotte in via costitutiva proprio nei casi giudicati meno pericolosi dallo stesso Legislatore. Deve, infatti, essere ricordato che il principio dell'abuso del diritto risulta applicabile nei confronti di qualsiasi fattispecie, mentre l'art. 37-bis soltanto nei confronti delle operazioni espressamente menzionate dal comma terzo del medesimo articolo. Pertanto, le condotte elusive non accertabili ai sensi dell'art. 37-bis risulteranno per definizione sprovviste delle garanzie procedurali recate dall'art. 37-bis finendo, quindi, per essere assoggettate ad un regime più oneroso di quello previsto per le fattispecie giudicate di maggior pericolosità dallo stesso Legislatore tanto da averle incluse tra quelle menzionate al comma terzo dell'art. 37-bis<sup>(216)</sup>.

Inoltre, l'ipotesi della rilevabilità d'ufficio del principio dell'abuso del diritto potrebbe aprire la strada – come in effetti è stato – al c.d. “abuso dell'abuso del diritto”<sup>(217)</sup>: nei casi in cui l'art. 37-bis ed il principio antiabuso risultino egualmente applicabili, l'Amministrazione finanziaria potrebbe decidere di fondare su quest'ultimo l'avviso di accertamento al fine di aggirare le garanzie procedurali previste dall'art. 37-bis in favore del contribuente.

È evidente, quindi, che l'impostazione assunta dalla Corte di Cassazione appare particolarmente insoddisfacente e lesiva dei diritti del contribuente.

Tuttavia, al di là del fatto che una simile questione – come accennato *supra* § 2.3.1 – si presta ad essere risolta in sede di controllo di legittimità costituzionale dell'art. 37-bis, va osservato che la giurisprudenza di merito, oltre che la dottrina, hanno indicato una serie di elementi che dovrebbe deporre in favore di una generale estensione delle

---

<sup>215</sup> STEVANATO, D., *Elusione ed abuso del diritto come nuova frontiera dell'inferno di ciò che è palese*, in *Dial. trib.*, 6, 2009, p. 597.

<sup>216</sup> BALLANCIN, A., STEVANATO, D., *Sull'abuso del diritto spettano le garanzie procedurali dell'art. 37-bis*, in *Dial. Trib.*, 3, 2011, p. 248, nonché MARELLO, *Elusione fiscale e abuso del diritto: profili procedurali e processuali*, *Giurisprudenza italiana*, 2010, 7, p. 1731.

<sup>217</sup> ZIZZO, G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 6, 2008, p. 465.

disposizioni procedurali previste dall'art. 37-bis anche nei casi in cui sia stato invocato il principio antiabuso.

A) *Il principio dell'abuso del diritto quale interpretazione abrogante del solo comma 3° dell'art. 37-bis*

Un primo elemento in favore dell'estensione delle garanzie previste dall'art. 37-bis anche al principio dell'abuso del diritto è stato desunto prendendo in considerazione il contenuto stesso del principio in commento. Non può, infatti, sfuggire la già sottolineata continuità tra la nozione legislativa di condotta elusiva, prevista dal primo comma dell'art. 37-bis, e la formulazione pretoria del principio antiabuso<sup>(218)</sup>. Secondo un orientamento della dottrina ciò dovrebbe condurre a ritenere che il principio dell'abuso del diritto non si altro che una un'interpretazione abrogante del solo comma 3° dell'art. 37-bis<sup>(219)</sup>. Conseguentemente, salvo il citato comma 3°, le disposizioni recate dall'art. 37-bis devono intendersi vevoli anche con riferimento al principio in commento, ove compatibili. Tale conclusione non appare, peraltro, in contraddizione con le stesse indicazioni fornite dalla Cassazione. Secondo quest'ultima, infatti, l'art. 37-bis deve essere assunto quale mero sintomo dell'esistenza di una regola antielusiva generale rappresentata dal principio dell'abuso del diritto di derivazione costituzionale<sup>(220)</sup>. Pertanto, non può che ritenersi evidente la necessità di interpretare il contenuto del sintomo – ossia dell'art. 37-bis – alla luce di ciò da cui discende, ossia il principio antiabuso. Ebbene, considerato che detto principio deve intendersi applicabile a qualsiasi fattispecie elusiva, l'interprete dovrà ritenere non più operante il contenuto del comma 3°.

---

<sup>218</sup> A titolo di esempio può essere utile osservare che in più occasioni la Corte di Cassazione si è espressa con le seguenti parole al fine di definire il principio in commento: «*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*» (Cass. sent. 23 dicembre 2008, n. 30055); «*l'abuso costituisce una modalità di "aggiramento" della legge tributaria utilizzata "per scopi non propri" con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico*» (Cass. sent. 21 gennaio 2009, n. 1465); «*si considerano aventi carattere abusivo, e che possono, quindi, essere disconosciute dell'amministrazione finanziaria, quelle pratiche che, pur formalmente rispettose del diritto interno o comunitario, siano poste in essere al principale scopo di ottenere benefici fiscali contrastanti con la ratio delle norme che introducono il tributo o prevedano esenzioni o agevolazioni. In altri termini, il carattere abusivo è escluso soltanto dalla presenza di valide ragioni extra fiscali*» (Cassazione sent. n. 1372 del 21 gennaio 2011) «*il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nell'imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali*» (Cassazione sent. n. 2193 del 16 febbraio 2012).

<sup>219</sup> TESAURO, F., *La motivazione degli atti di accertamento antielusivi ed i suoi riflessi processuali*, in *Corr. trib.*, 2009, 44, 3637.

<sup>220</sup> Cassazione sent. n. 12042 del 25 maggio 2009, nonché sentt. nn. 30055, 30056, 30057 del 23 dicembre 2008.



Diversamente, continueranno a trovare applicazione le disposizioni procedurali previste dagli altri commi dell'articolo in commento<sup>(221)</sup>.

B) *Eguaglianza e ragionevolezza nell'applicazione del principio antiabuso*

Un ulteriore argomento in favore dell'estensione delle garanzie procedurali previste dall'art. 37-bis è stato di recente offerto dalla giurisprudenza di merito proprio in considerazione dell'appena ricordata omogeneità tra le fattispecie a cui tanto l'art. 37-bis quanto il principio antiabuso si riferiscono. La Commissione Tributaria Provinciale di Milano con la sentenza n. 54 del 21 febbraio 2011 ha infatti affermato che *«le garanzie procedurali rafforzate introdotte dall'art. 37 bis devono applicarsi ad ogni caso di elusione fiscale, anche se contestata sulla base del principio generale dell'abuso del diritto ovvero dell'art. 53 Cost. od, ancora, delle norme speciali applicabili in funzione antielusiva, come l'art. 20 del TUR ... non ritenere applicabili dette garanzie procedurali determinerebbe una palese violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza, non essendo costituzionalmente legittimo trattare diversamente fattispecie egualmente elusive»*.

---

<sup>221</sup> Si potrebbe, tuttavia, affermare che sul piano sostanziale abuso del diritto ed elusione fiscale ai sensi dell'art. 37-bis non possano considerarsi equipollenti. In tal senso dovrebbe, quindi, ritenersi preclusa la riduzione del principio antiabuso ad una semplice interpretazione abrogatrice del 3° comma dell'art. 37-bis. A tale riguardo, si potrebbe ritenere che attraverso detto principio la Corte di Cassazione abbia inteso superare anche la formulazione del primo comma dell'art. 37-bis, volendo porre l'accento sull'utilizzo distorto ovvero abnorme delle forme giuridiche (non espressamente contemplato dall'art. 37-bis) al fine di meglio circoscrivere le condotte elusive separandole da quelle che si risolvono in un legittimo risparmio d'imposta. A tale riguardo si potrebbe fare riferimento a quanto affermato dalla sentenza n. 1465 del 21 gennaio 2009 secondo cui, come già ricordato, *«l'abuso invero costituisce una modalità di "aggiramento" della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico e che è onere dell'Amministrazione finanziaria ... prospettare ... le supposte modalità di manipolazione o di alterazione di schemi classici rinvenute come irragionevoli in una normale logica di mercato se non per pervenire a quel risultato di vantaggio fiscale»*. A ciò si contrapporrebbe, invece, l'art. 37-bis che individua l'elusione fiscale concentrandosi soltanto sull'effetto della condotta (ossia il conseguimento del risparmio d'imposta in aggiramento di obblighi e divieti). Una simile lettura non sembra, tuttavia, accettabile in quanto finirebbe per travisare la stessa impostazione assunta dalla Cassazione pervenendo, in ogni caso, ad una generale confusione – come già sottolineato – tra l'essenza delle condotte elusive e ciò che al massimo potrebbe valere come mero indizio della loro presenza (BEGHIN, M., *L'«abuso del diritto» tra concetti astratti e rilevanza del fatto economico*, *Corr. trib.*, 22, 2010, p. 1762). È evidente, infatti, che anche nell'impostazione assunta dalla Cassazione l'aspetto distintivo delle condotte elusivo-abusive risulta essere quello del conseguimento di un vantaggio fiscale che, sebbene formalmente rispetto delle norme tributarie applicate, risulta non conforme alla loro *ratio* tanto da doversi ritenere indebito e, quindi, inopponibile nei confronti dell'Amministrazione finanziaria. In tal senso, anche se può apparire difficile immaginare delle condotte elusive non accompagnate dall'utilizzo di percorsi negoziali tortuosi ed impropri rispetto allo scopo voluto dalle parti, ciò non toglie che se l'obiettivo è quello di contrastare le forme di risparmio fiscale implicitamente disapprovate dal sistema sarebbe del tutto irragionevole considerare come rilevanti soltanto le fattispecie caratterizzate da un percorso negoziale abnorme – ritenendo, invece, del tutto legittime quelle che, pur producendo lo stesso effetto, si siano avvalse di mezzi più lineari.

L'impostazione suggerita dalla Commissione Tributaria Provinciale di Milano appare d'immediata ragionevolezza anche perché sarebbe paradossale che un principio come quello dell'abuso del diritto, introdotto in fin dei conti proprio per ripristinare e garantire un pari ed eguale trattamento tra fattispecie espressive della medesima capacità contributiva, determinasse poi, dal lato procedimentale, un esito in contrasto con il principio di eguaglianza. Non può, quindi, non notarsi il paradosso a cui si giungerebbe ragionando diversamente: il principio antiabuso risulterebbe, da un lato, votato a garantire un pari trattamento tributario di fattispecie solo apparentemente diverse e, dall'altro, diventerebbe poi il presupposto per un loro trattamento diseguale sul piano procedimentale – ancorché si tratti sempre di fattispecie egualmente elusive.

La conclusione raggiunta dalla Commissione Tributaria Provinciale di Milano conferma, in tal senso, il principio espresso dalla precedente sentenza n. 2 del 24 gennaio 2011 della Commissione Tributaria Provinciale di Genova, secondo cui la cartella emessa dall'Ufficio a seguito di una contestazione antielusiva e notificata prima del deposito della sentenza di primo grado deve ritenersi nulla per violazione del comma 6 dell'art. 37-bis atteso che «*l'abuso del diritto rappresenta un principio antielusivo di carattere generale che deve seguire le garanzie procedurali contenute nell'art. 37-bis*». Sembrerebbe, quindi, acquisire una valenza recessiva il precedente orientamento delle corti di merito secondo cui l'accertamento fondato sul principio dell'abuso del diritto risulterebbe svincolato dal rispetto delle precise e specifiche garanzie procedurali previste dall'art. 37-bis<sup>(222)</sup>.

A conferma di ciò deve, infatti, essere menzionata la recente sentenza n. 2 del 16 gennaio 2012 della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia che nel ribadire l'applicabilità delle garanzie procedurali dell'art. 37-bis anche ai casi in cui sia invocato l'abuso del diritto, ha anche ritenuto di dover precisare che, quale naturale conseguenza di tale principio, le predette garanzie non possono intendersi in alcun modo surrogabili attraverso altre forme di partecipazione del contribuente all'azione amministrativa. Tale conclusione appare di particolare importanza in quanto, come già segnalato, attraverso le disposizioni procedurali dell'art. 37-bis il Legislatore ha inteso

---

<sup>222</sup> Cfr. Commissione trib. prov. di Reggio Emilia, sent. n. 242 del 29 novembre 2010 con nota di TUNDO, in *Corr. trib.*, 4, 2011, p. 279. La sentenza in commento, pur non respingendo espressamente l'estensione all'abuso del diritto delle garanzie ex art. 37-bis, finisce nondimeno per svuotare le medesime della propria funzione. Secondo i giudici, infatti, l'Ufficio avrebbe comunque rispettato, seppure indirettamente, le previsioni dei commi quarto e quinto dell'art. 37-bis poiché avrebbe inviato i questionari ex art. 32 del D.P.R. n. 600/1973. Appare, tuttavia, evidente l'inadeguatezza di una tale conclusione. I predetti questionari non solo si limitano a stabilire una partecipazione del contribuente in chiave soltanto collaborativa al procedimento di accertamento, ma inoltre il loro utilizzo non comporta alcun onere di specifica motivazione dell'avviso di accertamento: non v'è, infatti, alcuna norma che imponga all'Ufficio, a pena di nullità dell'avviso, di motivare lo stesso con riferimento alle risultanze dei predetti questionari. In aggiunta, non v'è alcun obbligo in capo all'Ufficio in merito all'invio di detti questionari. Risulta, quindi, chiaro che attraverso l'invio dei suddetti questionari non viene ad essere attuato quel particolare ed obbligatorio contraddittorio in chiave difensiva recato dall'art. 37-bis e al cui rispetto il Legislatore ha previsto degli specifici presidi che se non rispettati comportano la nullità dell'avviso emanato dall'Ufficio.

prevedete una forma di partecipazione del contribuente all'azione amministrativa la cui finalità è prevalentemente difensiva e non meramente collaborativa. Attraverso le repliche alla richiesta di chiarimenti prevista dal comma 4° dell'articolo in commento il contribuente può, infatti, addurre sin da subito l'esistenza di valide ragioni economiche a supporto dell'operazione di accertamento e, quindi, richiedere la disapplicazione dell'art. 37-bis. Pertanto, come rilevato dalla citata Commissione Tributaria, la richiesta di chiarimenti ai sensi del predetto comma 4° dell'art. 37-bis non può in alcun modo ritenersi sostituibile da quanto previsto dall'art. 12, comma 7, della L. 212/2000 secondo cui *«nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza»*<sup>(223)</sup>.

Proseguendo lungo il solco tracciato dalla citata sentenza della Commissione tributaria Provinciale di Milano, l'estensione delle garanzie procedurali previste dall'art. 37-bis al principio antiabuso può ritenersi dovuta anche in virtù del fatto che in entrambi i casi l'Amministrazione è chiamata ad esercitare un medesimo potere.

A tale riguardo si può, infatti, osservare che ad avviso della Corte di Cassazione, sentenza 28 febbraio 2012, n. 7739, l'applicazione del principio antiabuso *«comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva»*<sup>(224)</sup>. Similmente con la sentenza n. 30055/2008, la Corte ha affermato che *«il fatto che una specifica norma antielusiva abbia espressamente preso in considerazione uno dei benefici fiscali che tipicamente derivano dal negozio abusivo ciò non vuol dire che il giudice tributario non possa utilizzare lo strumento dell'inopponibilità*

---

<sup>223</sup> Considerata la chiarezza con cui i giudici hanno espresso il principio in commento si ritiene opportuno riportare interamente il passo della sentenza a tal fine rilevante: *«anche a voler prescindere dal rilievo per cui l'art. 12 della legge n. 212/2000 (cd. Statuto del contribuente), ispirato al rispetto del principio di cooperazione tra Amministrazione e contribuente, riguarda altra e distinta ipotesi a paragone di quella disciplinata dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 - la cui finalità e ratio è totalmente diversa attinendo la prima, genericamente, a diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, ed essendo la seconda, più specificamente, rivolta invece a consentire al contribuente di evidenziare all'ente impositore la sussistenza delle valide ragioni economiche a sostegno dell'operazione che potrebbe essere considerata elusiva - va ancora considerato che diverso è il meccanismo di tutela previsto dalle due norme. Infatti, mentre l'art. 12 della legge n. 212/2000 prevede la semplice facoltà del contribuente di comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli Uffici impositori, l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 prevede un vero e proprio obbligo, espressamente sanzionato con la nullità dell'avviso di accertamento, di inviare al contribuente una richiesta preventiva di chiarimenti con l'indicazione dei motivi per i quali l'atto si ritiene inopponibile all'Amministrazione finanziaria. Ne consegue la fondatezza dell'eccezione preliminare sollevata dall'appellante in via incidentale, dal momento che il rispetto dello Statuto del contribuente non implica e non sostituisce affatto l'obbligo di invio della richiesta di chiarimenti previsto dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, la cui mancanza rende nullo il successivo atto impositivo»*.

<sup>224</sup> Cass. sent., n. 7739/2012, § 4.2.

*all'Amministrazione anche per ogni altro profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva»<sup>(225)</sup>.*

Risulta, quindi, che nelle intenzioni della Corte di Cassazione le fattispecie abusive sono intese soggette alla stessa regola rimediabile dall'art. 37-bis<sup>(226)</sup>, comma 1, ossia all'inopponibilità nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

Ebbene, se in entrambi i casi si è al cospetto dell'esercizio del medesimo potere e delle medesime conseguenze, per quale ragione in un caso ma non nell'altro il suo esercizio dovrebbe ritenersi subordinato al rispetto di una specifica procedura? È evidente che la risposta non può che essere una e nel senso dell'estensione all'abuso del diritto della procedura in commento. Inoltre, è la stessa giurisprudenza di legittimità a suggerire di attingere a quanto disposto dall'art. 37-bis per dotare il principio dell'abuso del diritto di un opportuno apparato procedimentale. Infatti, con la sentenza 25 maggio 2009, n. 12042<sup>(227)</sup>, la Corte non solo ha ribadito che l'art. 37-bis deve intendersi quale sintomo dell'esistenza del principio dell'abuso del diritto, ma ha anche aggiunto che «*a buon diritto, pertanto, la commissione regionale trae dal citato art. 37 bis, e dalle successive modificazioni del medesimo, introdotte dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, art. 2, comma 1, lett.e), le indicazioni valide analogicamente per l'identificazione dell'eventuale abuso di diritto*». Non sembra quindi erroneo attingere alle disposizioni recate dall'art. 37-bis per individuare anche il tipo di procedura di accertamento a cui assoggettare le fattispecie "abusive" alla cui individuazione tale articolo concorrerebbe in chiave analogica. Se, infatti, l'art. 37-bis non è solo mero sintomo<sup>(228)</sup> dell'esistenza del principio antiabuso ma anche fonte d'integrazione analogica dello stesso, non si vede come le garanzie previste in occasione della codificazione del sintomo di tale regola non debbano poi valere in misura piena anche nei casi in cui detta regola sia oggetto di diretta applicazione. In altri termini, apparirebbe arbitrario affermare che tra il principio antiabuso e l'art. 37-bis sussiste un siffatto rapporto, ma che lo stesso non è poi operante con riferimento alle disposizioni diverse da quelle di cui al primo comma dell'art. 37-bis.

In tal senso non pare percorribile l'ipotesi di un *generale* principio antiabuso e di uno *speciale* procedimento di applicazione dello "strumento" dell'inopponibilità non estendibile alle fattispecie abusive, ma ristretto solo a quelle nominate dal terzo comma dell'art. 37-bis, ancorché lo stesso debba intendersi di "aiuto" per l'individuazione delle condotte abusive e quale modello delle conseguenze da ricollegate all'accertamento del comportamento abusivo – ossia la sua inopponibilità al Fisco.

Come affermato da parte della dottrina «*se il principio invocato è unico e unificato,*

---

<sup>225</sup> Cass. sent., n. 30055/2008, § 2.4.

<sup>226</sup> Cfr. BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in, *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, Giuffrè, 2009, p. 40.

<sup>227</sup> Si veda il par. 4.2.6.

<sup>228</sup> Cass. sent. n. 12042 del 25 maggio 2009.

*unica deve essere la procedura di contestazione (...) con la conseguenza che, nel momento in cui in ultima istanza si contestasse a un contribuente una scelta elusiva, costui potrebbe invocare l'insussistenza della pretesa perché azionata al di fuori e a prescindere dalle forme rigorose previste dall'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e quindi con violazione del principio di uguaglianza»<sup>(229)</sup>.*

C) *La portata generale e sistematica del tipo di rapporto tra contribuente ed Amministrazione finanziaria definito dai commi 4° e 5° dell'art. 37-bis*

In ogni caso, l'estensione all'abuso del diritto del tipo di procedimento in contraddittorio contemplato dall'art. 37-bis appare giustificabile anche alla luce del fatto che la partecipazione del contribuente all'attività di accertamento dell'Amministrazione ha ormai assunto una portata generale anche nell'ordinamento nazionale.

A tale riguardo si può osservare che in merito all'art. 3, comma 181, della L. 28 dicembre 1995, n. 549, relativo all'accertamento dei redditi dei contribuenti minori<sup>(230)</sup> mediante presunzioni basate su parametri e coefficienti, la Corte di Cassazione, intervenendo con la sentenza 7 febbraio 2008 n. 2816 sulla mancata previsione da parte del Legislatore di un opportuno contraddittorio preliminare all'emissione dell'avviso ai sensi del citato art. 3, ha affermato che «*anche se non sia espressamente previsto, il contraddittorio procedimentale amministrativo è necessario anche in materia tributaria in forza del principio generale dell'azione amministrativa del giusto procedimento, trattandosi di applicare ad un caso di specie dei criteri elaborati per categorie di soggetti e con efficacia di presunzione semplice, che comporta l'inversione dell'onere della prova e il suo caricamento sulle spalle del contribuente*». Nella stessa direzione, con la sentenza 22 febbraio 2008, n. 4624, la medesima Corte ha affermato – anticipando il Legislatore del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 il cui art. 22 ha modificato il comma 7 dell'art. 38 del D.P.R. 600/73 – che la determinazione del reddito effettuata sulla base dell'applicazione del cosiddetto “redditometro” oltre ad imporre di richiedere al contribuente, a pena di nullità dell'avviso a questi notificato, chiarimenti da inviare per iscritto entro sessanta giorni sulle ragioni che avevano giustificato un reddito dichiarato inferiore a quello emergente dal reddittometro, richiede che l'Ufficio – qualora il contribuente, ottemperando all'invito, proponga le proprie controdeduzioni – proceda a motivare l'eventuale avviso di accertamento con un'adeguata replica tale da superare le

---

<sup>229</sup> MARONGIU, G., *Abuso del Diritto, Poteri di Accertamento e principio di Legalità*, *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3633.

<sup>230</sup> Imprenditori e professionisti di cui all'art. 11 del D.L. n. 384 del 1992. In particolare, il comma 3 dell'articolo in commento dispone che *i ricavi e i compensi determinati induttivamente a norma dell'articolo 12 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 aprile 1989, n. 154, come sostituito dall'articolo 7, comma 1, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, non possono in nessun caso essere inferiori alla somma delle spese e degli altri componenti negativi deducibili e del contributo diretto lavorativo determinato con i decreti di cui al comma 5 dell'articolo 11 del citato decreto n. 69 del 1989 [ora L. 549/1995], salvo l'esercizio della facoltà prevista nel penultimo periodo del comma 1 dell'articolo 12 del medesimo decreto.*

osservazioni del contribuente; in mancanza, – precisa la Corte – l’atto impositivo dovrà essere considerato nullo per difetto di motivazione.

Emerge, pertanto, – come rilevato dalla dottrina<sup>231</sup>) – un orientamento della Cassazione secondo cui il contraddittorio, e quindi il dialogo con il contribuente, viene a configurarsi come il necessario contrappunto all’uso, consentito dalla legge, di metodologie di accertamento tali da comportare una possibile aleatorietà dei loro risultati oppure un particolare aggravio sul piano probatorio per il contribuente.

Da tale constatazione la giurisprudenza citata risulta, infatti, aver preso le mosse per integrare coerentemente la disciplina normativa – all’epoca lacunosa in tema di redditometro – tenendo presente che in questi casi le caratteristiche della partecipazione difensiva, essenziali al fine di assicurare le effettività del contraddittorio, possono così identificarsi: i) *richiesta di chiarimenti*: obbligo dell’Ufficio di sollecitare la partecipazione del contribuente; ii) *indicazione nella richiesta chiarimenti delle ragioni per cui si ritiene di dover accertare un maggior reddito*: obbligo di informare il contribuente della natura delle contestazioni al fine di assicurare l’effettività della difesa endoprocedimentale; iii) *motivazione specifica dell’avviso rispetto a chiarimenti resi dal contribuente*: obbligo di tenere conto dei chiarimenti forniti dal soggetto accertato ai fini della motivazione del l’avviso di accertamento spiegando, in caso di dissenso, le ragioni per cui si ritiene di respingere i predetti chiarimenti.

Ragionando in questi termini di potrebbe, quindi, giungere alla conclusione secondo cui lo schema procedimentale definito dai commi 4° e 5° dell’art. 37-bis si presenta quale effetto di rango sistematico del tipo di rapporto che deve instaurarsi tra contribuente ed Amministrazione nei casi in cui quest’ultima eserciti un potere di accertamento particolarmente penetrante rispetto al quale si rende opportuna una partecipazione del contribuente non soltanto in un’ottica collaborativa, ma anche – e forse soprattutto – in un’ottica difensiva.

Appare, pertanto, ragionevole affermare – anche alla luce degli stessi insegnamenti della Cassazione ed, in particolare, del principio del giusto procedimento da essa invocato – che il modello di contraddittorio definito dall’art. 37-bis – seppur perfettibile – deve trovare applicazione in ogni caso anche ove sia invocato direttamente il principio antiabuso – visto che quest’ultimo, come osservato, si avvale del medesimo potere contemplato dal primo comma dell’art. 37-bis, ossia quello di dichiarare inopponibili al fisco gli effetti fiscali delle condotte elusive nei confronti dell’Amministrazione. In tal senso, le disposizioni recate dai suddetti commi si presentano come un generale limite interno all’esercizio di un così particolare potere di accertamento quale è quello fondato sul principio dell’abuso del diritto e di cui, come affermato dalla stessa Cassazione, l’art.

---

<sup>231</sup> Per tutti SALVINI, L.. *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell’accertamento*, in *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3573.

37-bis è mero sintomo e non fonte di un autonomo potere di accertamento<sup>(232)</sup>.

A tale riguardo giova ricordare che secondo la Commissione Europea<sup>(233)</sup> nel caso di contestazioni antielusive, «*per garantire che transazioni e insediamenti effettivi non vengano indebitamente sanzionati è essenziale che, ove si presuma l'esistenza di una costruzione di puro artificio, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa*». Appare evidente che ove quest'ultima possibilità venga per la prima volta concessa in sede giudiziale, e per di più senza che sia nota sin dall'inizio del procedimento, l'auspicio della Commissione risulterebbe chiaramente disatteso visti gli alti costi (non solo amministrativi) a cui il contribuente andrebbe incontro. Sotto tale profilo, quindi, la mancata estensione all'abuso del diritto delle garanzie procedurali previste dall'art. 37-bis, non sembra potersi ritenere conforme all'indirizzo comunitario, visto che ciò comporterebbe la necessità di far valere le ragioni del contribuente solo in sede giudiziale e, quindi, con evidenti e non trascurabili costi (non solo amministrativi).

In sintesi, le disposizioni di cui ai commi 4° e 5° dell'art. 37-bis dovrebbero essere considerate di valenza generale ogniqualvolta il contribuente sia destinatario di una contestazione antielusiva<sup>(234)</sup><sup>(235)</sup>.

---

<sup>232</sup> Peraltro, l'indirizzo a tale riguardo assunto dalla Cassazione trova pieno riscontro nell'orientamento della giurisprudenza comunitaria che con la sentenza "Sopropé" del 18 dicembre 2008, causa C-349/2007, relativa al settore dei dazi doganali, ha affermato che *la regola secondo cui il destinatario di una decisione ad esso lesiva deve essere messo in condizione di far valere le proprie osservazioni prima che la stessa sia adottata ha lo scopo di mettere l'autorità competente in grado di tener conto di tutti gli elementi del caso. Al fine di assicurare una tutela effettiva della persona o dell'impresa coinvolta, la suddetta regola ha in particolare l'obiettivo di consentire a queste ultime di correggere un errore o far valere elementi relativi alla loro situazione personale tali da far sì che la decisione sia adottata o non sia adottata, ovvero abbia un contenuto piuttosto che un altro*. Come giustamente osservato dalla dottrina tale principio appare idoneo ad essere rispettato anche sul fronte interno, atteso che ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. 241/1990 *l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*. Sul versante delle imposte dirette ne è quindi stata proposta un'estensione in chiave analogica osservando che le esigenze protette dalla regola in commento sussistono anche in tale settore impositivo, tanto che se non fossero protette allo stesso modo si giungerebbe ad una evidente discriminazione (RAGUCCI, G., *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, Rassegna Tributaria, 2, 2009, p. 569).

<sup>233</sup> COM(2007)785 del 10 dicembre 2007 *"L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi"*.

<sup>234</sup> In tal senso pare essersi espressa quella parte della dottrina secondo cui la norma antielusiva andrebbe ricollocata «in altro contesto, in modo da evidenziarne la valenza di principio di generale applicazione, e da rendere altresì universali i suoi aspetti procedurali. La norma antielusiva, così riformulata, potrebbe ad esempio essere inserita nello Statuto dei diritti del contribuente, onde enfatizzare meglio il ruolo delle garanzie del privato nell'ambito di un procedimento di accertamento che si connota per la disapplicazione del regime legale su cui il contribuente aveva, bene o male, confidato» (STEVANATO, D., *Elusione ed abuso del diritto come nuova frontiera dell'inferno di ciò che palese*, in *Dial. trib.*, 6, 2009, p. 597).

<sup>235</sup> Sul punto merita, tuttavia, di essere esaminato quanto affermato dalla Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 7393/2012 in cui, dopo aver ribadito la rilevanza d'ufficio dell'abuso del diritto

#### 2.4. *Abuso del diritto e sostanza economica: il dualismo tra effetti e scopo economico dell'operazione*

Si è visto che per la Corte di Cassazione il ricorrere di una fattispecie abusiva deve essere senza dubbio escluso ove, similmente a quanto previsto dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73, l'operazione, ancorché determini un risparmio fiscale d'imposta, risulti sorretta da valide ragioni economiche. Occorre però chiedersi se ciò significhi che deve essere provata la sussistenza di uno scopo economico-aziendale da intendersi quale aspetto distinto ed ulteriore rispetto al fatto che l'operazione abbia realmente prodotto degli effetti economici in capo al soggetto che l'ha realizzata.

---

anche ove risulti applicabile l'art. 37-bis, i giudici hanno tenuto a precisare che *«la norma succitata non richiede particolari formalità per la preventiva richiesta di chiarimenti al contribuente, prima dell'emanazione dell'avviso di accertamento, limitandosi a prevedere che la stessa possa essere fatta anche per lettera raccomandata, senza escludere, pertanto, altre modalità, ivi compresa la richiesta orale da parte dei verbalizzanti, dovendo la sola risposta del contribuente essere necessariamente formulata per iscritto»*. Pertanto, nel caso di specie, la Corte, al di là della rilevanza d'ufficio del principio dell'abuso del diritto, hanno comunque ritenuto che l'Ufficio avesse rispettato quanto previsto dal comma 4° dell'art. 37-bis osservando che al contribuente era stato notificato il PVC recante tutti gli elementi su cui si sarebbe fondato l'avviso di accertamento. Al riguardo si può però osservare che se è vero che il dato testuale del comma 4° non offre alcuna indicazione in merito alla forma della richiesta di chiarimenti, e pur vero che se la richiesta in commento non fosse da rendere in forma scritta la tutela offerta dal suddetto comma sarebbe soltanto apparente. Infatti, se così non fosse apparirebbe particolarmente oneroso per il contribuente eccepire il mancato "invio" di tale richiesta – vanificando, quindi, l'effetto della garanzia disposta dal citato 4° comma: se, infatti, l'obbligo della preventiva richiesta di chiarimenti può intendersi soddisfatto anche in forma orale, cioè senza che ve ne sia traccia scritta, come sarà possibile provarne il mancato adempimento – soprattutto in un processo tutto documentale come quello tributario? Si approderebbe, così, ad un evidente sbilanciamento in favore dell'Amministrazione della procedura prevista dall'art. 37-bis, travisando con ciò il generale impianto garantista votato in particolare a tutelare la difesa stragiudiziale del contribuente. In altri termini, la forma della richiesta di chiarimenti deve risultare coerente con la sanzione prevista in caso di omissione da parte dell'Amministrazione dell'atto in questione, che in questo caso è la sanzione più grave, della nullità dell'atto. Ebbene: se davvero potesse aversi una richiesta di chiarimenti orale, l'art. 37-bis, comma 4, prevedrebbe la sanzione assai grave della nullità senza la possibilità di riscontrarne in modo chiaro ed obiettivo la violazione (cfr. TUNDO, *Abuso del diritto rilevabile d'ufficio anche se il comportamento rientra nella specifica norma antielusiva*, in *Corr. trib.*, 31, 2012, p. 2368). Inoltre, l'ipotesi che la richiesta venga avanzata in forma orale ma trasfusa poi nel verbale redatto dai verificatori e consegnato al contribuente non pare coerente con quanto previsto dal successivo comma 5° dell'art. 37-bis. Quest'ultimo impone, infatti, che sia lo stesso soggetto che ha formulato la richiesta di chiarimenti a dover motivare l'avviso emesso in relazione alle eventuali repliche rese dal contribuente. Tale circostanza non sembra meramente formale, poiché garantisce che le domande poste in sede di chiarimenti siano indirizzate ad ottenere proprio e soltanto quelle informazioni che il soggetto tenuto a motivare l'avviso ha ritenuto fondanti per la sua validità. Diversamente, le domande potrebbero risultare mal poste e di scarso valore ai fini della corretta formazione del contraddittorio e, quindi, della motivazione dell'avviso. In sintesi l'ipotesi in commento conduce ad un pregiudizio per il buon andamento dell'attività dell'amministrazione. Risulta, quindi, evidente l'impossibilità di accogliere l'impostazione assunta dalla Cassazione che nel tentativo di risolvere la questione del rapporto tra il principio antiabuso e le garanzie procedurali recate dall'art. 37-bis è pervenuta ad un'interpretazione *abrogans* del ricordato 4° dimenticandosi, peraltro, delle altre disposizioni procedurali previste dallo stesso dell'art. 37-bis e che, evidentemente, non sono state rispettate nel caso di specie – come in ogni altro caso in cui il principio dell'abuso del diritto sia rilevato d'ufficio dal giudice.



Tale questione, come già affermato esaminando la giurisprudenza statunitense in tema di *business purpose doctrine* ed *economic substance doctrine*, pone un evidente problema sul piano degli elementi – soggettivi ovvero oggettivi – che il contribuente risulterebbe tenuto a provare al fine di dimostrare che l'operazione posta in essere non comporta l'ottenimento di un indebito risparmio d'imposta quale conseguenza di un'applicazione distorta delle norme invocate (appunto perché riferite ad un'operazione che non promuove alcuno scopo economico-aziendale ovvero manca di realizzare concretamente gli effetti economici considerati dal Legislatore quale presupposto implicito per l'applicazione di determinate norme).

Sul punto la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione sembra confermare un tendenziale dualismo tra rilevanza degli effetti economici e dello scopo economico-aziendale non dissimile da quella che, come osservato, ha caratterizzato la ricordata giurisprudenza nordamericana.

Va, infatti, ricordato che con la citata sentenza n. 10383/2011 la Corte di Cassazione, dopo aver preso atto che erano state soddisfatte le condizioni previste per il riconoscimento di una certa agevolazione, e che, quindi, la società aveva realmente subito gli effetti economici derivanti dal soddisfacimento di tali condizioni, ha escluso che il Fisco potesse sindacare l'operazione da questa posta in essere eccependo che la stessa avrebbe avuto il solo scopo di beneficiare, seppur indirettamente, di un vantaggio fiscale da reputarsi come indebito<sup>(236)</sup>.

---

<sup>236</sup> Dalla narrativa della sentenza in commento si apprende che l'Ufficio aveva eccepito l'omessa contabilizzazione di ricavi e l'illegittima contabilizzazione di costi fittizi" avendo riscontrato, *inter alia*, che la società A – sottoposta ad accertamento - intratteneva rapporti di acquisto di materia prima con una società B appartenente alla medesima compagine familiare e societaria e titolare del beneficio fiscale della esenzione decennale per IRPEG ed ILOR" all'epoca prevista dalla normativa vigente per le imprese situate in area depresse. Ebbene secondo il Fisco gli acquisti effettuati da A erano avvenuti ad un prezzo non giustificato in relazione al costo sopportato da B per l'acquisto dello stesso bene tenuto che i beni ceduti erano rivenduti ad A senza aver subito un particolare processo di trasformazione. Secondo il Fisco, quindi, le cessioni in commento dovevano intendersi finalizzate all'unico scopo di incrementare i costi di A e trasferire utili a B poi sostanzialmente detassati in capo a quest'ultima in forza dell'agevolazione fiscale dalla stessa fruita. Nel risolvere la questione in favore del contribuente, la Corte di Cassazione osserva che per la sussistenza della peculiare fattispecie (o "figura") denominata "abuso di diritto" l'operazione economica contestata deve (1) essere stata posta in essere dal contribuente esclusivamente per ottenere un beneficio fiscale "indebito", ovverosia una riduzione od una eliminazione dell'imposta altrimenti non dovute, e (2) che, come ovvio, il beneficio fiscale considerato "indebito" deve essere stato conseguito dal contribuente e non da altri, come dalla controparte dell'operazione detta. Quanto al requisito *sub* (1) il ragionamento seguito dalla Corte risulta diretta alla considerazione degli *effetti* dell'operazione posta in essere. Affermano, infatti, i giudici che «la [società A] potrebbe conseguire (o aver conseguito) un risparmio di imposta unicamente in ipotesi di corresponsione di un prezzo di acquisto ingiustificatamente superiore a quello di mercato dello stesso prodotto (quindi esponendo l'offerente "costo") e non già (come ritenuto dall'amministrazione finanziaria) esclusivamente per l'elevatezza percentuale del valore aggiunto al prodotto ad essa venduto dalla [società B]; nel caso, l'Agenzia (...) non ha mai contestato alla [società A] che l'acquisto presso la [società B] era antieconomico perché il medesimo prodotto poteva essere (ed era stato) acquistato presso quei "terzi" a prezzo inferiore». La presenza di uno scopo elusivo viene, quindi, ad essere esclusa in virtù degli effetti obiettivamente prodotti

Tuttavia, con la successiva sentenza del 20 ottobre 2011, n. 21782 la Corte deduce la sussistenza di un comportamento abusivo sulla base di un giudizio tutto incentrato sull'assenza di valide ragioni economiche intese quale assenza di un valido scopo economico-aziendale a supporto dell'operazione realizzata<sup>(237)</sup>. Al riguardo, l'aspetto che merita di essere sottolineato è che la Corte di Cassazione ha raggiunto la predetta conclusione nonostante avesse riscontrato l'effettivo prodursi degli effetti economici dell'operazione reputata elusiva in capo alla società accertata. Rispetto alla posizione assunta con la precedente sentenza n. 10383/2011, la Corte di Cassazione sembra, quindi, aver abbracciato la diversa tesi per cui la validità delle ragioni economiche deve essere accertata sul piano soggettivo – ossia nei termini dell'esistenza di uno scopo

---

dall'operazione concretamente realizzata dalla società A. Ed, infatti, conformemente a tale indirizzo la Corte esclude altresì che, come sostenuto dall'Ufficio, l'operazione potesse dirsi diretta ad uno scopo elusivo in quanto giustificata dal solo fatto di voler beneficiare indirettamente dell'agevolazione fruita da B attraverso lo spostamento di utili verso tale società per il tramite delle ricordate operazioni di cessione di beni. Sul punto la Corte osserva che *«l'esenzione... dall'ILOR per gli stabilimenti industriali che si impiantino nei territori così detti svantaggiati e "quella dall'IRPEG per le imprese che si costituiscano in forma societaria nei territori medesimi" integrano "un beneficio direttamente accordato dalla legge" un "beneficio", quindi, che "compete... indipendentemente da apposite istanze del contribuente da inserirsi nella dichiarazione annuale o da altre iniziative in sede amministrativa, e senza necessità di provvedimenti di tipo ricognitivo o concessorio dell'Amministrazione finanziaria»*. Pertanto, prosegue la Corte, *«il perseguimento del "risparmio fiscale" concesso (nel concorso delle condizioni previste) dal legislatore ad un insediamento produttivo nelle zone svantaggiate costituisce scopo lecito dell'attività giuridica (oltre che propriamente economica) non solo di costituzione di quell'insediamento ma anche della produzione e del conseguente commercio del prodotto ottenuto»* visto che *«il beneficio fiscale della esenzione dall'imposta per le iniziative produttive, tenuto conto delle indicate finalità perseguite dal legislatore, costituisce un diritto attribuito consapevolmente dal legislatore al contribuente beneficiario (la srl Chimica FARO) per cui va affermato il principio secondo cui la mera costituzione di iniziative produttive incentivate non può mai ritenersi integrare "abuso di diritto" (anche nei confronti dei soggetti eh intrattengono rapporti economici con l'impresa "beneficiaria") perché l'esenzione fiscale costituisce la contropartita incentivante di detta costituzione e non una finalità contra ius»*. In conclusione, quindi, il ragionamento svolto dalla Corte fornisce evidenza del fatto che, nel caso di specie, la presenza di una condotta abusiva è stata esclusa considerando esclusivamente gli effetti dell'operazione realizzata ed osservando che gli stessi hanno realmente inciso sulla situazione economica della società A sia perché i costi per l'acquisto di beni da B sono stati sostenuti (e non sono risultati artatamente antieconomici) sia perché A risulta realmente insediata in una zona depressa – sopportando, quindi, gli effetti economici di tale condizione. Dunque, allorché risultino integrati, per le ragioni appena esposte, i requisiti previsti dal Legislatore per l'applicazione della predetta agevolazione – peraltro direttamente fruita da A – l'operazione oggetto di accertamento deve intendersi priva di connotati elusivi.

<sup>237</sup> Nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto che costituisse abuso del diritto l'assunzione, da parte di una società in perdita e senza dipendenti, nell'anno precedente alla fusione, di un dipendente con il ruolo di amministratore delegato; tale scelta, a giudizio della Corte, risultava, infatti, finalizzata *soltanto* ad integrare uno dei presupposti per poter beneficiare della riportabilità delle perdite ai sensi della legislazione all'epoca vigente. Il fatto che tale scelta fosse priva di valide ragioni economiche è stato desunto dalla circostanza che negli anni precedenti la società in questione non aveva mai sostenuto spese per lavoro dipendente. Sul punto la Corte soggiunge, inoltre, che la spiegazione fornita dalla società, secondo cui l'assunzione sarebbe stata giustificata da un interesse previdenziale del lavoratore, equivaleva ad ammettere che non v'era alcuna ragione economica *per* la stessa nel compiere tale operazione, sebbene quest'ultima ne abbia subito le conseguenze economiche (come riconosciuto dalla stessa Corte).

economico-aziendale alla base dell'operazione realizzata. A conferma di ciò depone, inoltre, il fatto che in tale sentenza la Corte di Cassazione abbia affermato che la "validità" delle ragioni economiche presuppone che le stesse siano radicate in un interesse della società e non di altri soggetti ad essa riferibili<sup>(238)</sup>.

A diverse conclusioni sembra, invece, essere giunta la medesima Corte con la più recente ordinanza 25 giugno 2013, n. 15968 con cui è stata confermato un accertamento promosso dall'Agenzia delle Entrate nei confronti di una società, che aveva dedotto canoni di affitto non pagati, per la locazione di un immobile di proprietà di un'altra società familiare. Sul punto i giudici della Cassazione hanno affermato che non versare i canoni di affitto è operazione elusiva, quando vi sia contiguità familiare tra le parti del contratto, per essere soci della società locataria ed anche soci della società locatrice. Dalla motivazione della sentenza emerge, tuttavia, che la conclusione di cui sopra risulta fondata in un apprezzamento degli effetti economici dell'operazione di locazione, e non nella valutazione degli scopi ad essa sottostanti. Il criterio seguito dalla Corte di Cassazione sembra, infatti, essere stato quello di osservare che gli effetti economici della locazione non si erano concretamente prodotti visto che, in virtù dei predetti rapporti familiari, la società locatrice non aveva mai pagato i canoni.

Sulla base di quanto rilevato pare, dunque, emergere una certa ambiguità da parte della Corte di Cassazione sul piano della concreta individuazione degli elementi da cui desumere la presenza di valide ragioni economiche. Infatti, la conclusione raggiunta dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 21782/2011 sembra ammettere – diversamente da quanto affermato con la citata sentenza n. 10383/2011 e con l'ordinanza n. 15968/2013 – una dissociazione tra rilevanza degli effetti economici dell'operazione realizzata e lo scopo economico-aziendale della stessa visto che, come rilevato, il giudizio di elusività è stato dedotto dall'assenza di uno scopo economico alla base dell'assunzione del dipendente, nonostante fosse indubitabile che la società in questione avesse sopportato le conseguenze economiche di tale operazione. In sintesi, sulla base della sentenza in commento, la sussistenza di una sostanza economica dell'operazione – da valutarsi, come visto, sul piano della sua idoneità ad incidere sulla situazione economica di cui la realizza – può non essere sufficiente a superare le contestazioni del Fisco potendo questi eccepire in via autonoma l'assenza di uno scopo economico proprio della società a supporto di tale operazione.

In ogni caso, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione appare predominante l'utilizzo del criterio basato sull'apprezzamento del *business purpose* quale presupposto per la positiva verifica della sussistenza di valide ragioni economiche a supporto dell'operazione reputata elusiva. Tuttavia, traendo spunto dall'evoluzione della ricordata giurisprudenza nordamericana dovrebbe auspicarsi un diverso approccio teso a valorizzare le reciproche interrelazioni tra *economic substance* e *business purpose*. A tale

---

<sup>238</sup> Nel caso di specie l'interesse considerato risultava essere quello di un dipendente e non quello della società accertata.

riguardo si è, infatti, osservato che sebbene le due dottrine in commento manifestino una certa autonomia concettuale, le stesse risultano comunque fortemente interdipendenti tant'è che – come ricordato – la recente codificazione promossa dal legislatore statunitense della dottrina dell'*economic substance* prevede che la stessa sia applicabile soltanto ove ricorrano contemporaneamente i seguenti requisiti: l'uno, di carattere oggettivo, secondo cui una transazione ha sostanza economica se, al di là dei suoi effetti fiscali, altera in modo significativo la posizione economica di partenza del contribuente; l'altro, di carattere soggettivo, secondo cui non vi è sostanza economica se la transazione non risulta giustificata da un prevalente scopo diverso da quello del conseguimento di un beneficio fiscale (requisito soggettivo). Peraltro, ragionare diversamente significherebbe condannare l'interpretazione del concetto di "valide ragioni economiche" ad una esterna ambiguità chiaramente lesiva della certezza dei rapporti tributari e, in particolare, del diritto alla difesa del contribuente rispetto al tipo di prova che può ritenersi autorizzato a fornire al fine di superare il sindacato antielusivo del Fisco. Si noti, peraltro, che – come già ricordato – la predetta codificazione dell'*economic substance doctrine* in chiave di unificazione rispetto alla *business purposes doctrine* è stata determinata proprio dall'obiettivo di risolvere il contrasto – certamente molto più tenue nel contesto nazionale rispetto a quello nordamericano – nato in sede giurisprudenziale sulla necessità di qualificare la sostanza economica ricorrendo solo ad uno dei predetti requisiti soggettivi ed oggettivi ovvero ad entrambi.

### 3. ABUSO DEL DIRITTO E SANZIONI

La questione della punibilità delle condotte elusive rappresenta un aspetto particolarmente discusso e dibattuto in dottrina<sup>239</sup>) e non ha ancora trovato una specifica

---

<sup>239</sup>Parte della dottrina ha, infatti, osservato che l'elusione fiscale, in quanto mero aggiramento e non violazione della legge, dovrebbe intendersi per definizione lecita ancorché presenti una indubbia valenza antisociale. In tal senso si sono espressi, tra gli altri, CIPOLLINA, S., *I comportamenti elusivi sfuggono alla rete*, in *Il Sole24Ore*, 27 maggio 1998, p. 21; LUPI, R., *Disorientamenti sull'elusione, salvo che per le sanzioni*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 7, 2007, pp. 639-640; SPOTO, A., *Revisione della clausola antielusione (art. 10 della L. n. 408/1990). Si devono applicare le sanzioni sull'elusione?*, in *Il Fisco*, 1997, p. 1695; MARCHESELLI, A., *Elusione, buona fede e principi di diritto punitivo*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, p. 401; MARCHESELLI, A., *Elusione e sanzioni: una incompatibilità logico giuridica*, in *Corr. trib.*, 25, 2009, p. 1988; CORRADO, L.R., *Elusione tributaria, abuso del diritto (comunitario) e inapplicabilità delle sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2010, p. 551; CORSO, P., *Secondo la Corte di Cassazione l'elusione non integra un'evasione penalmente rilevante*, in *Corr. trib.*, 38, 2006, p. 3047. Secondo un diverso, e più recente, orientamento, pur dovendo riscontrare la natura illecita delle condotte in parola, la loro concreta punibilità dovrebbe comunque ritenersi esclusa a causa del sottile confine che separa l'elusione dal lecito risparmio d'imposta e del rischio, quindi, che a fronte del timore delle sanzioni il contribuente – nel dubbio – scelga sempre e comunque il regime fiscale più oneroso. Al riguardo: STEVANATO, D., *Elusione e sanzioni amministrative: spunti per una discussione*, in *Corr. trib.*, 27, 1997, p. 1964; PORCARO, G., *Il rapporto tra elusione e sanzioni amministrative*, in *Corr. trib.*, 35, 1997, p. 2553; ZIZZO, G., *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in *Commentario alla Riforma Visco*, a cura di MICCINESI, M., Padova, pp. 462 e segg.; GARCEA, A., *Il legittimo risparmio d'imposta*, Padova, 2000, p. 44, nota n. 85; GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1, 1989, p. 11; DEL FEDERICO, L., *Elusione e illecito tributario*, in *Corr. trib.*, 39, 2006, p. 3111; LUPI, *Elusione e sanzioni penali*, in

disciplina legislativa diversamente da quanto avvenuto in alcuni ordinamenti stranieri che hanno risolto la questione prevedendo delle puntuali norme sanzionatorie – come nel caso della Francia<sup>(240)</sup> o dell’Australia<sup>(241)</sup> – oppure escludendo espressamente (almeno sul piano amministrativo) tali condotte dall’area degli illeciti – come ad es. avvenuto in Spagna<sup>(242)</sup>.

Alle inadempienze del Legislatore ha, quindi, nel tempo tentato di supplire la giurisprudenza, sia di merito<sup>(243)</sup> che di legittimità<sup>(244)</sup>, approdando a soluzioni tra loro diverse e non sempre condivisibili. In tale contesto rivestono particolare attualità le recenti sentenze 30 novembre 2011, n. 25537 e 20 febbraio 2012, n. 7739, con cui la Corte di Cassazione ha per la prima volta assegnato il giusto rilievo al principio di legalità

---

*Fiscalità d’impresa e reati tributari*, in *Il Sole24Ore*, 2000, p. 159; CASTALDI, L., *Punibilità del comportamento elusivo*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2391; FALSITTA, G., *Natura delle disposizioni contenenti “norme per l’interpretazione di norme” e l’art. 37-bis sull’interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 5, p. 544; FEDELE, A., *Assegni Negoziali e “forma d’impresa” tra opponibili simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 12, 2010, p. 1093; DI SIENA, M., *Brevi considerazioni sulla criminalizzazione dell’elusione fiscale*, in *Il Fisco*, 20, 2003, p. 3108; SCREPANTI, S., *Elusione fiscale, abuso del diritto e applicabilità delle sanzioni amministrative*, in *Rass. trib.*, 2, 2011, p. 413; ATTARDI, C., *Elusione fiscale, abuso del diritto e sanzioni tributarie*, in *Il Fisco*, 2, 2011, p. 212; TABELLINI, *L’elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pp. 297-312.

<sup>240</sup> Art. 1729, *Code Général des Impôts*. Sul punto si veda anche la *Instruction du 9 septembre 2010*, n. 13 N-3-10, rilasciata dalla *Direction Général des Finances Publiques*.

<sup>241</sup> Artt. da 284-145 a 284-160 contenuti nella *Subdivision 284-C “Penalties relating to schemes”* del *Taxation Administration Act 1953*; artt. da 290-5 a 290-65 contenuti nella *Division 290 “Promotion and implementation of schemes”* del *Taxation Administration Act 1953*.

<sup>242</sup> Art. 15, ultimo periodo, *Ley General Tributaria* del 17 dicembre 2003, n. 58.

<sup>243</sup> Le Commissioni Tributarie hanno, infatti, in più occasioni ritenuto di dover annullare le sanzioni irrogate dall’Ufficio per assenza di violazione di norme impositive oppure di disporre la disapplicazione ai sensi dell’art. 6, comma 2, D.Lgs. 472/1997 per obiettive condizioni di incertezza sulla portata e ambito della normativa tributaria di riferimento. Quali esempi del primo orientamento si veda, in primo luogo, CTP Milano, 13 dicembre 2006, n. 278, secondo cui “l’elusione realizza un aggiramento di norme e non già una loro violazione, e il D.Lgs. N. 472/97 ... disciplina il sanzionamento delle sole violazioni”, nonché CTP Vicenza, 28 gennaio 2009, n. 6 a mente della quale “la figura della sanzione non sarebbe coerente con la fattispecie elusiva, ove ... si realizza un aggiramento delle norme, ma non la loro violazione, mentre il D.Lgs. n. 471/1997 ... attiene peculiarmente alle sanzioni connesse alle violazioni della normativa fiscale”. In senso conforme anche: CTP Reggio Emilia, 18 maggio 2010, n. 115; CTP Salerno, 1° dicembre 2009, n. 378; CTR Lombardia, del 25 febbraio 2008, n. 2. In favore, invece, dalla mera disapplicazione delle sanzioni irrogate dall’Ufficio si veda: CTR Toscana, 1° aprile 2009, n. 26; CTR Emilia Romagna, 18 maggio 2010, n. 52; CTR Marche, 7 novembre 2008, n. 145. Per completezza pare, inoltre, opportuno ricordare che secondo un diverso orientamento le contestazioni antielusive sono state ritenute inidonee a legittimare l’irrogazione di una sanzione amministrativa ovvero penale poiché già il disconoscimento dei vantaggi fiscali previsto dall’art. 37-bis avrebbe natura sanzionatoria, di tal ché sarebbe illegittima l’irrogazione di un’ulteriore sanzione: CTP Milano, sent. n. 278 del 13 dicembre 2006; CTP Vicenza, sent. n. 6 del 28 gennaio 2008.

<sup>244</sup> Cass., sez. trib., 8 aprile 2009, n. 8487; Cass., sez. trib., 25 maggio 2009, n. 12042; Cass., sez. trib., 19 maggio 2010, n. 12249; Cass., sez. un., 19 gennaio 2011, n. 1235; Cass., sez. III pen., 18 marzo 2011, n. 26723. Con tali sentenze la Corte di Cassazione, seppur con qualche incertezza, si è nel tempo dimostrata favorevole a concedere la disapplicazione delle sanzioni nei confronti di condotte accertate ai sensi dell’abuso del diritto – sebbene non si sia mai spinta a sancirne la generale irrilevanza sanzionatoria in quanto tale.

e alla conseguente ricerca di un espresso fondamento legislativo per la punibilità di tali condotte, rispettivamente, sul piano amministrativo e penale.

È indubbio, infatti, che da un punto di vista dogmatico la questione debba essere risolta non tanto attraverso un'indagine di carattere ontologico sull'intrinseca anti giuridicità delle condotte elusive, ma verificando l'esistenza di un adeguato fondamento legislativo per l'irrogazione di una sanzione<sup>245</sup>). Ragionando in questi termini non può, quindi, che essere accolta con favore la conclusione raggiunta dalla Corte con le citate sentenze e secondo cui deve escludersi, stante la riserva di legge operante in ambito sanzionatorio, che la violazione di un mero principio di diritto, quale è quello relativo al divieto di abuso del diritto, possa avere una qualche rilevanza sul piano punitivo.

Meno convincente – come si dirà – appare, invece, la soluzione proposta dalla Corte con riferimento alla rilevanza sanzionatoria dell'art. 37-bis, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

In tal caso, l'opinione dei giudici è che l'illiceità delle condotte elusive trovi un espresso fondamento legislativo nell'art. 37-bis e nelle norme sanzionatorie in tema di dichiarazione infedele e debba, quindi, intendersi perfettamente conforme al principio di legalità. A tale riguardo, come affermato nella sentenza n. 7739/2012 con riferimento alla sanzione penale per dichiarazione infedele<sup>246</sup>), sarebbe sufficiente che l'irrogazione della sanzione si presenti come «*un risultato interpretativo conforme ad una ragionevole prevedibilità, tenuto conto della ratio delle norme, delle loro finalità e del loro inserimento sistematico*». Ad avviso della Corte un tale principio risulterebbe soddisfatto nel caso dell'art. 37-bis atteso che da tale norma sarebbe ricavabile «*una descrizione della fattispecie elusiva provvista, dei necessari caratteri di determinatezza*»<sup>247</sup>). Eppure, come si avrà modo di chiarire, la compatibilità di una tale affermazione con il principio di determinatezza operante in ambito sanzionatorio non appare una questione così scontata<sup>248</sup> come lascia, invece, intendere la Cassazione – peraltro con affermazioni laconiche e non sufficientemente argomentate.

---

<sup>245</sup> MANZONI, I., VANZ, G., *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Torino, 2008, pp. 502-503.

<sup>246</sup> Art. 4, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

<sup>247</sup> Cass., sez. II pen., 20 febbraio 2012, n. 7739.

<sup>248</sup> A tale riguardo può essere opportuno ricordare che la sentenza n. 828 del 29 aprile 2011, Tribunale di Milano (Ufficio del GUP), – poi cassata con rinvio dalla citata sentenza n. 7739/2012 – secondo cui «*l'elusione fiscale presenta tratti quasi antinomici, essendo caratterizzata, per un verso, da una concatenazione di atti leciti; per altro verso, da una marcata atipicità, che confligge con il principio di tipicità e determinatezza della fattispecie penale*». Per un commento della suddetta sentenza n. 828/2011 si rinvia a INGRASSIA, A., TROYER, L., *Esclusa nuovamente la tipicità penale dell'elusione. A margine di un noto caso della presunta esterovestizione tra divieto di presunzioni legali nel processo penale e libertà di stabilimento*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 451, nonché, in relazione alla predetta sentenza n. 7793/2012 della Corte di Cassazione si veda MEREU, A., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni a margine del caso "Dolce & Gabbana"*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2012, p. 1001.

Inoltre, con la sentenza n. 25537/2011 l'applicabilità della sanzione amministrativa per dichiarazione infedele<sup>(249)</sup> è stata confermata sostenendo che «*le sanzioni si applicano per il solo fatto che la dichiarazione del contribuente sia difforme rispetto all'accertamento*»<sup>(250)</sup> atteso che «*la legge non considera per la applicazione delle sanzioni quale criterio scriminante la violazione della legge o la sua elusione o aggiramento*»<sup>(251)</sup>. È noto, tuttavia, come le sanzioni possano essere irrogate soltanto a fronte di una violazione di legge ed in presenza di un fatto illecito individuato con sufficiente determinatezza.

Non sembra, infine, particolarmente soddisfacente l'ipotesi di introdurre in via generalizzata un doppio binario tra elusione fiscale da art. 37-bis ed abuso del diritto. È chiaro, infatti, che alla luce delle indubbe sovrapposizioni tra tale articolo ed il principio antiabuso, potrebbero determinarsi nuove forme di discriminazione – sulla falsa riga di quanto già avvenuto con riferimento alle garanzie procedurali<sup>(252)</sup>.

In conclusione, sebbene la Corte abbia compiuto un indubbio passo in avanti nel tentativo di risolvere la questione della punibilità delle condotte elusive, non sembra che l'approdo ad oggi raggiunto possa ritenersi pienamente soddisfacente. Anzi, muovendo da una prospettiva *de iure condendo*, sembra preferibile – anche in virtù di un confronto con le scelte al riguardo compiute dai prevalenti ordinamenti stranieri – una soluzione di segno opposto che abbandoni l'ipotesi – implicitamente posta alla base dei propri ragionamenti dalla Corte di Cassazione – di una diretta equivalenza tra fattispecie elusive rilevanti sul piano sanzionatorio e fattispecie elusive accertabili dall'Amministrazione finanziaria ai sensi di una clausola antielusiva generale.

### 3.1. *I principi di diritto enunciati dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 25537/2011 e n. 7739/2012*

In entrambe le sentenze n. 25537/2011 e n. 7739/2012 viene affermato, seppur con diversa formulazione ed enfasi, che il principale effetto dell'applicazione dell'art. 37-bis è rappresentato dall'accertamento di una maggiore imposta rispetto a quella dichiarata e che, ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. 28 dicembre, 1997 n. 471 e dell'art. 4, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, tale circostanza si configura proprio come l'elemento costitutivo dell'infedeltà della dichiarazione<sup>(253)</sup>. Infatti, in seguito all'applicazione dell'art. 37-bis le

<sup>249</sup> All'art. 1, comma 2, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471.

<sup>250</sup> Cass., sez. trib., 30 novembre 2011, n. 25537.

<sup>251</sup> Cass., sez. trib., 30 novembre 2011, n. 25537. Si rileva, inoltre, che tale principio è stato ulteriormente ribadito nella recente ordinanza n. 2234/2013 della Corte di Cassazione in cui i giudici, dopo aver richiamato la sentenza n. 25537/2011, hanno affermato che «*ai fini dell'applicazione delle sanzioni è irrilevante se il minor versamento deriva da una violazione, oppure da una elusione, di norme impositive*».

<sup>252</sup> Sul tema delle garanzie procedurali si rinvia a STIZZA, P., *L'obbligo del contraddittorio in caso di contestazione di operazioni abusive nell'ambito dell'imposizione diretta*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2012, p. 915.

<sup>253</sup> In vero nel caso della sentenza n. 7739/2012 la Corte non ha stabilito l'applicabilità al caso *sub iudice* dell'art. 37-bis, ma ha cassato la sentenza del GUP di non luogo a procedere rinviando al altro

condotte elusive risulterebbero causalmente connesse proprio a quell'effetto giuridico – l'indicazione in dichiarazione di un'imposta inferiore a quella accertata – espressamente colpito dalle richiamate disposizioni sanzionatorie.

La Corte ritiene così di poter concludere che con riferimento ai casi di elusione accertabili ai sensi dell'art. 37-bis l'irrogazione della predetta sanzione risulterebbe conforme al principio indicato dai giudici comunitari nella ricordata sentenza *Halifax* secondo cui «*la constatazione dell'esistenza di un comportamento abusivo non deve condurre ad una sanzione per la quale sarebbe necessario un fondamento normativo chiaro e univoco*»<sup>(254)</sup>. In tal senso, nella sentenza n. 25537/2011, la Suprema Corte, dopo aver ricordato che per punire una condotta elusiva «*vigendo il principio di stretta legalità tratto dalla normativa in materia penale (D.P.R. n. 472 del 1997) è necessaria una norma che espressamente la preveda*», perviene alla conferma delle sanzioni per dichiarazione infedele irrogata dall'Ufficio rilevando che il presupposto per la sua applicazione «*è il dato non contestato della diretta applicabilità alla fattispecie dell'art. 37-bis in relazione all'oggetto dell'accertamento (fusioni societarie, cessioni di quote, minusvalenze e plusvalenze)*». Similmente, nella sentenza n. 7739/2012 i giudici hanno affermato che «*se le fattispecie criminose sono incentrate sul momento della dichiarazione fiscale e si concretizzano nell'infedeltà dichiarativa, il comportamento elusivo non può essere considerato tout court penalmente irrilevante*» ancorché «*non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge*». Ne consegue, quindi, che ove risulti applicabile una norma antielusiva generale come l'art. 37-bis il giudice non dovrebbe aver dubbi sulla rilevanza sanzionatoria della fattispecie accertata – ancorché le condotte elusive non si traducano – almeno *prima facie* – in una diretta violazione di legge. In tal caso, infatti, il principio di legalità dovrebbe considerarsi rispettato poiché – tenuto conto della nozione legislativa di dichiarazione infedele e dell'effetto ricollegato all'applicazione dell'art. 37-bis – l'irrogazione di una sanzione nei confronti delle condotte elusive risulterebbe – come affermato nella sentenza n. 7739/2012 – «*conforme ad una ragionevole prevedibilità, tenuto conto della ratio delle norme, delle loro finalità e del loro inserimento sistematico*»<sup>(255)</sup>. Da questa prospettiva non assumerebbe, quindi, alcuna rilevanza il fatto che le condotte elusive si risolvano in un aggiramento della legge e non in una sua violazione. Infatti, – come già ricordato – nella sentenza n. 25537/2011<sup>(256)</sup> la Cassazione ha affermato che «*la legge*

---

giudice affinché riesaminasse la questione tenendo conto del principio che ove fosse applicabile una specifica disposizione antielusiva – come ad esempio l'art. 37-bis – la condotta integrata doveva ritenersi rilevante agli effetti della sanzione penale per dichiarazione infedele prevista dall'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000.

<sup>254</sup> Cfr. Cass., sez. II pen., 20 febbraio 2012, n. 7739, § 4.8. e Cass., sez. trib., 30 novembre 2011, n. 25537 in replica all'eccezione sollevata dalla parte ricorrente secondo cui la sanzione amministrativa irrogata dall'Ufficio doveva ritenersi non conforme al principio enunciato dalla sentenza *Halifax*.

<sup>255</sup> Cfr. Cass., sez. II pen., 20 febbraio, n. 7739, § 4.9.

<sup>256</sup> Sebbene con riferimento all'ambito delle sanzioni amministrative.



*non considera per la applicazione delle sanzioni quale criterio scriminante la violazione della legge o la sua elusione o aggiramento» atteso che «le sanzioni si applicano per il solo fatto che la dichiarazione del contribuente sia difforme rispetto all'accertamento».*

Tuttavia, ad avviso della Corte, tali principi risultano validi ai fini sanzionatori soltanto ove l'accertamento sia stato compiuto in applicazione di una norma antielusiva generale. Pertanto, come ben chiarito nella sentenza n. 25537/2011, si deve «*escludere che una sanzione amministrativa in materia tributaria possa essere applicata a fronte della violazione non di una precisa disposizione di legge ma di un principio generale, quale quello antielusivo ritenuto immanente al sistema anche anteriormente alla introduzione di una normativa specifica, come ritenuto da questa Corte (Cass., Sez. Un. n. 30055 del 2008) e dalla giurisprudenza comunitaria*». In tal caso, infatti, verrebbe a mancare uno dei due termini espressamente considerati dalla Corte per dedurre l'esistenza di un fondamento normativo per l'applicazione di una sanzione a fronte di una contestazione antielusiva<sup>(257)</sup>. Appare, quindi, coerente con tale impostazione la conclusione raggiunta con la successiva sentenza n. 7739/2012 secondo cui «*nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindendo da specifiche norme antielusive, (...) mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva*»<sup>(258)</sup>.

### 3.2 *Il ruolo della violazione della legge quale presupposto per l'irrogazione di una sanzione*

Si è visto che ad avviso della Corte di Cassazione la distinzione tra violazione ed aggiramento della legge risulterebbe irrilevante ai fini della questione della punibilità delle condotte elusive. Ciò che conta, infatti, è la semplice possibilità di ricondurre l'effetto conseguente all'applicazione dell'art. 37-bis nell'alveo della fattispecie illecita definita dalle norme sanzionatorie in tema di dichiarazione infedele. Non può però sfuggire come l'attuale sistema sanzionatorio tributario qualifichi l'illecito nei termini di una condotta colpevole ovvero dolosa realizzata non in aggiramento, ma in espressa

---

<sup>257</sup> Può, quindi, ritenersi superato l'altalenante orientamento assunto in passato dalla Corte di Cassazione caratterizzato da un marcato dualismo tra l'astratta applicabilità delle sanzioni amministrative e la concreta possibilità di concederne la disapplicazione per obiettive condizioni di incertezza (cfr. Cass., Sez. trib., 8 aprile 2009, n. 8487 e Cass., sez. trib., 25 maggio 2009, n. 12042). Una tal impostazione non può, infatti, che dare per scontata una costitutiva illiceità delle condotte abusive di talché, come affermato in Cass., sez. trib., 19 maggio 2010, n. 12042 «*non vi [sarebbe] ragione per escludere automaticamente l'irrogabilità delle sanzioni amministrative, dovendosi applicare la relativa disciplina*». Diversamente, se si accoglie l'impostazione assunta dalla Corte con le sentenze in rassegna, le condotte abusive non possono che ritenersi *ab origine* estranee al *genus* degli illeciti per violazione del principio di legalità e non perché rientranti in una particolare esimente. Sul punto FEDELE, A., *op. cit.*, p. 1125.

<sup>258</sup> § 4.6.

violazione di una disposizione di legge<sup>(259)</sup>. Appare, quindi, evidente come la possibilità stessa di legittimare l'applicazione di una qualsivoglia sanzione nei confronti delle condotte elusive presupponga la preliminare dimostrazione della loro idoneità ad integrare una formale violazione di specifici obblighi di legge gravanti in capo al contribuente. Come noto la questione dipende dalla possibilità di respingere una lettura in chiave procedimentale dell'art. 37-bis<sup>(260)</sup>. Ed, infatti, nella sentenza n. 25537/2011, quale premessa alle proprie argomentazioni, la Corte di Cassazione fa presente che «è nota la esistenza in dottrina di una tesi secondo la quale l'articolo 37 bis (...) ha natura meramente procedimentale e che pertanto, assumendo che il precetto normativo riguardi solo la Amministrazione, (...) il contribuente non abbia alcun obbligo giuridico di non esporre nella dichiarazione dei redditi dati tratti da operazioni suscettibili di essere considerate elusive, in quanto ciò non comporta alcuna violazione specifica di norme tributarie»<sup>(261)</sup>. Ricorda, quindi, la Corte che «da tale lettura normativa discende che la dichiarazione dei redditi del soggetto che pone in essere operazioni elusive non può considerarsi infedele». È chiaro, infatti, che se all'art. 37-bis viene assegnata una valenza meramente procedimentale l'imposta elusa emergerebbe come dovuta solo in seguito all'attività di accertamento compiuta dall'Amministrazione e non per effetto della violazione da parte del contribuente di un obbligo contributivo preesistente<sup>(262)</sup>. La sentenza n. 25537/2011, benché giunga a conclusione opposte rispetto a quelle appena ricordate, non offre, tuttavia, alcun elemento da cui poter ricavare l'erroneità della suddetta lettura procedimentale dell'art. 37-bis. Sotto questo profilo, quindi, l'iter logico-giuridico seguito dai giudici in tale pronuncia non può che ritenersi lacunoso<sup>(263)</sup>. Ad

---

<sup>259</sup> MICELI, R., *Il sistema sanzionatorio tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012 pp. 897 e segg.

<sup>260</sup> Sul punto DEL FEDERICO, L., *Elusione tributaria "codificata" e sanzioni amministrative - Nota a Commissione tributaria provinciale di Milano, sez. XIV, 13 dicembre 2006, n. 278*, in *Giust. trib.*, 2, 2007, p. 6.

<sup>261</sup> A supporto di tale posizione sono stati adottati, da un lato, la collocazione dell'art 37-bis all'interno del D.P.R. n. 600/1973, riguardante – come noto – l'accertamento e non la disciplina sostanziale del prelievo tributario, e, dall'altro, il suo contenuto caratterizzato da una struttura complessa avente ad oggetto, tra gli altri, la definizione di un vero e proprio procedimento a carico dell'Amministrazione finanziaria. Si veda sul punto: BALLANCIN, A., *Disorientamenti sull'elusione, salvo che per le sanzioni*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 7, 2007, p. 638 nonché CORRADO, L. R. *Elusione tributaria, abuso del diritto (comunitario) e inapplicabilità delle sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. trib.*, I, 5, 2010, 2010, p. 551; SPOTO, A., *Revisione della clausola antielusione (art. 10 l. n. 408/1990): si devono applicare le sanzioni sull'elusione?*, in *Il Fisco*, 23, 1997, p. 6452; CIPOLLINA, S., *Elusione fiscale*, in *Riv. dir. fin.*, 4, 2007, p. 555; CORSO, P., *Secondo la Corte di Cassazione l'elusione non integra un'evasione penalmente rilevante*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3047.

<sup>262</sup> Si veda in particolare CARDASCIA, L., *Inapplicabilità delle sanzioni per comportamenti elusivi (nota alla sentenza della CTP di Milano, Sez. XIV, sent. 13 dicembre 2006, n. 278)*, in *Corr. trib.*, 7, 2007, p. 559, secondo cui «l'imposta diviene dovuta solo a seguito di un'attività ispettiva sulla dichiarazione, la quale prima di allora non si presenta infedele e conseguentemente non può dare luogo alla irrogazione della relativa sanzione».

<sup>263</sup> Anzi, la Corte sembra essere caduta in una versa e propria *petitio principii*, avendo dato per dimostrato proprio ciò che era, invece, oggetto della dimostrazione e cioè l'esistenza di una violazione di un precetto tributario quale conseguenza della realizzazione di una condotta accertata ai sensi dell'art.

ogni modo è fuor di dubbio che la Corte abbia tratto le proprie conclusioni attribuendo all'art. 37-bis lo *status* di norma sostanziale. È indubbia in tal senso l'affermazione contenuta nella successiva sentenza n. 7739/2012 secondo cui, in presenza di una norma antielusiva, «*si richiede al contribuente di tenere conto, nel momento in cui redige la dichiarazione, del complessivo sistema normativo tributario, che assume carattere precettivo nelle specifiche disposizioni antielusive*». Infatti, secondo parte della dottrina<sup>(264)</sup>, l'attribuzione di una valenza sostanziale all'art. 37-bis risulterebbe giustificata proprio dal fatto che in un sistema tributario, quale quello nazionale, fondato sull'autoliquidazione delle imposte il destinatario dell'art. 37-bis dovrebbe ritenersi *in primis* il contribuente – essendo quest'ultimo il soggetto obbligato a redigere la propria dichiarazione dei redditi. Il contribuente dovrebbe, quindi, pervenire egli stesso all'applicazione delle norme che altrimenti avrebbe eluso<sup>(265)</sup> adottando un ragionamento di tipo analogico-funzionale in luogo del tradizionale approccio formalistico, qualora quest'ultimo non consenta di applicare le norme tributarie anche nel rispetto del loro spirito<sup>(266)</sup> – cioè degli scopi e finalità che il Legislatore intendeva

---

37-bis. Si veda sul punto MUCCIARELLI, F., *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, a cura di Maisto, Milano, 2009, p. 436. Al riguardo, a nulla pare poter rilevare la specifica ipotesi interpretativa avanzata dalla Corte secondo cui la legittimità delle sanzioni irrogate dall'Ufficio sarebbe «*rafforzata dal testo del comma 6° della stessa disposizione [l'art. 37-bis], che prevede che le maggiori imposte accertate siano iscritte a ruolo "secondo i criteri di cui all'art. 68, D.Lgs. n. 546 del 1992 concernente il pagamento dei tributi e delle sanzioni pecuniarie in corso di giudizio" rendendo così evidente che il legislatore ritiene la applicazione di sanzioni come effetto naturale dell'esito dell'accertamento in materia di atti elusivi*». Non può, infatti, tacersi che il riferimento testuale alle sanzioni discende dalla mera necessità di dover citare la rubrica dell'articolo cui si faceva rinvio (in tal senso: CTP Milano, 13 dicembre 2006, n. 278). A conferma di ciò non può che addursi il dettato del medesimo comma 6 in forza del quale i criteri di cui al richiamato art. 68 vengono richiamati solo con riferimento alle “*imposte o maggiori imposte accertate in applicazione delle disposizioni di cui al comma 2 iscritte a ruolo*” – senza alcun riferimento, quindi, alle sanzioni pecuniarie (Cfr. ZANETTI, E., *Applicabilità delle sanzioni pecuniarie e rilevanza penale delle condotte elusive*, in *Il Fisco*, 17, 2012, p. 2599).

<sup>264</sup> GALLO, F., *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. trib.*, 2, 2001, p. 324; NUSSI, M., *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 1998, p. 502; LUPI, R., *Elusione e sanzioni penali*, in *Fiscalità d'impresa e reati tributari*, a cura di LUPI, R., Milano, 2000 p. 159; VANZ, G., *Distribuzione di riserve di utili anteriori all'acquisizione della partecipazione. Svalutazione della partecipazione ed elusione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 6, 2006, p. 500.

<sup>265</sup> Cfr. CTR Emilia Romagna, 27 ottobre 2008, n. 79, secondo cui l'art. 37-bis recherebbe «*una norma di contenuto non esclusivamente procedimentale, ma – al contrario – con la funzione di raccordare i fatti espressivi del precetto, indice di capacità contributiva, al presupposto d'imposta. Altrimenti l'unico rischio – un volta accertata l'elusione – sarebbe quello di pretendere, dal soggetto inadempiente, il pagamento dell'imposta dovuta aumentata degli interessi: un po' poco per contrastare il diffuso fenomeno dei comportamenti elusivi*».

<sup>266</sup> Così le norme impositive della vendita di beni saranno sostituite a quelle relative alla scissione ove la funzione ricercata ricorrendo a quest'ultima non sia la riorganizzazione di una società, ma l'alienazione di un compendio immobiliare ancorché realizzata mediante la cessione delle quote della società beneficiaria della scissione e non per effetto della vendita diretta degli immobili. Sul punto BEGHIN, M., *La scissione societaria, l'elusione fiscale e i mulini a vento di Cervantes*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2, 2010, p. 56.

raggiungere. Senonché ad avviso di altra parte della dottrina<sup>267</sup>) tale ipotesi non risulterebbe confermata sul piano testuale atteso che al secondo comma dell'art. 37-bis si dispone che «*l'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1...*». Risulterebbe, quindi, mal posta l'idea di un obbligo dichiarativo con riferimento alle fattispecie elusive, visto che il disconoscimento del vantaggio fiscale verrebbe ad essere predicato solo con riferimento all'Amministrazione<sup>268</sup>). Si potrebbe, però, osservare che l'art. 37-bis, prima d'indicare l'effetto dei fatti, atti e negozi elusivi rispetto all'azione Amministrativa – i.e. il disconoscimento del vantaggio fiscale ottenuto – ne offre una chiara qualificazione sul piano ontologico costituendoli in termini di inopponibilità nei confronti del Fisco<sup>269</sup>). Tale norma prevede, infatti, che “sono” inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. Tale particolare formulazione appare rilevante sotto due distinti profili. In primo luogo, l'azione di disconoscimento attuata dall'Amministrazione non può che trovare nell'inopponibilità della fattispecie elusiva il suo presupposto logico-giuridico e non la sua conseguenza – pena un'insanabile circolarità e arbitrarietà nell'accertamento di tale fattispecie. L'azione amministrativa non avrebbe, quindi, alcuna valenza costitutiva rispetto alla natura elusiva della fattispecie oggetto di accertamento. In secondo luogo, se si muove dalla premessa secondo cui il primo comma dell'art. 37-bis conterrebbe la qualificazione giuridica dei fatti, atti e negozi da considerarsi elusivi e si osserva, come noto, che la realtà imponibile ed oggetto di dichiarazione non viene in rilievo soltanto per la sua valenza economica, ma anche – e

---

<sup>267</sup> BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, p. 222.

<sup>268</sup> Seguendo una tale impostazione si dovrebbe, in altri termini, assegnare una valenza costitutiva alla dichiarazione dei redditi e per implicazione all'avviso di accertamento, rispetto alla nascita dell'obbligazione tributaria. Sul dibattito tra le teorie dichiarative ovvero costitutive sulla funzione dell'avviso di accertamento si veda FANTOZZI, A., *Gli schemi teorici di attuazione del prelievo*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012 pp. 397-400.

<sup>269</sup> Si noti al riguardo che il precedente art. 10, L. 29 dicembre 1990, n. 408 si limitava ad affermare che «*E' consentito all'amministrazione finanziaria 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*». Nel testo della clausola antielusiva generale previgente all'art. 37-bis non sussisteva, dunque, una preliminare qualificazione in termini di inopponibilità della fattispecie elusiva nei confronti del Fisco, ancorché gli effetti generati da quest'ultime potessero poi essere disconosciuti dall'Amministrazione. Rispetto all'art. 37-bis la disposizione in commento sembra, quindi, effettivamente costruita come una norma procedimentale più che sostanziale con un ampio margine di discrezionalità per l'Amministrazione nell'esercizio del suo potere – tanto che si fa uso della locuzione “è consentito” anziché di un'espressione in termini di obbligo (BATTI, D., *Elusione fiscale: quali sanzioni?*, in *Il Fisco*, 17, 1995, p. 4132).

soprattutto – per la sua qualificazione giuridica<sup>(270)</sup>, non può che dedursi l'esistenza di un chiaro obbligo del contribuente a qualificare già in sede di autoliquidazione del tributo come inopponibili al Fisco quei fatti, atti e negozi che soddisfino i requisiti posti dall'art. 37-bis<sup>(271)</sup>.

Pertanto, ancorché l'*iter* logico-giuridico seguito dalla Corte di Cassazione risulti carente, non sembra che le condotte elusive accertate ai sensi dell'art. 37-bis possano dirsi radicalmente estranee al *genus* delle condotte realizzate in violazione di norme tributarie.

### 3.3 *La questione della (in)determinatezza delle condizioni di applicazione della sanzione per dichiarazione infedele nel caso delle condotte elusive*

Le considerazioni svolte potrebbero, tuttavia, ritenersi insufficienti per giustificare l'applicazione della sanzione per dichiarazione infedele nei confronti delle condotte elusive. Secondo parte della dottrina, infatti, la sanzione *de qua* presupporrebbe l'esistenza di un "occultamento" di fatti, atti e negozi imponibili, rinvenibile soltanto nelle condotte evasive<sup>(272)</sup>. Si potrebbe, quindi, sostenere che il fatto tipico definito dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 471/1997 non sia in realtà riferibile anche alle condotte accertate ai sensi dell'art. 37-bis visto che quest'ultime non presuppongono, né si risolvono, nell'occultamento di fatti imponibili<sup>(273)</sup>. Non può però essere trascurato che solo nella formulazione dell'omologa sanzione di matrice penalistica prevista dall'art. 4, D.Lgs. 74/2000, il Legislatore risulta aver espressamente incluso tra gli elementi costitutivi della fattispecie illecita l'esposizione nella dichiarazione di elementi passivi fittizi ovvero la mancata indicazione di elementi attivi effettivi<sup>(274)</sup>. Appare, quindi, difficile poter escludere le condotte elusive dall'ambito della fattispecie tipica definita dal citato art. 1,

---

<sup>270</sup> Tale aspetto è ben rappresentato in BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, pp. 211-214, soprattutto in relazione al tema dell'elusione fiscale.

<sup>271</sup> Se poi si accoglie la tesi avanzata dalla recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'art. 37-bis rappresenterebbe il "sintomo" (Cass., sez. trib., 25 maggio 2009, n. 12042, par. 4.2.5) dell'esistenza di un generale divieto dell'abuso del diritto da individuarsi nei termini di un divieto espressamente indirizzato al contribuente di non trarre vantaggi fiscali in contrasto con il principio costituzionale recato dall'art. 53 della Cost. (Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30057, par. 3.2) allora, quale mero sintomo del principio antiabuso, l'art. 37-bis non potrà che ritenersi anch'esso diretto al medesimo soggetto cui il citato principio si dirige – ossia il contribuente. Risulterebbe, quindi, confermata l'ipotesi di una valenza sostanziale dell'art. 37-bis.

<sup>272</sup> Sul punto BEGHIN, M., *La Cassazione prosegue nell'opera di "cesellatura" della nozione di abuso del diritto* (nota a Cass., sez. trib., 26 febbraio 2010, n. 4737, in *Corr. trib.*, 2010, 1348), secondo cui nell'elusione «il soggetto che elude non occulta ricchezza, la quale emerge, invece, attraverso una sequenza negoziale diversa rispetto ad altra sequenza che avrebbe generato [...] un maggior peso fiscale sull'operazione». Dello stesso autore si veda anche *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, p. 208.

<sup>273</sup> CORDEIRO GUERRA, R., *Non applicabilità delle sanzioni amministrative per la violazione del divieto di abuso del diritto*, in *Corr. trib.*, 10, 2009, p. 773.

<sup>274</sup> SANTAMARIA, B., *La frode fiscale*, Milano, 2011, p. 271 e segg. MANGIONE, A., *La dichiarazione infedele*, in *Diritto Penale Tributario*, a cura di MUSCO, E., Milano, 2002, p. 128 e p. 123.

D.Lgs. n. 471/1997<sup>(275)</sup>. Tuttavia, anche dal punto di vista della corrispondente sanzione penale per dichiarazione infedele pare si debba giungere alla stessa conclusione. Infatti, sebbene parte della dottrina ritenga che la nozione di fittizietà invocata dalla predetta norma debba essere intesa in senso naturalistico – cioè nel senso dell'inesistenza materiale –, escludendo con ciò – per le suddette ragioni – la rilevanza penale dell'elusione fiscale<sup>(276)</sup>, non può dimenticarsi che secondo un diverso orientamento<sup>(277)</sup> tale nozione andrebbe interpretata in un'ottica tributaria in cui la fittizietà non può che venire in rilievo anche sotto il profilo della semplice ineducibilità<sup>(278)</sup>. In tal modo dovranno intendersi fittizi anche quei costi che, seppur esistenti in senso materiale, risultano fiscalmente irrilevanti ossia inesistenti in un'ottica tributaria. Tale lettura dell'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000 appare, tutto sommato, condivisibile poiché se la nozione di fittizietà fosse interpretata nei termini di un'inesistenza in senso esclusivamente materiale allora tutti i casi di costi non deducibili in quanto non inerenti oppure dedotti in violazione dei limiti imposti dal Legislatore rimarrebbero impuniti nonostante si configuri un'imposta evasa. Una lettura in termini meramente naturalistici della nozione di fittizietà menzionata dall'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000 dovrebbe, quindi, essere respinta in quanto porterebbe ad

---

<sup>275</sup> MONTANARI, M., *Elusione fiscale senza sanzione?*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 2435-2436. Muovendo da questa prospettiva dovrebbe, quindi, respingersi l'ipotesi secondo cui per poter applicare la sanzione in commento alle condotte elusive sarebbe necessario ricorrere ad un'applicazione analogica *in mala partem* dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 471/1997. Infatti, tale norma sarebbe già di per sé applicabile a tali fattispecie. *Contra* FALSITTA, G., *Natura delle disposizioni contenenti "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37 bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, I, 5, 2010, pp. 546-548.

<sup>276</sup> LUPI, R., «Contestazioni interpretative» e sanzioni penali tra equilibrio di fondo ed «espedienti punitivi», in *Dialoghi Tributari*, 6, 2010, p. 605; MANGIONE, A., *op. cit.*, p. 127; MUCCIARELLI, F., *op. cit.*, p. 444. SANTAMARIA, B., *op. cit.*, pp. 274-275.

<sup>277</sup> GALLO, F., *op. cit. ult.*, p. 325. Viene, infatti, osservato che tale soluzione risulta maggiormente rispondente alla *ratio* della normativa, finalizzata a garantire la corretta percezione del tributo da parte dell'amministrazione finanziaria. Peraltro, viene rilevato che una tale conclusione troverebbe conferma nell'art. 7, D.Lgs. n. 74/2000 con cui viene esclusa la punibilità delle dichiarazioni non veritiere a causa della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza. Infatti, ove il Legislatore avesse voluto intendere in senso meramente naturalistico la nozione di fittizietà, allora il contenuto del citato art. 7 sarebbe del tutto superfluo – se non contraddittorio. In senso conforme ad una tale ricostruzione si veda anche PADOVANI, F., *Leggi speciali complementari, D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 4, 2007*, Milano, 2007, p. 1062 secondo cui, ragionando diversamente, non sarebbe possibile utilizzare la nozione di operazione inesistente definita dall'art. 1, comma 1, lett. a) del medesimo decreto. Anche in tal caso, infatti, non sarebbe corretto limitare il concetto di inesistenza ad una accezione naturalistica poiché nel caso di una fattura soggettivamente inesistente, ricompresa nella definizione di cui al citato comma 1, lett. a), la stessa può essere stata pagata a fronte di un'operazione sottostante realmente eseguita. Pertanto, poiché ciò non impedisce al Legislatore di considerare l'operazione come inesistente – sebbene materialmente eseguita – ciò evidenzerebbe che la nozione di inesistenza cui ci si deve riferire non può che avere un'accezione più ampia di quella naturalistica.

<sup>278</sup> Si ritiene, tuttavia, di dover condividere quanto affermato da altra dottrina secondo cui ai fini della individuazione dei costi ineducibili penalmente rilevanti la normativa tributaria non può ritenersi automaticamente rilevante (SANTAMARIA, B., *op. cit.*, p. 272). Infatti, molti degli strumenti giuridici a disposizione dell'Amministrazione finanziaria per giungere alla declaratoria di ineducibilità di un costo hanno natura presuntiva che ne impedirebbe, quindi, una immediata rilevanza sul piano penale.

una lampante svalutazione della rilevanza ed efficacia sul piano tributario della citata norma sanzionatoria.

Da questo punto di vista non sembra, quindi, che sussistano validi elementi per negare una potenziale rilevanza sanzionatoria, anche sul piano penale, dell'elusione fiscale accertabile ai sensi dell'art. 37-bis. È chiaro, infatti, che ragionando in questi termini nel caso di costi indicati come deducibili nella dichiarazione, ma qualificati come inopponibili al Fisco ai sensi dell'art. 37-bis, non potrà che giungersi alla conclusione secondo cui gli stessi devono ritenersi conformi alla nozione di elementi passivi fittizi di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000<sup>(279)</sup>.

Si deve però ricordare che secondo quanto precisato dalla Corte di Giustizia UE nella ricordata sentenza *Halifax* il fondamento normativo per la punibilità delle condotte elusive deve essere anche *chiaro ed univoco*<sup>(280)</sup>. Ciò significa che il rispetto del principio della riserva di legge assoluta operante in materia sanzionatoria può ritenersi realmente rispettato solo se conduce all'individuazione di una fonte legislativa da cui poter desumere in modo determinato i confini dell'illecito da elusione<sup>(281)</sup>. Tale esigenza si desume, peraltro, dal costante orientamento della Corte Costituzionale secondo cui «*la determinatezza (...) è un modo di essere delle norme (e dei suoi elementi) come risultano dagli enunciati legislativi, dall'interpretazione dei medesimi e dal loro precisarsi attraverso l'applicazione*»<sup>(282)</sup> al fine di evitare, per un verso, «*che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le*

---

<sup>279</sup> PADOVANI, F., *op. cit.*, p. 1067.

<sup>280</sup> Tale principio era stato già espresso dalla Corte di Giustizia con la sentenza 25 settembre 1984, “*Könecke*”, causa C-117/83, secondo cui «*in proposito, va posto in rilievo che una sanzione, anche di natura non penale, può essere inflitta solo qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivoco*». Cfr. FALSITTA, G., *op. cit.*, p. 548; CENTORE, P., *Gli effetti dell'abuso di diritto secondo la Cassazione*, in *I'IVA*, 8, 2010, p. 15 nonché CORDEIRO GUERRA, R., *op. cit.*, p. 776; SALVINI, L., *L'elusione IVA nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Corr. trib.*, 39, 2006, p. 3100.

<sup>281</sup> PAGLARO, A., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. II, Milano, 2009, p. 340; FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto Penale*, Bologna, 2010, p. 226. In ambito penalistico – ma anche amministrativo (TUCCARI, F.F., *Il principio di determinatezza*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di CAGNAZZO, A. e TOSCHEL, S., Torino, 2011, p. 263 e segg.) – la determinatezza delle fattispecie sanzionatorie attiene, come noto, all'idoneità del dato legislativo ad essere precisamente conosciuto ed univocamente accertato in sede processuale (PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, p. 1). In quest'ottica le norme sanzionatorie oltre che tipiche risulteranno determinate se la loro applicazione al caso di specie potrà dirsi certa, in virtù del loro contenuto semantico, e riscontrabile come tale in sede processuale (MARINUCCI, G., DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, pp. 199 e segg.). Diversamente, i principi di riserva di legge e tipicità potrebbero risultare facilmente eludibili ove ci si dovesse fermare a verificare la sola fonte delle norme sanzionatorie e non anche la loro tecnica di formulazione (PALIERO, C., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Padova, 1988, p. 184).

<sup>282</sup> 15 maggio 1989, n. 247.

*conseguenze giuridico-penali della propria condotta»*<sup>(283)</sup>. Secondo la Corte, infatti, «*il principio di legalità viene rispettato dal legislatore non solo con la tassativa descrizione dei fatti di reato, ma, altresì, con il ricorso a nozioni proprie dell'intelligenza comune, che consentono di individuare con certezza il precetto e di giudicare se una condotta lo abbia o meno violato»*<sup>(284)</sup>.

Pertanto, ai fini di una valutazione critica dell'impostazione assunta dalla Corte di Cassazione con riferimento alla rilevanza sanzionatoria dell'art. 37-bis, occorre chiedersi se così procedendo, nonostante l'individuazione di un riferimento legislativo per l'applicazione di una sanzione, si sia giunti a definire in modo determinato (oltre che tassativo) l'illecito da elusione fiscale<sup>(285)</sup>.

In via preliminare si può osservare che è lo stesso meccanismo applicativo dell'art. 37-bis a rendere indeterminati i confini di un illecito che venga direttamente ricavato dal contenuto "descrittivo" di tale articolo. Come ricordato, l'applicazione dell'art. 37-bis non si fonda sull'apprezzamento di parametri specifici, di tipo numerico o temporale, come avviene per l'applicazione delle comuni norme tributarie – si pensi, ad esempio, al caso degli ammortamenti o delle soglie di deducibilità di taluni componenti negativi –, ma dipende dall'esercizio di una particolare attività valutativa finalizzata al confronto economico-giuridico di diverse operazioni realizzabili dal contribuente al fine di individuare quella che, rispetto alle altre, assume valenza fisiologica relativamente ai principi del sistema e alla *ratio* delle norme invocate. Ciò comporta, evidentemente, l'esercizio di un'attività valutativa caratterizzata da un ampio margine di opinabilità con la conseguente impossibilità di ritenere conoscibili *a priori* in modo univoco le fattispecie illecite ai sensi dell'art. 37-bis<sup>(286)</sup>. Quale esemplificazione di tale circostanza non può non citarsi il caso delle cessioni di partecipazioni societarie precedute dal conferimento di un'azienda. È noto, infatti, che rispetto a tali operazioni si è venuto a determinare un marcato contrasto all'interno della giurisprudenza<sup>(287)</sup> rispetto alla possibilità di

---

<sup>283</sup> 30 luglio 2008, n. 327.

<sup>284</sup> 9 giugno 1971, n. 125

<sup>285</sup> Cfr. MUCCIARELLI, F., *op. cit.*, p. 426.

<sup>286</sup> Non è un caso, infatti, che il Legislatore abbia subordinato l'applicazione dell'art. 37-bis all'attuazione di un procedimento di cui è parte essenziale ed imprescindibile un confronto in chiave di contraddittorio tra contribuente ed Amministrazione finanziaria avente ad oggetto proprio la verifica dell'effettiva valenza elusiva della fattispecie considerata dall'Amministrazione.

<sup>287</sup> In senso favorevole ad una lettura elusiva delle fattispecie *de qua* si segnala: CTR Emilia Romagna, 4 dicembre 2006, n. 34 del; CTP Firenze, 5 novembre 2007, n. 150; CTP Firenze, 29 settembre 2009, n. 90; CTP Reggio Emilia, 9 ottobre 2009, n. 190 del; CTR Emilia Romagna, 16 giugno 2009, n. 78; CTR Emilia Romagna, 26 maggio 2009, n. 92; CTP Milano, 30 settembre 2009, n. 230; CTR Emilia Romagna, 3 maggio 2010, n. 61; CTR Piemonte, 12 febbraio 2010, n. 10; CTP Ravenna, 17 maggio 2010, n. 4; CTR Lombardia, 13 gennaio 2011, n. 36. In senso contrario: CTP Treviso, 22 aprile 2009, n. 41; CTP Milano, 19 novembre 2010, n. 388; CTP Prato, 29 giugno 2011, n. 65; Comm. Trib. Il grado Bolzano, 5 agosto 2011, n. 59. Sul punto BEGHIN, M., *L'imposta di registro e l'interpretazione degli atti incentrata sulla sostanza economica nell'«abracadabra» dell'abuso del diritto*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2, 2010, p. 158 nonché CORASANITI, G., *L'art. 20 del T.U. dell'imposta di registro e gli strumenti di contrasto all'elusione: brevi spunti ricostruttivi a margine di due contrastanti pronunce della giurisprudenza di merito*, in *Dir. prat. trib.*, 3, 2010, p. 565; MARONGIU, G., *L'abuso del diritto nella*



riqualificare tali operazioni in chiave antielusiva come cessioni d'azienda ai fini dell'imposta di registro, nonostante sussista in modo inequivocabile una scelta legislativa di segno opposto nel settore delle imposte dirette espressa dall'art. 176, comma 3 del t.u.i.r.<sup>(288)</sup>. Ebbene un tale esempio non può che considerarsi quale prova tangibile dell'assenza di quella «ragionevole prevedibilità tenuto conto della ratio delle norme, della loro finalità e del loro inserimento sistematico» cui si riferiva la Corte di Cassazione nella sentenza n. 7739/2012 per giustificare la rilevanza sanzionatoria dell'art. 37-bis alla luce del contenuto del principio di legalità. A tale riguardo parte della dottrina ha ritenuto di individuare nel requisito delle valide ragioni economiche la causa dell'incompatibilità tra le modalità di applicazione dell'art. 37-bis ed i principi del diritto punitivo, essendo tale requisito «elemento al cui interno si insiederebbero spazi inammissibili di discrezionalità giudiziaria, difficilmente gestibili, a causa dell'elevato tecnicismo di molte operazioni economiche»<sup>(289)</sup>. È stato, infatti, osservato che proprio attraverso l'utilizzo di un tale requisito l'applicazione dell'art. 37-bis verrebbe ad accompagnarsi, in modo costitutivo, ad un margine di manovra troppo ampio per poter dire che l'agente sia in grado di separare, attraverso la lettura dell'art. 37-bis, i fatti illeciti da quelli leciti in modo chiaro, univoco ed in via preventiva rispetto alla realizzazione della condotta prospettata<sup>(290)</sup>. Ed, in vero, sia la prassi amministrativa che diversi arresti della giurisprudenza di merito sembrano indirettamente confermare una tale conclusione. Basti pensare al caso delle operazioni di scissione in cui proprio l'assenza di una precisa disciplina legislativa in merito al requisito delle valide ragioni economiche ha condotto l'Amministrazione<sup>(291)</sup> a valutazioni non uniformi e spesso tra loro assai divergenti. In tal

---

legge di registro tra principi veri e principi asseriti, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2013, p. 361. In senso conforme ad una lettura elusiva si è espressa anche la Corte di Cassazione anche se su fattispecie soltanto simili a quella in commento: Cass., sez. trib., 23 novembre 2001, n. 14900; Cass., Sez., Trib., 25 febbraio 2002, n. 2713; Cass., sez. trib., 7 luglio 2003, n. 10660; Cass., sez. trib., 26 novembre 2007, n. 24552; Cass., sez. trib., 4 marzo 2007, n. 10273; Cass., sez. trib., 31 agosto 2007, n. 18374; Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772. Per gli orientamenti più risalenti si veda ZOPPINI, G., *Prospettiva critica della giurisprudenza "antielusiva" della Corte di Cassazione (1969-1999)*, in *Riv. dir. trib.*, 11, 1999, p. 932. In favore dell'applicabilità dell'art. 37-bis all'imposta di registro si veda Cass., sez. trib., 24 luglio 2013, n. 17956, *contra* Cass., sez. trib., 19 giugno 2013, n. 15319 – su tale questione si veda MARONGIÙ, G., *op. cit.*, p. 367 e segg.

<sup>288</sup> Ai sensi del comma 3 dell'art. 176 del t.u.i.r. viene, infatti, disposta l'irrelevanza ai fini dell'art. 37-bis delle operazioni articolate in un conferimento neutrale d'azienda seguito dalla cessione delle partecipazioni nella conferitaria in regime di *participation exemption*.

<sup>289</sup> FLICK, G.M., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 485.

<sup>290</sup> LUNGHINI, G., *Elusione e principio di legalità: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2006, pp. 663 e segg.

<sup>291</sup> Si vedano al riguardo, a titolo esemplificativo, i seguenti pareri dell'oramai abrogato comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive: n. 4 del 13 maggio 1998, n. 28 del 23 dicembre 1998, n. 8 dell'8 marzo 1999, n. 29 del 7 dicembre 1999, n. 32 del 14 dicembre 1999, n. 33 del 2 dicembre 1999, n. 5 del 18 luglio 2001, n. 3 del 4 aprile 2003, n. 9 del 25 marzo 2003, n. 16 del 20 ottobre 2003, n. 19 del 23 dicembre 2003, n. 2 del 24 febbraio 2004, n. 9 del 7 aprile 2004, n. 32 del 19 gennaio 2005, n. 5 del 3 marzo 2005, n. 13 del 20 luglio 2005 e n. 17 del 28 luglio 2005, n. 19 e n. 21 del 28 settembre 2005, n. 24 del 12 ottobre 2005, n. 34 del 20 ottobre 2005, n. 38 del 14 ottobre 2005,

senso non sembra che il problema in questione possa essere risolto ricordando che per la Corte Costituzionale il requisito della determinatezza non si tradurrebbe in un divieto assoluto ad utilizzare concetti vaghi o “elastici” nella formulazione delle norme sanzionatorie. Nella sentenza interpretativa di rigetto 16 maggio 1989, n. 247 la Corte ha, infatti, dichiarato infondata la questione di costituzionalità sollevata con riferimento al parametro della determinatezza rispetto al concetto elastico di “*in misura rilevante*” utilizzato dal Legislatore per individuare il reato di dichiarazione infedele previsto dall’ormai abrogato art. 4, n. 7, L. n. 516 del 7 agosto 1982<sup>(292)</sup>. Secondo la Corte, infatti, il requisito della “*misura rilevante*” veniva in rilievo non quale elemento costitutivo del fatto illecito, ma quale mera condizione di punibilità dello stesso, e, pertanto, doveva ritenersi estraneo ad un eventuale sindacato di determinatezza<sup>(293)</sup>. Tuttavia, al di là della correttezza della posizione raggiunta dalla Corte – verso la quale, lo si ricorda, la prevalente dottrina<sup>(294)</sup> ha nutrito, non a torto, più di una perplessità – il ragionamento

---

n. 40 del 3 novembre 2005, n. 41 e n. 43 del 17 novembre 2005, n. 45 del 16 novembre 2005, n. 49 del 13 dicembre 2005, n. 50 del 20 dicembre 2005 e n. 51 del 9 gennaio 2006, n. 9 e n. 11 del 12 aprile 2006, n. 17, n. 18 del 22 maggio 2006 e n. 21 del 16 maggio 2006, n. 24 del 25 luglio 2006, n. 22 del 15 maggio 2007 e n. 28 del 22 giugno 2007. Si vedano anche le risoluzioni n. 32/E e n. 33/E del 23 marzo 2001 e n. 114/E del 6 luglio 2001. Sul punto BELLUZZO, L., LO PRESTI VENTURA, E., *Scissioni ed elusione alla luce dei recenti pareri del Comitato consultivo*, in *Il Fisco*, 1, 2005, p. 5137; CARRIROLO, F., *Ipotesi di scissione societarie elusiva e non*, in *Il Fisco*, 27, 2009, p. 4393; ZANONI, S., BERTOLASO, P., *Un test di valutazione, ai fini dell’applicabilità dell’art. 37 bis d.p.r. n. 600, alle operazioni di scissione: disamina di sessantotto pareri del comitato consultivo norme antielusive dall’anno 1998 ai primi mesi del 2007* in *Il Fisco*, 1, 2007, p. 3858; DE STEFANI, L., *Strategie diverse, si alla scissione*, in *Il Sole24Ore*, 19 settembre 2007, p. 32; DOMINICI, C., DANOVÌ, A., *Le operazioni di scissione di rami aziendali e di complessi immobiliari*, in *Corr. trib.*, 38, 2001, p. 2863.

<sup>292</sup> «È punito con la reclusione fino a cinque anni e con la multa fino a lire dieci milioni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o l’imposta sul valore aggiunto o di conseguire un indebito rimborso ovvero di consentire l’evasione o indebito rimborso a terzi: (...) 7) essendo titolare di redditi di lavoro autonomo o di impresa, redige le scritture contabili obbligatorie, la dichiarazione annuale dei redditi ovvero il bilancio o rendiconto ad essa allegato occultando componenti positivi del reddito o esponendo componenti negativi fittizi, tali da alterare in misura rilevante il risultato della dichiarazione».

<sup>293</sup> Afferma, infatti, la Corte che «la “misura rilevante” indica (...) il “peso” del carico offensivo del delitto ma non entra, non fa parte della qualità offensiva del delitto stesso». In tal senso, prosegue la Corte, «la “misura rilevante” non concorre a determinare il discrimine tra lecito ed illecito ed ha (...) la funzione di selezionare tra i fatti di alterazione del risultato della dichiarazione (tutti già “meritevoli di pena”, in quanto potenzialmente violativi del bene giuridico tutelato) quelli da sottoporre a concreta punizione (quelli per i quali si pone un’ “esigenza effettiva di pena”) la stessa misura non deve sottostare all’esigenza di determinatezza in funzione di garanzia della libertà individuale (già assicurata da tutti gli elementi, oggetto del dolo, costitutivi dell’offesa tipica: la “certezza” prodotta dalla determinatezza di questi ultimi elementi garantisce, infatti, la libera scelta del lecito o dell’illecito)».

<sup>294</sup> Le maggiori perplessità hanno riguardo la tesi espressa dalla Corte Costituzionale secondo cui “la misura rilevante” doveva essere qualificata come un mera condizione di punibilità e, pertanto, doveva ritenersi estranea al sindacato di determinatezza in quanto non ricompresa tra gli elementi costitutivi del reato. Per una sintesi del dibattito sorto con riferimento a tale questione si rimanda a SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2009, p. 65 e segg. Con riferimento al D.Lgs. n. 74/2000 può, tuttavia, essere sottolineata la prevalenza della tesi secondo cui le soglie di punibilità dovrebbero essere incluse tra gli elementi costitutivi del reato (Cfr. SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 213 e BERSANI, G., *Ancora sulla*

proposto dai giudici – ove lo si volesse recuperare – non sembra poter intaccare le considerazioni finora svolte. Si deve, infatti, ricordare che ai sensi del primo comma dell'art. 37-bis la presenza di valide ragioni economiche non opera come una mera condizione di punibilità<sup>(295)</sup>, ma esplica i suoi effetti quale “scriminante” rispetto all'integrazione del fatto elusivo accertabile ai sensi del citato articolo<sup>(296)</sup>.

Ne consegue che ove l'illecito da elusione fiscale fosse definito – come suggerito dalle ricordate sentenze della Corte di Cassazione – mediante un diretto rinvio all'art. 37-bis, il concetto elastico di “valida ragione economica” entrerebbe a far parte degli elementi costitutivi del fatto (illecito) – seppur come elemento negativo dello stesso.

Pertanto, l'illecito da elusione continuerebbe a soffrire di insufficiente indeterminatezza.

La questione è poi inevitabilmente destinata a complicarsi ove si ritenga di accogliere quell'orientamento della dottrina secondo cui il principio antiabuso affermato dalla Corte di Cassazione altro non sarebbe che un'interpretazione *abrogans* del comma 3° dell'art. 37-bis che – come noto – indica la tipologia di operazioni che devono essere realizzate nell'ambito del comportamento elusivo affinché quest'ultimo possa essere a tal titolo accertato dall'Amministrazione<sup>(297)</sup>. Infatti, come segnalato dalla dottrina, l'indeterminatezza dell'illecito da elusione fiscale non potrebbe che acuirsi ove venga accolta un'«interpretazione giurisprudenziale dell'art. 37-bis che (...) legando la disposizione ad un supposto principio costituzionale antielusione, ne valica progressivamente i confini applicativi facendone una clausola (in tutti i sensi) generalissima»<sup>(298)</sup>. In tal senso, nella tacita abrogazione del comma 3° potrebbe essere intravisto un ulteriore depauperamento, sotto il profilo della determinatezza, dell'art. 37-

---

*dichiarazione fiscale*, in *Il Fisco*, 42, 2001, p. 13705). A tale riguardo può, inoltre, ricordarsi che nella stessa relazione ministeriale al D.Lgs. n. 74/2000 si affermava che «il delitto resti integrato (...) solo quando la falsa indicazione in dichiarazione degli elementi attivi o passivi porti al superamento congiunto di due soglie (da considerarsi alla stregua di altrettanti elementi costitutivi del reato, e che, in quanto tali, debbono essere investiti dal dolo)».

<sup>295</sup> Al riguardo non può non ricordarsi come sia ancora dibattuta la possibilità di qualificare le condizioni obiettive di punibilità, intese quali condizioni per l'applicazione della sanzione penale, all'interno degli elementi del reato, così che dalla loro assenza possa o meno seguire un giudizio di non integrazione del fatto criminoso o, in alternativa, di mera “non punibilità” di un fatto comunque espressivo di offensività (cfr. PAGLIARO, A., *Il Reato*, in *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale*, diretto da GROSSO, C.F., PADOVANI, T., PAGLIARO, A., Milano, 2007, pp. 225 e segg.). Tuttavia, volendo seguire per amore della discussione il ragionamento proposto dalla Corte Costituzionale, le condizioni di punibilità dovrebbe intendersi esterne alla struttura del reato e, pertanto, verrebbero a contrapporsi alle scriminanti intese quali elementi negativi del fatto criminoso dalla cui presenza discende, necessariamente, la sua mancata integrazione. In tal senso, quindi, l'elemento delle “valide ragioni economiche” non opererebbe nei termini di una “condizioni obiettiva di punibilità” ma come una “scriminante”.

<sup>296</sup> VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1615 (si veda in particolare il § 4).

<sup>297</sup> TESAURO, F., *La motivazione degli atti di accertamento antielusivi ed i suoi riflessi processuali*, in *Corr. trib.*, 2009, 44, 3637.

<sup>298</sup> FLICK, G.M., *op. cit.*, p. 485.

bis atteso che in tal modo verrebbe ad essere rimosso quel minimo di indicazioni circa i confini applicativi di tale norma. Non sembra, però, che da una tale riflessione possa essere ricavata la conclusione secondo cui le difficoltà segnalate dovrebbero ritenersi superabili facendo presente che i casi di applicazione della sanzione per dichiarazione infedele a fronte di condotte elusive risulterebbero *eo ipso* tassativi essendo, di fatto, coincidenti con quelli indicati al comma 3° dell'art. 37-bis. Infatti, da un lato, la questione della tassatività deve essere tenuta distinta da quella della determinatezza<sup>(299)</sup> e, dall'altro, il comma 3° non indica *stricto sensu* i casi di applicazione dell'art. 37-bis, ma si limita a menzionare, peraltro in termini amplissimi, soltanto le operazioni "tipo" che devono essere realizzate nell'ambito del comportamento elusivo affinché sia accertabile ai sensi dell'art. 37-bis – senza però puntualizzare in alcun modo i confini propri di tale comportamento<sup>(300)</sup>. In tal senso, il contributo del comma 3° sul piano della determinatezza (se non anche su quello della tassatività) appare comunque modesto.

Ad ogni modo ciò che appare con sufficiente evidenza è che se fosse accolta l'impostazione assunta dalla Corte di Cassazione, e dall'art. 37-bis fosse ricavata in modo diretto la definizione dell'illecito da elusione fiscale, si sarebbe di fronte ad un'ipotesi in cui non soltanto i confini dell'illecito risulterebbero esposti al ruolo creativo del giudice o alla discrezionalità amministrativa, ma si renderebbe del tutto impossibile l'apprezzamento in via preventiva ed univoca delle conseguenze giuridico-punitive della condotta assunta. In tal senso l'impostazione suggerita dalla Corte di Cassazione potrebbe ritenersi non conforme al chiaro principio enunciato dalla Corte Costituzionale secondo cui i reati devono essere individuati in modo tale da «*garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta*»<sup>(301)</sup>.

---

<sup>299</sup> Come noto la prima questione si traduce nel noto divieto di *analogia in mala partem*, mentre la seconda riguarda un modo di essere delle norme teso alla precisa e puntuale formulazione dei precetti da cui ricavare la distinzione tra fatti leciti ed illeciti. Sul punto valga per tutti PADOVANI, F., *Diritto Penale*, Milano, 2008, pp. 26-27.

<sup>300</sup> Cfr. TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, p. 235.

<sup>301</sup> Sentenza del 30 luglio 2008, n. 327. Peraltro, sempre in un'ottica penalistica, non può dimenticarsi che i reati contemplati dal D.Lgs. n. 74/2000 richiedono la presenza dell'elemento soggettivo del dolo intenzionale di evasione che, tuttavia, difficilmente potrebbe ritenersi sussistente nel caso delle condotte elusive *ex art.* 37-bis. L'ampio margine di discrezionalità nei confini applicativi dell'art. 37-bis appare, infatti, maggiormente compatibile con la presenza di un dolo di tipo eventuale (FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo II - Accertamento e sanzioni*, a cura di FALSITTA, G., Padova, 2011, p. 568; FERLAZZO NATOLI, L., *La frode fiscale (art. 4, n. 7, l. 1982, n. 516)*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1988, p. 1353; CARACCIOLI, I., *Il concetto di "simulazione" e "dissimulazione" del reddito*, in *Il Fisco*, 9, 1987, p. 1364). In tal senso, anche da un punto di vista dei requisiti soggettivi, l'idoneità delle condotte elusive ad integrare il fatto tipico menzionato dal citato art. 4, D.Lgs. n. 74/2000 verrebbe ad essere fortemente ridimensionata (cfr. FICARI, V., *La rilevanza penale dell'elusione/abuso: quali regole da un caso concreto?*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2013, p. 86). La Cassazione, tuttavia, non risulta aver rintracciato in tale aspetto un possibile profilo di criticità nella contestazione del reato di dichiarazione infedele nei confronti delle condotte elusive (si veda il § 4.5 della richiamata sentenza n. 7739/2012).

In quest'ottica, di sicuro rilievo in ambito penalistico<sup>(302)</sup> ma non per questo irrilevante in ambito amministrativo<sup>(303)</sup> – soprattutto ove si prenda atto dell'impronta penalistica che anima il vigente sistema sanzionatorio amministrativo-tributario<sup>(304)</sup> –, il ragionamento seguito dalla Cassazione nelle ricordate sentenze potrebbe ritenersi

<sup>302</sup> MANGIONE, *op. cit.*, p. 128 e p. 130.

<sup>303</sup> TUCCARI, F.F., *Il principio di determinatezza*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di CAGNAZZO, A. e TOSCHEI, S., Torino, 2011, p. 251; PAGLIARI, G., *Il principio di legalità*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di CAGNAZZO, A. e TOSCHEI, S., Torino, 2011, p. 21. Si deve, infatti, ricordare che le norme sanzionatorie, diversamente da quelle tributarie sono oggetto di riserva di legge assoluta ai sensi dell'art. 25 Cost., mentre le seconde sono coperte dalla riserva di legge relativa ex art. 23 Cost. Pertanto, come rilevato dalla dottrina, le norme sanzionatorie risultano regolate anche dai principi di sufficiente determinatezza, irretroattività e divieto di analogia in mala partem (SANTAMARIA, B., *op. cit.*, pp. 55-56). Sull'applicabilità dell'art. 25 Cost. anche alle sanzioni amministrative si veda MANZONI, I., VANZ, G., *op. cit.*, pp. 482-484 secondo cui non vi sarebbe alcun ostacolo ad interpretare il concetto di pena menzionato dall'art. 25 Cost. includendovi anche le misure afflittive di natura pecuniaria irrogate mediante un procedimento diverso da quello del processo penale. Si sostiene, infatti, che l'opposta tesi condurrebbe all'assurdo di negare le tutele costituzionali previste dal citato art. 25 soltanto perché, anche ove fosse considerata la più grave delle sanzioni, la sua irrogazione verrebbe ad essere attuata al di fuori del processo penale. Pertanto, ad avviso di tale dottrina, il concetto di pena rilevante ai fini dell'art. 25 Cost. non è quello giuridico-formale, ma quello sostanziale che trae fondamento dalla natura afflittiva della pena. Ebbene, considerato che tale aspetto unisce sia le sanzioni penali che amministrative, non può che giungersi alla conclusione secondo cui l'art. 25 Cost. – unitamente ai suddetti corollari della determinatezza, irretroattività e divieto di analogia – deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni di natura amministrativa. Sulla necessità di equiparare le sanzioni amministrative a quelle penali può essere utile ricordare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza *Jussila c. Finlandie* del 23 novembre 2006, si è espressamente soffermata sulla natura delle sanzioni amministrative tributarie ritenendole assimilabili alle "accuse in sede penale" proprio in virtù della loro finalità punitivo-afflittiva e non compensatoria (PERRONE, L., *Diritto tributario e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. trib.*, 3, 2007, p. 675; GREGGI, M., *Giusto processo e diritto tributario europeo: la prova testimoniale nell'applicazione della CEDU (il caso Jussila)*, in *Rass. trib.*, 1, 2007, p. 228). La Corte ha, quindi, precisato che ogni volta che una sanzione abbia una funzione afflittiva s'impone, in primo luogo, la necessità di verificare che il controllo giurisdizionale sull'irrogazione della medesima sia svolto secondo i modi e le forme più garantistici previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Con riferimento al principio di legalità operante in materia sanzionatoria appare, quindi, opportuno ricordare che secondo la citata Corte «si può considerare "legge" solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta; eventualmente facendo ricorso a consigli chiarificatori, questi deve essere in grado di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato» (Sentenza del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*). Se ne deduce, quindi, che anche con riferimento alle sanzioni previste dai decreti n. 471 e n. 472 del 1997, aventi un'evidente funzione afflittiva (cfr. RIONDATO, S., in *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di MOSCHETTI, F. e TOSI, L., Padova, 2000 pp. 7-8), devono ritenersi operanti le garanzie offerte dall'art. 25 Cost. e, segnatamente, quella rinvenibile nella sufficiente determinatezza delle fattispecie illecite.

<sup>304</sup> Sulla matrice penalistica del sistema sanzionatorio amministrativo-tributario si è espressa, oltre alla dottrina (*ex pluribus*: LUPI, R., *Diritto Tributario. Parte generale*, Milano, 2005, p. 280; SANTAMARIA, B., *op. cit.*, p. 357; RIONDATO, S., *op. cit.*, p. 126), anche l'Amministrazione con la circolare n. 180/E del 10 luglio 1998 secondo cui «l'art. 3, comma 133 della legge n. 662/1996 (...) nel fissare i criteri direttivi per il legislatore delegato, ha orientato la propria scelta verso una marcata accentuazione dell'impronta penalistica di alcuni istituti, in modo da avvicinare il più possibile alle figure criminose gli illeciti di natura amministrativa». Più in generale, sull'estrema vicinanza tra le due tipologie di sistemi sanzionatori si veda FIANDACA, G., MUSCO, E., *op. cit.* p. 148.

incompleto avendo mancato di verificare la chiarezza ed univocità del riferimento normativo individuato per giustificare la punibilità delle condotte elusive accertabili ex art. 37-bis<sup>(305)</sup>.

Si noti, peraltro, che ad avviso della prevalente dottrina<sup>(306)</sup>, l'esercizio intellettuale alla base dell'applicazione dell'art. 37-bis non sarebbe di tipo ermeneutico, poiché l'elusione fiscale avrebbe inizio proprio ove terminano i confini dell'interpretazione delle norme.

---

<sup>305</sup> Incidentalmente può essere rilevato che una questione simile si era posta con riferimento alla formulazione del reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., vigente prima delle modifiche recate dall'art. 13, L. 16 luglio 1997, n. 234, in cui la fattispecie tipica risultava così definita: «*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni*». A tale riguardo la dottrina prevalente aveva, infatti, rilevato che «*il richiamo al generico concetto di abuso di ufficio, l'unico utilizzato per determinare i contorni della condotta punibile, non era infatti idoneo a fornire alcun indirizzo interpretativo preciso, e consentiva all'autorità giudiziaria di sostituire, con un margine di discrezionalità addirittura quasi più ampio di quello precedente, la propria valutazione dell'imparzialità o dell'opportunità dell'atto a quella compiuta dall'autorità amministrativa*» (GROSSO, C.F., *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Il Foro*, 5, 1999, p. 329; in senso conforme, tra gli altri, anche: FIANDACA, G., MUSCO, E., *op. cit.*, p. 236; SEMINARA, S., *Il delitto di abuso d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1992, p. 562; ARIANO, C., *L'abuso d'ufficio ed il sindacato del giudice penale*, in *Innovazione e diritto*, 1, 2006, p. 49). In tal senso anche la Corte di Cassazione, sez. II pen., 4 dicembre 1997, ha riconosciuto che «*il legislatore, peraltro, ristrutturando il delitto di abuso si sforzò di descrivere il fatto punibile con una certa precisione, e ciò al fine di evitare che un'eccessiva genericità della norma penale potesse consentire incursioni dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri in settori riservati alla discrezionalità della pubblica amministrazione. Come è ben noto, la riforma del 1990 non produsse gli effetti voluti dai suoi compilatori, ed anzi il reato di abuso, nella prassi, fu dilatato al punto che la paralisi di alcuni importanti settori della pubblica amministrazione è stata attribuita alla sua presenza ed al conseguente incombente rischio di sconfinamenti del giudice penale nella sfera amministrativa. Da tali precedenti storici è nata la riforma del 1997, il cui fine dichiarato è quello di limitare il controllo penale sull'attività dei pubblici amministratori entro confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri. Per conseguire tale scopo, il legislatore ha descritto la fattispecie punibile in maniera ancora più precisa che in precedenza, così statuendo*». Seppure in ambito assai diverso da quello che ci occupa non può non rilevarsi come, anche in tal caso, a fronte dell'ingresso del vago concetto di "abuso" nella definizione della fattispecie criminosa, sia stata rilevata un'inaccettabile indeterminazione dell'ipotesi sanzionatoria così definita.

<sup>306</sup> *Ex pluribus* LUPI, R., *op. cit. ult.*, p. 105 secondo cui «*il problema dell'elusione nasce quando il comportamento del privato non può essere contrastato in via interpretativa, altrimenti la scappatoia si rivela inconsistente, e il comportamento elusivo fallisce*». Si veda anche LUPI, R., *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 226, nonché LUPI, R., *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 411; in senso conforme, seppur con alcune cautele, MELIS, G., *op. cit.*, p. 229 secondo cui «*se lo strumento interpretativo è applicabile, il contribuente pone in essere non una fattispecie "diversa" da quella prevista dalla norma, ma una fattispecie che continua a ricadere nell'ambito di applicazione di quest'ultima*». Peraltro, ad avviso del medesimo autore un eventuale approccio interpretativo all'elusione fiscale risulterebbe ad ogni modo incongruo in quanto – diversamente dalla diversa metodologia fondata sulla categoria della frode alla legge – non consentirebbe di isolare le operazioni a finalità elusiva (MELIS, G., *op. cit.*, p. 243). Infatti, l'opera dell'interprete non può che considerare la fattispecie astratta definita dalla norma e, quindi, le modalità di applicazione della stessa nella generalità dei casi e non soltanto, quindi, in quelli di natura elusiva. Pertanto, ove le norme fossero da interpretare in chiave antielusiva gli effetti di tale attività – che generalmente si traducono in una lettura restrittiva della norma – potrebbero finire per pregiudicare il trattamento di fattispecie che nulla hanno a che vedere con l'elusione fiscale.

La questione sollevata non pare, quindi, che possa essere affrontata come un problema di incertezza interpretativa risolvibile ricordando quanto affermato dalla Corte Costituzionale secondo cui il principio di determinatezza risulta rispettato anche ove, nonostante l'iniziale oscurità del testo normativo, «attraverso un'analisi ermeneutica che può risultare di minore o maggiore difficoltà, siano rinvenibili elementi sufficienti per l'individuazione del precetto e della sanzione»<sup>(307)</sup>.

È evidente, infatti, che se l'applicazione dell'art. 37-bis non dipende da un esercizio di tipo ermeneutico rispetto al significato delle norme impositive sostanziali, non si vede come la determinatezza dell'illecito da elusione possa essere garantita nel senso indicato dalla Corte Costituzionale<sup>(308)</sup>.

In conclusione, non sembra che vi sia modo di garantire *a priori* la “ragionevole prevedibilità” cui si riferisce la Corte di Cassazione per giustificare ai sensi del principio di legalità la rilevanza sanzionatoria dell'art. 37-bis.

Pertanto, nei confronti delle condotte elusive accertabili ai sensi dell'art. 37-bis, le sanzioni non dovrebbero semplicemente essere disapplicate per obiettive condizioni di incertezza, ma dovrebbero essere ritenute *ab origine* illegittime<sup>(309)</sup>.

#### 3.4 Sanzioni e conflitti di qualificazione tra abuso del diritto ed art. 37-bis

Rispetto alle considerazioni svolte un ulteriore ed automa fonte di criticità rispetto all'impostazione assunta dalla Corte di Cassazione potrebbe essere ravvisata nel diverso

---

<sup>307</sup> Sentenza, del 29 marzo 1993, n. 122.

<sup>308</sup> Se, invece, si muove dalla diversa posizione secondo cui l'art. 37-bis sarebbe una norma sull'interpretazione di norme e che, quindi, la sua applicazione venga a dipendere da un esercizio di tipo ermeneutico fondato sul meccanismo dell'analogia, l'inapplicabilità delle sanzioni risulterebbe giustificata indipendentemente da ogni considerazione sul requisito di determinatezza, essendo sufficiente richiamare il noto divieto di *analogia in mala partem* operante in ambito sanzionatorio (FALSITTA, G., *op. cit. ult.*, pp. 547-548; MUCCIARELLI, F., *op. cit.*, p. 449).

<sup>309</sup> L'esimente in parola presuppone, infatti, l'esistenza di un errore (scusabile) e, quindi, della possibilità di individuare il comportamento alternativo corretto da cui desumere, appunto, l'erroneità del comportamento tenuto. L'esimente agisce, quindi, sul piano dell'elemento psicologico rendendo la violazione non colpevole e, pertanto, incapace di essere colpita da una sanzione (cfr. LOGOZZO, M., *L'obiettiva incertezza della legge nella violazione degli obblighi tributari*, in *Rass. trib.*, 4, 1998, pp. 992-993; FIANDACA, G., MUSCO, E., *op. cit.*, p. 256). Ove, invece, la norma sia priva del requisito di determinatezza il fatto illecito non risulterebbe *ab origine* individuabile, mancando così il parametro di riferimento da cui dedurre il verificarsi di una erronea applicazione della norma alla fattispecie concreta oggetto di considerazione – rendendo, perciò, superfluo il successivo passaggio teso a verificare la scusabilità dell'errore *de quo*. Secondo un orientamento della dottrina, tuttavia, il ricorso all'esimente delle obiettive condizioni di incertezza avrebbe il pregio di non escludere *a priori* la rilevanza sanzionatoria di quelle condotte elusive particolarmente sfacciate, rispetto alle quali sembrerebbe eccessivo affermare che sono rimaste vittime di una formulazione legislativa oscura e capziosa (CORRADO, L. R., LUPI, R., *Elusione, sanzioni e obiettive condizioni di incertezza*, in *Dial. trib.*, 8, 2009, p. 521). Senonché in assenza di norme che prevedano in modo espresso ed inequivocabile la punibilità delle condotte elusive, l'ipotesi appena discussa finirebbe per giustificare la legittimità sulla base di un giudizio di valore che, seppur condivisibile, consentirebbe al più di dedurre un'antigiuridicità in senso materiale delle condotte in parola, ma non in senso formale come invece richiesto dal vigente sistema sanzionatorio (Cfr. COEN, L., *Il Divieto di Analogia*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di CAGNAZZO, A. e TOSCHEI, S., Torino, 2011, p. 298 -300).

trattamento sanzionatorio riservato al principio dell'abuso del diritto rispetto all'art. 37-bis<sup>310</sup>). Va, infatti, ricordato che ad oggi l'Amministrazione finanziaria – come già osservato – risulta libera di qualificare le fattispecie elusive ricorrendo, indifferentemente, all'art. 37-bis oppure al principio dell'abuso del diritto. Pertanto, l'irrogazione delle sanzioni nei confronti di fattispecie tra loro egualmente elusive verrebbe a sottrarsi da ogni controllo legislativo per essere decisa, in via del tutto arbitraria, dall'Ufficio incaricato dell'accertamento<sup>311</sup>). Si giungerebbe, quindi, ad una evidente discriminazione nel trattamento della medesima fattispecie, da ritenersi sanzionabile in un caso e non nell'altro solo perché accertata ai sensi dell'art. 37-bis piuttosto che del principio antiabuso<sup>312</sup>). Il contribuente risulterebbe così esposto ad una duplice indeterminatezza: non soltanto, come già rilevato, sul piano dei confini dell'illecito individuabile ai sensi dell'art. 37-bis, ma anche – e forse soprattutto – sul piano dell'applicabilità in quanto tale di una sanzione a fronte di condotte elusive. Se, infatti, una data fattispecie risulta accertabile sia in applicazione del principio dell'abuso del diritto che dell'art. 37-bis il contribuente, non potendo conoscere a quale dei due l'Ufficio intenderà appellarsi nell'ipotesi di un futuro accertamento, non potrà certo dirsi nella posizione di conoscere con certezza le conseguenze sanzionatorie della condotta che intendeva porre in essere<sup>313</sup>)(<sup>314</sup>).

---

<sup>310</sup> Non può però tacersi un indubbio effetto positivo connesso alla distinzione tracciata dalla Corte di Cassazione tra abuso del diritto ed art. 37-bis ai fini sanzionatori. È noto, infatti, che secondo la stessa Corte il principio in commento – diversamente dall'art. 37-bis – avrebbe natura di eccezione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (Cass., sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372; Cass., sez. trib., 11 giugno 2010, n. 11162; Cass., sez. trib., 21 aprile 2010, n. 9476; Cass., sez. trib., 26 febbraio 2010, n. 4737; Cass., sez. un., 28 giugno 2009, n. 15029; Cass., Sez., Trib., 21 aprile 2008, n. 10257; Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772; Cass., sez. trib., 17 ottobre 2008, n. 25374; Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30057; Cass., sez. trib., 16 febbraio 2012 n. 2193. Si veda anche CTR Lazio, 18 maggio 2011, n. 64, nonché da ultimo Cass., sez. trib., 19 ottobre 2012, n. 17949 – in particolare il § 1.2). Pertanto, ove le condotte abusive fossero ritenute suscettibili di essere punite con una sanzione, l'eventuale applicazione d'ufficio del principio antiabuso comporterebbe – come rilevato dalla dottrina (CORDEIRO GUERRA, R., *op. cit.*, p. 776) – un chiaro aggiramento delle garanzie procedurali previste dagli artt. 16 e 17, D.Lgs. n. 472/1997. Sotto questi profili, dunque, l'irrelevanza sanzionatoria del principio dell'abuso del diritto non può che essere accolta con favore – avendo posto il contribuente al riparo, quantomeno, da questo tipo di discriminazioni.

<sup>311</sup> Tale circostanza è sottolineata anche in MARINI, G., *Note in tema di elusione fiscale, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2, 2013, p. 340 nonché DELLA VALLE, E., *Brevi note in tema di rilevanza sanzionatoria della condotta elusiva/abusiva*, in *Rass. trib.*, 2012, 5, pp. 1123-1124 e p. 1130.

<sup>312</sup> CTP Milano 21 febbraio 2011, n. 54, nonché MARONGIU, G., *Abuso del Diritto, Poteri di Accertamento e principio di Legalità*, in *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3633.

<sup>313</sup> La questione risulta poi destinata a complicarsi ulteriormente se al profilo sanzionatorio aggiungiamo quello delle garanzie procedurali previste dall'art. 37-bis. L'Amministrazione potrebbe, infatti, giungere ad esercitare secondo un modulo doppio il proprio arbitrio: scegliere di emettere l'avviso ai sensi dell'art. 37-bis, sopportando così l'onere delle ricordate garanzie procedurali, ma sperando al contempo in una più facile conferma in sede giudiziale delle sanzioni irrogate, oppure, scegliere di emanare l'avviso ai sensi del principio dell'abuso del diritto nel tentativo di sottrarre il contribuente alle garanzie previste dall'art. 37-bis rinunciando, tuttavia, alle sanzioni. In entrambi i casi si giungerebbe, evidentemente, ad un risultato del tutto sbilanciato in favore dell'Amministrazione e chiaramente irrispettoso del principio di imparzialità e del carattere vincolato



---

dell'azione amministrativa. Si assisterebbe, in sintesi, ad un complessivo abuso del principio dell'abuso del diritto che verrebbe ad essere applicato, ovvero disapplicato, in un'ottica meramente discrezionale al fine di ottenere, in un caso, l'aggiramento di alcune specifiche tutele poste a garanzie del contribuente e, nell'altro, una più agevole conferma in sede giudiziale delle sanzioni irrogate. Si rende, quindi, particolarmente urgente un chiaro intervento legislativo che, oltre a risolvere il problema della punibilità delle condotte elusive, disponga in modo chiaro ed inequivocabile l'unificazione delle fonti di qualificazione di tali condotte, sia sul piano sostanziale sia su quello applicativo – ossia delle garanzie procedurali e delle ricadute sanzionatorie. A tale riguardo si ritiene opportuno segnalare che una simile questione è stata affrontata dalla Francia in seguito alla riforma dell'art. 64 del *Livre des procédures fiscales*. Infatti, nel vigore della precedente formulazione della predetta norma antielusiva generale, in cui risultava assente il riferimento alla categoria dell'abuso del diritto, elaborata ed applicata invece dalla giurisprudenza, la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 1729 del *Code Général des Impôts* risultava applicabile soltanto con riferimento alle condotte individuabili ai sensi dell'art. 64, ma non del principio antiabuso. Così, anche in questo caso, la medesima fattispecie elusiva poteva arbitrariamente essere sottratta oppure inclusa nel campo di applicazione dell'art. 1729 a seconda del tipo di qualificazione a cui veniva ricondotta. Tuttavia, con la riforma dell'art. 64 ad opera dall'art. 35, L. 30 dicembre 2008, n. 1443 la questione è stata definitivamente risolta atteso che il concetto di abuso del diritto risulta ora espressamente richiamato nel testo della norma antielusiva generale nonché dell'art. 1729. Sul punto si veda LIPRINO, *L'abuso di diritto in materia fiscale nell'esperienza francese*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, p. 467. In tal senso, vi sarebbe un valido precedente a supporto dell'opportunità di un preciso intervento legislativo anche nel caso italiano, da cui discenda l'unificazione dei due concetti anche sotto il profilo sanzionatorio – ossia prevedendo o non prevedendo in entrambi i casi l'applicabilità di una specifica sanzione.

<sup>314</sup>Sui rapporti tra contraddittorio, abuso del diritto e sanzioni si veda anche BASILAVECCHIA, M., *Metodi di accertamento e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2012, 5, pp. 1113-1114. L'Autore pone l'accento sul fatto che se l'abuso del diritto va inteso nei termini di un principio direttamente operante nei confronti del contribuente, tanto che deve considerarsi infedele la dichiarazione che non risulti adeguata rispetto all'idea di una tassazione "standard" – cioè computata al netto degli *escamotage* elusivi –, allora, vista la delicatezza ed opinabilità di un'obbligazione dichiarativa così configurata, l'accertamento fondato sull'abuso del diritto dovrebbe necessariamente seguire un procedimento che renda possibile, da un lato, una preventiva conoscenza delle valutazioni del Fisco e, dall'altro, un effettivo contraddittorio preventivo tra quest'ultimo ed il contribuente. Da questo punto di vista anche l'attuale art. 37-bis potrebbe rivelarsi fonte di criticità sul piano sanzionatorio. L'Autore osserva, infatti, che l'attuale sistema di interpello non consente in tempi rapidi di conoscere l'opinione del Fisco sulla valenza elusiva di talune operazioni; il contribuente risulterebbe così esposto alla necessità di presentare una dichiarazione potenzialmente infedele oppure, nel dubbio, di procedere ad una sorta di "ravvedimento operoso" in sede di dichiarazione che smentisca la pianificazione fiscale attuata mediante negozi civilisticamente validi. Una siffatta ipotesi di ravvedimento potrebbe, tuttavia, non essere risolutiva visto che, come osservato da altra parte della dottrina, «può presentarsi infatti molto difficile - se non in certi casi addirittura impossibile - per il contribuente individuare, in sede di dichiarazione, la disciplina alternativa che l'ufficio stesso potrebbe andare ad applicare in sede di accertamento» (GALLO, F., *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. trib.*, 2, 2001, p. 328).

## - Capitolo IV -

### I MODELLI DI CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE ADOTTATI DAI PRINCIPALI ORDINAMENTI STRANIERI

SOMMARIO: **1.** Le recenti esperienze di riforma di alcune legislazioni europee. – **1.1** La Francia. – **1.1.1** Dalla giurisprudenza alla norma antielusiva generale: cenni storico-evolutivi. – **1.1.2** La vigente clausola antielusiva generale recata dagli art. L 64 A e L 64 B del *Livre des Procedures Fiscale*. – **1.1.3** Simulazione ed elusione fiscale ai sensi dell'art. L. 64 A del *Livre des Procedures Fiscale*. – **1.1.4** Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie. – **1.2** Il Belgio. – **1.2.1** La disciplina previgente e le ragioni del suo insuccesso. – **1.2.2** Il vigente art. 344 del *Code des impots sur le revenus* e il recepimento della giurisprudenza comunitaria sull'abuso del diritto. – **1.2.3** Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie. – **1.3** La Spagna. – **1.3.1** L'evoluzione normativa della clausola antielusiva generale nell'ambito della *Ley General Tributaria*. – **1.3.2** L'attuale clausola antielusiva generale recata dall'art. 15 *Ley General Tributaria*. – **1.3.3** Il ruolo dell'analogia e dell'interpretazione teleologica. – **1.3.4** Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie. – **2.** L'esperienza di alcuni Paesi di tradizione *Common Law*. – **2.1** L'Australia. – **2.1.1** La normativa vigente: le disposizioni recate dalla Parte IV A dell'*Income Tax Act*. – **2.1.2** La (ir)rilevanza delle valide ragioni economiche nell'applicazione del *Part IV A*. – **2.1.3** Interpretazione teleologica ed elusione fiscale nell'ambito del *Part IV A*. – **2.1.4** Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie. – **2.2.** La Nuova Zelanda. – **2.2.1** La normativa vigente: le disposizioni recate dagli art. BG 1 e YA 1 dell'*Income Tax Act*. – **2.2.2** L'art. BG 1 tra interpretazione letterale e applicazione giurisprudenziale. – **2.2.3** Il ruolo dell'interpretazione teleologica nell'ambito dell'applicazione dell'art. BG 1. – **2.2.4** La rilevanza delle valide ragioni economiche nell'applicazione dell'art. BG 1. – **2.2.5** Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie. – **2.3** Il Canada. – **2.3.1** La normativa vigente: le disposizioni recate dall'art. 245 dell'*Income Tax Act* ed il ruolo della categoria dell'abuso del diritto e dell'interpretazione teleologica. – **2.3.2** Il ruolo del *business purpose test* e della dottrina dell' "*economic substance*". – **2.3.3** Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie. – **2.4** Il Sud Africa. – **2.4.1** La vigente clausola antielusiva: tra anormalità dei percorsi negoziali e prevalenza della sostanza economico-commerciale. – **2.4.2** Il ruolo dell'interpretazione teleologica. – **2.4.3** L'alternatività tra simulazione ed elusione fiscale. – **2.4.4** Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie.

#### 1. LE RECENTI ESPERIENZE DI RIFORMA DI ALCUNE LEGISLAZIONI EUROPEE

##### 1.1 *La Francia*

##### 1.1.1 *Dalla giurisprudenza alla norma antielusiva generale: cenni storico-evolutivi*

La vigente clausola antielusiva generale presente in Francia è attualmente recata dagli artt. L 64 A<sup>(1)</sup> e L 64 B<sup>(2)</sup> *Livre des Procedures Fiscales* ed è il risultato di un percorso

---

<sup>1</sup>Si riporta di seguito il testo della disposizione:

legislativo particolarmente articolato e caratterizzato, nel tempo, da un dialogo pressoché costante con gli orientamenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato<sup>(3)</sup>. Tale circostanza, oltre ad aver assegnato un ruolo propulsivo alla giurisprudenza rispetto alle successive scelte legislative, ha comportato una tendenziale trasposizione sul piano del diritto positivo delle varie incertezze giurisprudenziali in merito alla distinzione tra simulazione ed elusione fiscale<sup>(4)</sup> che a sua volta riflette la più generale difficoltà dell'ordinamento francese a distinguere tra evasione ed elusione fiscale<sup>(5)</sup>. La dottrina ha, infatti, da tempo sottolineato come già le prime norme antielusive adottate dal legislatore francese soffrissero di una certa confusione tra “fraudolenza” e “fittizietà” proprio a causa delle posizioni giurisprudenziali all'epoca elaborate<sup>(6)</sup>.

Uno dei primi interventi giurisprudenziali in materia di elusione fiscale può essere rinvenuto nell'importante sentenza del 20 agosto 1867 della Corte di Cassazione con cui veniva stabilito un chiaro legame tra elusione fiscale e dissimulazione della reale sostanza degli atti compiuti. Nello specifico la Corte di Cassazione aveva affermato che l'Amministrazione finanziaria doveva ritenersi legittimata a derogare al generale principio di intangibilità delle forme giuridiche adottate dal contribuente *«lorsque la substance d'un acte aussi bien que ces conséquences nécessaires et immédiates protestent contre la qualification que les contractants lui ont donné, et qu'il ressort de l'économie de ces dispositions qu'elles ont été combinées en vue de dissimuler une autre nature de contrat qu'on voulait soustraire au droit déterminé par la loi fiscale»*.

Ebbene, in conformità a tale arresto, la clausola antielusiva in tema di imposta di registro varata dall'art. 44 della Legge 13 giugno 1925 prevedeva che *«lorsqu'il est*

---

Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité.

Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public.

<sup>2</sup>Si riporta di seguito il testo della disposizione:

La procédure définie à l'article L. 64 n'est pas applicable lorsqu'un contribuable, préalablement à la conclusion d'un ou plusieurs actes, a consulté par écrit l'administration centrale en lui fournissant tous éléments utiles pour apprécier la portée véritable de cette opération et que l'administration n'a pas répondu dans un délai de six mois à compter de la demande.

<sup>3</sup> GUTMANN, D., *France*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, pp. 135 e segg. Nonché FOUQUET, O., *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit*, in *Revue de jurisprudence fiscale*, 5, 2006, p. 383.

<sup>4</sup> COZIAN, M., *Abus de droit, apport cession et apport donation: la Cour de Cassation serait elle en train de perdre le cap*, in *Droit Fiscal*, 36, 2007, p. 1.

<sup>5</sup> CHEVALIER, J.P., *L'esperienza francese*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, pp. 6-8

<sup>6</sup> Per un'ampia ricostruzione si veda LIPRINO, V., *L'abuso di diritto in materia fiscale nell'esperienza francese*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, p. 445 (in particolare § 2).

*amiablement reconnu ou judiciairement établi que le véritable caractère des stipulations d'un contrat ou d'une convention a été dissimulé sous l'apparence de stipulations donnant ouverture à des droits moins élevés, il est dû un double droit en sus. Cette pénalité est due solidairement par toutes les parties contractantes*». Tale approccio all'elusione fiscale nell'ambito dell'imposta di registro ha poi ricevuto una ulteriore conferma da parte della Corte di Cassazione che, con la sentenza 19 aprile 1932, "*Société La Mutuelle générale française-Vie*", è tornata a ribadire il proprio precedente orientamento affermando che *«il appartient à l'Administration de l'enregistrement d'établir, par tous les moyens de preuve compatibles avec la loi fiscale, la véritable nature d'un contrat, sans s'arrêter à la forme extérieure ou à la qualification que lui ont donnée les parties*». Nel decidere la controversia in favore dell'Amministrazione finanziaria, la Corte di Cassazione si è, quindi, limitata a qualificare come "fittizio" ovvero "fraudolento" l'atto compiuto dal contribuente mancando con ciò di precisare i confini tra elusione e simulazione<sup>(7)</sup>. Con alcune importanti sentenze pronunciate sul finire degli anni '20 il Consiglio di Stato<sup>(8)</sup> è poi giunto a generalizzare l'approccio antielusivo sviluppato dalla Corte di Cassazione anche al settore delle imposte sui redditi, sebbene mancasse al riguardo una espressa norma di legge<sup>(9)</sup>. Successivamente, anche il Legislatore, con la L. 13 gennaio 1941, è giunto ad estendere l'approccio elaborato dalla Corte di Cassazione anche alle imposte sui redditi<sup>(10)</sup> introducendo nel *Code général des impôts directs* l'art. 256-quinquies, denominato "*Répression des abus de droit*"<sup>(11)</sup>. Con tale norma l'Amministrazione finanziaria veniva, da un lato, a considerare come inopponibili gli atti diretti a dissimulare redditi o profitti e, dall'altro, a riquilibrare la fattispecie così realizzata secondo il suo reale carattere<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup>. Proseguendo lungo questa impostazione la successiva L. 27 dicembre 1963, n. 63-1316 giungeva ad introdurre una

<sup>7</sup> Nel caso di specie, infatti, una società, al fine di ridurre l'imposta di registro dovuta, invece di procedere all'acquisto dell'immobile aveva realizzato l'acquisto della società di cui il tale bene costituiva l'unico cespite.

<sup>8</sup> Consiglio di Stato, 18 gennaio 1929; Consiglio di Stato, 12 dicembre 1930; Consiglio di Stato, 3 maggio, 1929.

<sup>9</sup> ROBBEZ MASSON, C., *La Notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Parigi, 1998, p. 242.

<sup>10</sup> Tale scelta legislativa riceveva poi una implicita conferma con la sentenza 5 novembre 1955 n. 22-322 del Consiglio di Stato con cui veniva estesa la dottrina antielusiva sviluppata dalla Corte di Cassazione anche al settore delle imposte dirette riconoscendo all'Amministrazione finanziaria *«le droit, du fait des pouvoirs généraux qui lui étaient reconnus par les textes en vigueur, de restituer leur véritable caractère certaines opérations aboutissant, sous le couvert de contrats ou d'actes juridiques, faire échec la loi fiscale a loi fiscale*».

<sup>11</sup> Tale norma è stata poi ripresa dall'art. 115 del Decreto di riforma fiscale 9 dicembre 1948, n. 48-1986.

<sup>12</sup> Si riporta di seguito il testo dell'articolo in commento:

Toute opération conclue sous la forme d'un contrat ou d'un acte juridique quelconque et dissimulant une réalisation ou un transfert de bénéfices ou de revenus, effectués directement ou par personnes ou sociétés interposées n'est pas opposable à l'administration des contributions directes qui a le droit, après avoir pris l'avis du comité consultatif dont la composition est indiquée au paragraphe 2 du présent article de restituer à l'opération son véritable caractère et de déterminer en conséquence les bases des impôts cédulaires et de l'impôt général sur le revenu dû par les parties. Si la taxation est conforme à l'avis du comité le contribuable a la charge de la preuve en cas de réclamation devant la juridiction contentieuse.

<sup>13</sup> Peraltro, con tale norma si era tentato di disciplinare anche sotto il profilo procedimentale le contestazioni antielusive prevedendo il coinvolgimento di un apposito Comitato a cui l'Amministrazione finanziaria doveva rivolgersi prima di procedere con l'accertamento ed il cui parere a questa favorevole comportava un inversione dell'onere della prova in capo al contribuente.

prima forma di clausola antielusiva quasi-generale sostituendo il predetto art. 256-*quinquies* con una norma avente lo stesso contenuto ma applicabile in modo unificato ai settori delle imposte dirette, dell'imposta di registro e della *taxe sur la valeur ajoutée*. Per effetto del Decreto del 19 settembre 1981, n. 81-859, tale norma è stata poi trasfusa (senza modifiche) nell'art. L 64 del *Livre des Procédures Fiscales* e, in seguito a quanto previsto dall'art. 9 della Legge 30 dicembre 1981, 81-1160, la sua applicazione è stata ulteriormente estesa all'*impôt de solidarité sur la fortune*<sup>(14)</sup>. Successivamente l'applicazione dell'art. 64 è stata estesa anche alla *taxe professionnelle* con l'art. 60 della L. 18 dicembre 2003, n. 31.

Il quadro normativo così definito non risolveva, tuttavia, il problema della corretta qualificazione dell'elusione fiscale rispetto alla simulazione. Infatti, secondo un primo orientamento del Consiglio di Stato l'art. 1649 *quinquies* B del *Code général des impôts* e, quindi, anche l'art. L 64 di cui sopra, doveva ritenersi applicabile a condizione che l'Amministrazione finanziaria avesse rilevato un'operazione fittizia<sup>(15)</sup>. In questo senso l'abuso del diritto veniva ad essere declinato perlopiù secondo la categoria giuridica della simulazione, più che della frode alla legge. E, in vero, l'art. L 64 all'epoca vigente – così come la disposizione da cui traeva origine – si riferiva espressamente agli “*actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention*”. Come osservato dalla dottrina, tale circostanza non poteva che gettare dubbi sul fatto che la norma in questione si riferisse anche alla frode alla legge<sup>(16)</sup> – sebbene vi fosse chi non mancava di sottolineare che anche la frode alla legge, in quanto contraddistinta da operazioni prive di un reale interesse diverso dal risparmio fiscale, condividesse con la simulazione un certo carattere di fittizietà<sup>(17)</sup>.

Tale clima di incertezza è stato però rapidamente superato dalla stessa giurisprudenza del *Conseil d'État* che, con la sentenza del 10 giugno 1981 n. 19-079 (pronunciata in assemblea plenaria), affermava che l'1649 *quinquies* B doveva ritenersi applicabile non solo con riferimento ai casi in cui gli atti si fossero rivelati fittizi, ma anche ove quest'ultimi fossero stati reali ma ispirati da motivi esclusivamente fiscali e diretti all'unico allo scopo di eludere o attenuare il carico fiscale che il contribuente avrebbe normalmente sopportato tenendo conto della sua situazione e della sua attività<sup>(18)</sup>. Così ragionando i giudici hanno

---

<sup>14</sup> Con l'art. 19 della L. 9 luglio 1987 n. 87-502. il predetto quadro normativo è stato arricchito introducendo l'art. L 64 B secondo cui la procedura di cui all'art. L. 64 non è applicabile qualora il contribuente, precedentemente alla conclusione di un contratto o convenzione, ha consultato per iscritto l'Amministrazione finanziaria e quest'ultima, ricevuti tutti gli elementi per stabilire la correttezza caratterizzazione dell'operazione prospettata dal contribuente, non abbia risposto entro 6 mesi (dalla ricezione della domanda).

<sup>15</sup> DEBOISSY, F., *La simulation en droit fiscal*, Parigi, 1997, pp. 223-699; ROBBEZ MASSON, C., *La Notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Parigi, 1998, pp. 227-307.

<sup>16</sup> COZIAN, M., *Les grands principes de fiscalité des entreprises*, Parigi, 1999, p. 24.

<sup>17</sup> FAUCHER, D., *Interprétation des contrats et abus de droit in Droit et patrimoine*, 97, 2001, p. 86.

<sup>18</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

*Considérant que lorsque l'Administration use des pouvoirs qui'elle tient de ce texte dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle doit, pour pouvoir écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, établir que ces actes ont un caractère fictif ou, défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que*

escluso che nel caso sottoposto alla loro attenzione vi fosse abuso del diritto sia perché l'operazione realizzata non era simulata sia perché risultava comunque giustificata da uno scopo non esclusivamente fiscale. Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, l'abuso del diritto non si riferisce soltanto agli atti simulati, ma anche a quelli in frode alla legge che doveva ritenersi integrata allorché si fossero congiuntamente verificate le seguenti circostanze: a) comportamento reale ma anomalo rispetto alla comune prassi commerciale; b) scopo esclusivamente fiscale quale giustificazione della sua realizzazione; c) ottenimento di un beneficio fiscale tramite l'aggiramento di norme tributarie.

Tale impostazione è stata poi confermata anche dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 86-19079 del 19 aprile 1988<sup>(19)</sup> secondo cui, considerata la formulazione dell'art. L 64 all'epoca vigente, l'Amministrazione può «*établir que ces actes avaient un caractère fictif ou pouvaient être regardés comme ayant eu pour seul but d'é luder les impositions dont était passible l'opération réelle*»<sup>(20)</sup>.

Tuttavia, anche in questo “nuovo” contesto continua ad assumere particolare rilevanza il fatto che l'art. L 64 faccia riferimento alla dissimulazione come tratto individuante delle condotte elusive accertabili con lo stesso. Con la sentenza 27 settembre 2006, n. 260050 “*Stè Janfin*” il Consiglio di Stato ha, infatti, stabilito che l'articolo in commento non è utilizzabile nei confronti delle operazioni di *dividend washing* in quanto lo stesso si riferisce agli atti volti a “mascherare” la realizzazione o il trasferimento di un reddito, mentre la compravendita di titoli azionari per beneficiare del credito d'imposta non integra tale requisito. Ciò posto il *Conseil d'État* ha però precisato che deve ammettersi l'esistenza di un generale principio antielusivo applicabile anche ove non lo sia l'art. L 64 purché gli atti posti in essere «*recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles*»<sup>(21)</sup>. Similmente, in un caso di *dividend stripping*, il *Conseil d'État*, sentenza “*Bank of Scotland*”

---

*l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard sa situation et ces activités é lles.*

<sup>19</sup> In senso contrario Cass. 10 dicembre 1996, n. 94-20.070, secondo cui non può esservi abuso del diritto se l'atto oggetto accertamento produce effetti giuridici diversi dal mero risparmio fiscale. Tale approccio è , tuttavia, rimasto isolato in quanto avrebbe deprivato il principio dell'abuso del diritto di ogni efficacia (GUTMANN, D., *L'abus de droit: perspective général et encadrement procédéral*, in *Droit & Patrimoine*, 205, 2011, p. 54 p. 57).

<sup>20</sup> In senso conforma Corte di Cassazione, 19 aprile 1988, n. 86-19.079; Corte di Cassazione, 9 ottobre 1990, n. 1111; Corte di Cassazione, 21 aprile 1992, n. 88-16.905; Corte di Cassazione, 21 aprile 1992, n. 90-17.409. Più di recente si ricorda la sentenza *Stè Sagal* del 21 maggio 2005, n. 267087, in cui il Consiglio di Stato ha affermato che «*ces actes ont un caractère fictif, ou bien, à défaut, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles*». A tale riguardo l'aspetto che deve essere sottolineato, in quanto di centrale importanza per le successive evoluzioni della disciplina legislativa in tema di abuso del diritto, è che nei casi diversi dalla simulazione la giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene applicabile l'art. L 64 solo ove risulti che le operazioni realizzate avevano l'unico scopo di conseguire un risparmio d'imposta – oltre che di aggirare una norma di legge.

<sup>21</sup> In senso conforme Consiglio di Stato, sentenza n. 305596 del 7 settembre 2009.

del 29 dicembre 2006, n. 283314, ha escluso che l'art. L 64 fosse applicabile visto che non vi era stato l'intento di "camuffare" il trasferimento di un reddito, ma solo quello di beneficiare (abusivamente) del credito d'imposta previsto sui dividendi dalla convenzione tra Francia e Stati Uniti. Tuttavia, con tale sentenza il Consiglio di Stato ha altresì riconosciuto l'applicabilità del principio antielusivo generale dell'abuso del diritto visto che nel caso *sub iudice* risultava con chiarezza che l'operazione era stata realizzata al solo fine di conseguire un beneficio fiscale.

Si può, quindi, affermare che, similmente a quanto è accaduto in Italia con riferimento ai rapporti tra abuso del diritto e art. 37-bis, la giurisprudenza francese del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione è progressivamente giunta ad elaborare un principio antielusivo generale, dapprima appiattito sulla categoria civilistica della simulazione (in Italia, invece, il riferimento civilistico – come visto – è stato individuato nella nullità del contratto per causa illecita) e successivamente dotato di una sua propria autonomia, in grado di operare in via alternativa rispetto alla norma antielusiva generale codificata, ossia l'art. L 64 del *Livre des Procédures Fiscales*. Tale circostanza, oltre a determinare una generale incertezza circa il ruolo e la funzione dell'art. L 64, ha creato ulteriori problemi sul piano della procedura applicativa del principio generale di fonte giurisprudenziale, visto che ai sensi dell'art. L 64 gli accertamenti antielusivi, ove non condivisi dal contribuente, dovevano essere rimessi al vaglio di un apposito Comitato il cui eventuale parere favorevole al contribuente avrebbe determinato una inversione dell'onere probatorio a carico dell'Amministrazione finanziaria. Inoltre, come si vedrà in seguito, l'ordinamento francese prevede delle specifiche sanzioni nei confronti delle condotte accertate ai sensi dell'art. L 64 che, tuttavia, non risulterebbero applicabili nei confronti del principio antielusivo di fonte giurisprudenziale. Conseguentemente, l'irrogazione delle sanzioni finirebbe per essere rimessa ad una valutazione puramente discrezionale dell'Amministrazione finanziaria in funzione dell'utilizzo del principio dell'abuso del diritto ovvero dell'art. L 64<sup>(22)</sup>.

### 1.1.2 *La vigente clausola antielusiva generare recata dagli art. L 64 A e L 64 B del Livre des Procédures Fiscale*

Al fine di dirimere tali questioni e di uniformare il dato legislativo ai ricordati orientamenti della giurisprudenza, il Legislatore, con l'art. 35 della L. 30 dicembre 2008, n. 1443, ha disposto una generale riforma dell'art. L 64 del *Livre des Procédures Fiscales* finalizzata non solo a recepire la nozione giurisprudenziale di abuso del diritto, ma anche a uniformarne la procedura di applicazione ponendo fine al "doppio binario" preesistente<sup>(23)</sup>.

<sup>22</sup> FOUQUET, O., *Le périmètre de l'Abus de Droit*, 2007, p. 4 - reperibile al seguente indirizzo <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/01/3537265064.pdf>.

<sup>23</sup> BERNARD, Y., *Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi*, in *Revue de jurisprudence fiscale*, 12, 2006, p. 1083; GUTMANN, D., *L'abus de droit: perspective général et encadrement procédural*, in *Droit & Patrimoine*, 205, 2011, p. 57. Infatti, come affermato nel c.d. "Rapporto Fouquet": «les jurisprudences récentes du Conseil d'Etat, de la Cour de Cassation et de la CJCE ont conduit à un renouvellement de la définition jurispr. acte anormal identifiante de l'abus de droit qui a jeté le trouble dans l'esprit des contribuables et de leurs conseils. La rédaction actuelle de l'article L.64 du LPF, originellement conçu pour les droits d'enregistrement, est issue des lois des 13 janvier 1941, 27 décembre 1963 et 8 juillet 1987. Il convient donc de réécrire cet article afin de préciser sans ambiguïté l'étendue du

In seguito a tali modifiche l'art. L 64 è stato sostituito dall' art. L 64 A e dall'art. L 64 B *Livre des Procédures Fiscale* che si occupano, rispettivamente, di definire la disciplina generale degli accertamenti antielusivi e una specifica ipotesi di non procedibilità dell'azione amministrativa.

Quanto al primo aspetto si può osservare che l'art. L 64 A è stato articolato secondo una struttura bipartita che, nel tentativo di compendiare il complessivo sviluppo della giurisprudenza precedentemente ricordato<sup>(24)</sup>, ne legittima l'applicazione nei confronti di (1) *atti fittizi* (simulazione) ovvero (2) *non fittizi*, purché in tale ultimo caso gli atti siano: (a) conformi alla sola lettera ma non allo spirito delle disposizioni o decisioni<sup>(25)</sup> invocate; (b) motivati esclusivamente dall' intento di ridurre o eliminare il carico fiscale che il contribuente avrebbe normalmente sopportato in virtù della sua situazione e attività<sup>(26)</sup>.

Con riferimento agli atti diversi da quelli fittizi, l'art. 64 attualmente vigente ne prevede l'inopponibilità nei confronti del Fisco allorché gli stessi «*recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles*».

Pertanto, con riferimento agli atti non fittizi, l'art. 64 A si riferirebbe soltanto a quei comportamenti le cui conseguenze fiscali risultino "abnormi" rispetto a quelle che usualmente si sarebbero prodotte tenendo conto della situazione e dell'attività svolta dal contribuente.

Da questo punto di vista l'art. L 64 A si presenta come una chiara codificazione dell'orientamento del *Conseil d'État* espresso nella citata Sentenza " *Sté Janfin*" n. 260050/2006 secondo cui il principio dell'abuso del diritto deve essere invocato considerando «*les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas*

---

*concept d'abus de droit: rappeler une définition claire et précise en la matière contribuerait fortement à une amélioration de la sécurité juridique en France et à l'égard des investissements étrangers*» (FOUQUET, O., *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables: une nouvelle approche. Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique*, 2008, p. 42 e segg.).

<sup>24</sup> CHEVALIER, J.P., *L'esperienza francese*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999 p 14.

<sup>25</sup> Da intendersi nel senso di risoluzioni ministeriali (Cfr, *Instruction du 9 septembre 2010 n. 13 L-9-10*, § 15, rilasciata dalla *Direction Général des Finances Publiques*).

<sup>26</sup> Sul punto va però osservato che il requisito *sub* (b) è stato recentemente oggetto di una proposta di modifica ai sensi dell'art. 100 del *Project de Loi des finances pour 2014* definitivamente approvato dall'*Assemblée Nationale* il 19 dicembre 2013. Secondo tale proposta l'art. L 64 A viene ad essere modificato prevedendo che lo scopo di ridurre o eliminare il carico fiscale non sia più di tipo esclusivo, ma principale. Tale modifica, sebbene comporti una forte estensione del campo di applicazione dell'art. L 64 A, appare giustificata alla luce dei ricordati orientamenti della Corte di Giustizia Europea e della Commissione Europea secondo i quali il profilo soggettivo dell'abuso del diritto deve essere rinvenuto nella presenza di una condotta il cui scopo prevalente sia quello di conseguire un risparmio d'imposta.



*passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles*»<sup>(27)</sup><sup>(28)</sup>».

Tale impostazione era già stata anticipata dalla sentenza “*Sagal*” n. 267087/2005<sup>(29)</sup> che, con riferimento all’art. 64 all’epoca vigente, aveva chiarito che lo stesso doveva intendersi diretto a contrastare “*les montages purement artificiels*”<sup>(30)</sup>. La sentenza “*Sagal*” riguardava, infatti, il caso di un gruppo di imprese che, avevano conseguito un risparmio d’imposta avvalendosi di una partecipazione in una società *holding* situata in Lussemburgo, aveva resistito alla pretesa del Fisco adducendo una lesione della libertà di stabilimento. Sul punto il *Conseil d’État* ha però osservato – conformemente agli orientamenti dell’epoca della giurisprudenza comunitaria – che le restrizioni alle libertà fondamentali risultavano giustificate in un caso, come quello *sub iudice*, in cui la norma interna applicata consente di neutralizzare le costruzioni di puro artificio giustificate dal solo fine di eludere una norma tributaria. Ebbene, poiché – prosegue la Corte – l’applicazione dell’art. L 64 «*est (...) strictement limitée aux cas où l’administration apporte la preuve que l’acte par lequel un contribuable s’établit à l’étranger revêt un caractère fictif ou simulé, ou bien, à défaut, n’a pu être inspiré par aucun motif autre que celui d’éluider ou d’atténuer les charges fiscales que l’intéressé, (...) les dispositions précitées de l’article L. 64 du livre des procédures fiscales ne peuvent être regardées comme apportant une restriction à la liberté d’établissement incompatible avec les stipulations susmentionnées du traité instituant la Communauté européenne*». In tal modo il *Conseil d’État*, oltre ad aver ulteriormente affinato

<sup>27</sup> In senso conforme risulta, peraltro, essersi espressa parte della dottrina secondo cui «*l’abus de droit, c’est le péché des surdoués de la fiscalité, certains contribuables ne manquent ni d’imagination ni d’audace et n’hésitent pas à échafauder des montages acrobatiques afin de se soustraire à l’impôt qui serait normalement du. Ces excès d’habileté frisent la malhonnêteté*» (COZIAN, M., *Les grands principes de fiscalité des entreprises*, Parigi, 1999, p. 163).

<sup>28</sup> Sebbene l’art. 64 riformato abbia ricollegato l’accertamento del carattere elusivo degli atti diversi da quelli fittizi all’individuazione di una condotta fiscale normale, occorre distinguere tale approccio dalla c.d. *théorie de l’acte anormal de gestion* – anch’essa sviluppata dalla giurisprudenza. Infatti, nell’ambito della *théorie de l’acte anormal de gestion*, gli atti sono qualificati come anormali, quindi disconoscibili dal Fisco, in quanto realizzati contro l’interesse (economico) dell’impresa, sebbene a beneficio di terzi. A titolo esemplificativo si può ricordare la sentenza n. 34588 del 27 luglio 1984 del Consiglio di Stato secondo cui «*la présente affaire permettra donc de juger avec une certaine solennité qu’il n’y a gestion anormal que si délibérément une entreprise agit en dehors de son intérêt*». In senso conforme la dottrina ha affermato che «*la théorie de l’acte anormal de gestion reposant sur le principe de la recherche du profit et la justification de l’exercice des affaires. Le critère de l’acte anormal de gestion réside très simplement dans l’intérêt de l’entreprise. Ainsi, il y a acte anormal dès lorsque l’acte est accompli dans le seul intérêt d’un tiers par rapport à l’entreprise*» (SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires*, Parigi, 2001, p. 34, in senso conforme COZIAN, M., *Précis fiscal de l’entreprise*, Parigi, 2007, p. 163). Diversamente, l’anormalità rilevante ai fini dell’art. 64 non richiede in nessun senso che lo scopo perseguito risulti diverso da quello dell’impresa, ciò che si richiede è che lo scopo sia esclusivamente di natura fiscale – ma il risparmio fiscale può ben essere un interesse proprio dell’impresa. L’art. 64 non sembra, quindi, che possa essere interpretato ed applicato alla luce della teoria degli atti anormali di gestione. Sui rischi di sovrapposizione tra abuso del diritto e atti anormali di gestione si veda anche CHEVALIER, J.P., *L’esperienza francese*, in *L’elusione fiscale nell’esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, pp. 17- 18 – sebbene l’Autore si riferisse all’art. L 64 ante riforma.

<sup>29</sup> La sentenza riguardava il caso di un gruppo di imprese che avevano tentato di sottrarsi all’imposizione avvalendosi una partecipazione in una società *holding* situata in Lussemburgo. Il ricorrente riteneva che, accusandolo della motivazione esclusivamente fiscale del congegno

<sup>30</sup> In senso conforme le sentenze del Consiglio di Stato, 18 febbraio 2004, n. 247729 e 27 luglio 2009, n. 295358.

la nozione di abuso del diritto, ne ha stabilito la compatibilità con il diritto comunitario avendone declinato i presupposti facendo riferimento al criterio obiettivo delle “costruzioni di puro artificio”. Il *Conseil d’Etat* ha così respinto la richiesta di rimettere alla Corte di Giustizia la questione circa la compatibilità con il diritto comunitario della norma anti-abuso francese – vista, a suo dire, la sostanziale identità tra il concetto di abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia e quello presente nell’ordinamento francese.

Appare, quindi, evidente l’importanza dell’influsso della giurisprudenza comunitaria sull’abuso del diritto e, in particolare, del criterio delle costruzioni di puro artificio dalla stessa sviluppato a partire dalla ricordata sentenza “*ICI*” del 16 luglio 1998, causa C-264/98<sup>(31)</sup>. Tuttavia, nell’ambito di tale contesto, la sentenza “*Ste Janfin*” rappresenta un importante punto di svolta rispetto al precedente arresto “*Sagal*”. Può, infatti, osservarsi che in tale ultimo caso il concetto di “*montages purement artificiels*” viene ricollegato alla presenza di comportamenti esclusivamente finalizzati al conseguimento di un vantaggio fiscale, trascurando con ciò l’altro aspetto debitamente considerato dalla giurisprudenza comunitaria e relativo alla verifica della compatibilità dell’operazione realizzata con gli obiettivi delle norme invocate (nonostante il loro formale rispetto). Diversamente, la sentenza “*Ste Janfin*” ricollega l’abuso del diritto al congiunto verificarsi dei predetti elementi, ossia quello legato alla frustrazioni degli obietti delle norme invocate (elemento oggettivo) e quello relativo allo scopo esclusivamente fiscale della condotta posta in essere (requisito soggettivo)<sup>(32)</sup>.

In questo modo viene ad essere correttamente salvaguardato il chiaro principio desumibile dalla giurisprudenza comunitaria secondo cui un’operazione ispirata da ragioni meramente fiscali (cosiddetta *tax driven transaction*), ma conforme agli obiettivi della norma tributaria, risulta meritevole di essere tutelata sotto il profilo fiscale e non può quindi essere oggetto di accertamento da parte dell’Amministrazione finanziaria<sup>(33)</sup>. L’adeguata considerazione del requisito oggettivo relativo alla contrarietà agli obiettivi della legge ha, quindi, consentito alla giurisprudenza francese del Consiglio di Stato di rendersi conforme, almeno in linea di principio, alla generale esigenza di evitare un ricorso disinvolto alla procedura anti-abuso da parte dell’amministrazione e di tutelare, quindi, con maggior fermezza la certezza e stabilità dei rapporti giuridico-economici.

---

<sup>31</sup> GAUTHIER, B., *Anti-Abuse Legislation, Artificial Arrangements and EU Law*, in *International tax journal*, 27, 2008, p. 27.

<sup>32</sup>Va, infatti, sottolineato che per i giudici della pronuncia in commento l’abuso del diritto ricorre, nel caso di atti diversi da quelli simulati, quanto tali atti «*recherchant le bénéfice d’une application littérale des textes à l’encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n’ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d’éluder ou d’atténuer les charges fiscales que l’intéressé, s’il n’avait passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et ses activités réelles*». Le più recenti evoluzioni giurisprudenziali – nonché del Comitato per l’abuso del diritto – testimonierebbero, inoltre, anche una particolare attenzione al ruolo del fattore temporale nella valutazione della sussistenza di una costruzione artificiale (cfr. Consiglio di Stato, sent. 27 gennaio 2011, n. 320313). Sul punto ROBERT, E., TOF, D., *The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, in *European Taxation*, 11, 2011, p. 442.

<sup>33</sup> FOUQUET, O., *Abus de droit: les implications de la jurisprudence communautaire sur la jurisprudence nazionale*, in *Droit fiscal*, 23, 2008, p. 366.

La necessità di fare riferimento al quadro giurisprudenziale appena considerato risulta desumibile anche da quanto affermato dall'Amministrazione finanziaria francese nella *Instruction* n. 13 L-9-10 rilasciata il 9 settembre 2010 dalla *Direction Générale des Finances Publiques*. In tale occasione è stato, infatti, chiarito – a commento della riforma dell'art. L 64 – che il concetto di “*montages purement artificiels*” va inteso nei termini di un indice del perseguimento di uno scopo fiscale abusivo, inteso quale scopo conforme alle norme impositive soltanto sul piano letterale ma non su quello del loro spirito. Rispetto alla sentenza “*Sagal*” l'Amministrazione finanziaria francese ha quindi integrato il concetto di “costruzione di puro artificio” alla luce dell'orientamento espresso dalla sentenza “*Sté Janfin*” in cui le condotte abusive non sono ridotte alla presenza di un fine esclusivamente fiscale – come sembra, invece, suggerire la nozione di costruzione di puro artificio cui si riferisce la sentenza “*Sagal*” –, ma sono ricollegate alla presenza di un ulteriore elemento, di carattere oggettivo, dato dalla contrarietà della condotta realizzata allo spirito delle norme invocate pur nel rispetto della loro lettera<sup>(34)</sup>.

In ogni caso, stante la distinzione tracciata dall'art. L 64 riformato tra atti fittizi e atti in frode alla legge, il concetto di “costruzione di puro artificio” non andrebbe ricollegato alla presenza di una simulazione, ma al fatto che tali costruzioni, pur essendo reali e volute dalle parti, non presentano alcun interesse per quest'ultime al di là del beneficio fiscale di volta in volta invocato – tanto che anche ove questo sia espressamente previsto dal Legislatore lo stesso non può comunque essere riconosciuto ove le condizioni per il suo riconoscimento siano state integrate dal contribuente soltanto artificialmente<sup>(35)</sup><sup>(36)</sup>.

### 1.1.3 *Simulazione ed elusione fiscale ai sensi dell'art. L 64 A del Livre des Procédures Fiscale*

Alla luce del quadro precedentemente delineato il criterio del “*montage purement artificiel*” dovrebbe, pertanto, consentire una più corretta applicazione dell'art. L 64 consentendo di distinguere le “finzioni puramente legali” – che si avvalgono della simulazione – dalle “finzioni puramente economiche” che si avvalgono, invece, di atti realizzati in frode alla legge fiscale<sup>(37)</sup>. In altri termini, l'attuale assetto dell'art. L 64 non sembra precludere una ricostruzione del concetto di abuso del diritto secondo la dicotomia

<sup>34</sup> LIPRINO, V., *L'abuso di diritto in materia fiscale nell'esperienza francese*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, p. 453.

<sup>35</sup> Al riguardo, la medesima circolare ricorda che, come stabilito dalla sentenza del *Conseil d'État*, 3 febbraio 1984, n. 38320, nei casi in cui il contribuente abbia beneficiato di un'agevolazione espressamente prevista dal sistema fiscale ciò non esclude che, ove lo stesso abbia artificialmente costruito le condizioni per fruirne, il vantaggio fiscale ottenuto sia inopponibile all'amministrazione finanziaria. Perciò, sebbene il risultato fiscale sia di per sé non asistematico – in quanto previsto espressamente dal sistema al ricorrere di certe condizioni – risulterebbe comunque tale relativamente al caso di specie, visto che la sua spettanza dipende da una artificiale creazione delle condizioni per beneficiarne.

<sup>36</sup> Infatti, come osservato da un orientamento della dottrina – sebbene a commento dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. L 64 nella formulazione previgente alla riforma del 200 –, «*the notion of “artificial arrangement” fuses together, on the one hand, the idea of “acting contrary to the spirit of the law” and, on the other, the idea of an “exclusively tax-based purpose” by focusing on the taxpayer's fraudulent intention to carry out a transaction that is not really what it seems to be*» (GOUTHIERE, B., *French Anti-Abuse International Tax Legislation, European Taxation*, 2006, p. 519).

<sup>37</sup> LECLERCQ, L., *Interacting Principles: the French abuse of law concept and the EU notion of abusive practices*, in *Bullettin for International Taxation*, 6, 2007, p. 241.

desunta dalla giurisprudenza statunitense tra *sham in fact* ed *economic sham*. Nel primo caso, infatti, ci si riferisce alla simulazione legale in senso stretto, mentre nel secondo l'aspetto caratterizzante è dato dall'artificiosità della transazione nel senso che quest'ultima, seppur realmente voluta dalle parti nei medesimi termini in cui è percepita dai terzi, risulta nondimeno sfornita di una effettiva realtà economica (eccezion fatta per lo scopo di conseguire un risparmio d'imposta).

Non può però essere taciuto, come già osservato, che il concetto di "costruzione di puro artificio" si presta ad esser facilmente letto in un'ottica simulatoria in senso stretto rendendo quindi particolarmente labili i confini dell'elusione fiscale propriamente detta. Peraltro, sebbene la dottrina francese risulti concorde nel ritenere che il *discrimen* tra simulazione (nelle sue varie forme) ed elusione debba essere rinvenuto nel fatto che nel primo caso sussiste – quale che sia la sua giustificazione – una discrepanza tra ciò che si vuole e ciò che si fa apparire, mentre nel secondo caso vi è totale coincidenza tra realtà ed apparenza – ancorché la prima difetti di una reale sostanza extrafiscale<sup>(38)</sup> –, la stessa ritiene che l'abuso del diritto costituisce il *genus* entro cui devono essere ricompresi i diversi fenomeni della simulazione e della frode alla legge<sup>(39)</sup>. E tale conclusione risulta poi senza dubbio confermata sul piano legislativo dall'art. L 64 che, come visto, riconduce sotto il comune denominare dell'abuso del diritto gli atti aventi un carattere fittizio e quelli unicamente diretti a conseguire un risparmio d'imposta non previsto dal sistema tenuto conto delle condizioni del contribuente e dell'attività da questi svolta.

In tal senso il concetto di *abus de droit* di matrice francese appare non del tutto sovrapponibile a quello cui si riferisce la dottrina e prevalente giurisprudenza<sup>(40)</sup> per le quali, come visto, l'abuso del diritto in ambito tributario costituisce una generalizzazione dell'istituto della frode alla legge<sup>(41)</sup>. In tal senso, sarebbe stato foriero di minori incertezze escludere dalla "*Procédure de l'abus de droit fiscal*" il riferimento agli atti aventi "*un caractère fictive*". Infatti, l'ipotesi di considerare la simulazione in ambito fiscale come una faccia dell'abuso del diritto non può che condurre a delle difficoltà ed incongruenze – non solo di ordine logico-giuridico. In particolare, come affermato da un orientamento dottrina proprio a commento dell'art. L 64 riformato, «è sicura fonte di errori chiamare con lo stesso nome cose diverse»<sup>(42)</sup>. Ed invero una non corretta delimitazione del confine tra simulazione ed elusione fiscale potrebbe vanificare le finalità stesse dell'art. L 64 A in quanto contrapposto alla sua formulazione previgente<sup>(43)</sup>. Infatti, la norma riformata prevede

<sup>38</sup> Sul punto COZIAN, M., *What is abuse of law?*, in *Intertax*, 2, 1991, p. 103

<sup>39</sup> COZIAN, *op. cit.*, p. 107.

<sup>40</sup> Sebbene non senza qualche incertezza da parte della giurisprudenza. Tali incertezze sono bene segnalate e stigmatizzate in FALSITTA, G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 6, 2010, p. 349.

<sup>41</sup> FRANSONI, G., *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corr. trib.*, 1, 2011, p. 13.

<sup>42</sup> FALSITTA, G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 6, p. 373.

<sup>43</sup> In effetti il precedente art. 64, così come il previgente art. 1649 *quinquies* B, si riferivano in modo espresso ai soli casi di atti volti a nascondere la reale natura di un contratto o convenzione. Quindi, come già osservato, anche la giurisprudenza era incline a restringerle la portata applicativa ai casi di simulazione. Sul punto MOERMAN, S., *The theory of tax abuse*, in *Intertax*, 8/9, 1999, p. 284.

l'indagine sull'unicità dei motivi solamente per i comportamenti in frode alla legge e non anche per quelli simulate; in tale ultimo caso, quindi, il contribuente non potrà in alcun modo resistere alla pretesa del fisco invocando la sussistenza di una giustificazione extrafiscale dell'operazione realizzata<sup>44</sup>). Pertanto, una non corretta distinzione tra simulazione ed elusione potrebbe condurre a delle applicazioni dell'art. L 64 che deprivano il contribuente della possibilità di opporre la sussistenza di valide ragioni extrafiscali a supporto della propria condotta – ove questa fosse qualificata (erroneamente) nei termini di una condotta simulate invece che elusiva. Viceversa, va osservato che in forza dell'accorpamento della simulazione e frode alla legge sotto il comun denominatore dell'abuso del diritto definito dall'art. L 64, anche la simulazione in senso stretto finisce per beneficiare di tutte quelle garanzie procedurali e cautele in genere previste – come nel caso dell'Italia e di molti altri ordinamenti, come si vedrà – soltanto con riferimento agli accertamenti antielusivi<sup>45</sup>).

Appare, quindi, evidente che il tentativo di unificare in unica norma la complessiva evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato presenta alcune criticità di tipo strutturale e che – come in seguito meglio chiarito – rappresentano un *unicum* rispetto alle omologhe norme antielusive generali presenti nei principali ordinamenti stranieri che, invece, non sembrano aver ricondotto – almeno sul piano strettamente legislativo – l'elusione fiscale e la simulazione entro una medesima sede legislativa.

#### 1.1.4 *Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie*

##### A) *Garanzie procedurali e ruolo del Comité de l'Abus de Droit Fiscal*

Gli art. 64 A e l'art. 64 B prevedono una procedura unificata di applicazione del principio dell'abuso del diritto finalizzata ad evitare che il contribuente sia esposto a delle contestazioni sommarie e non assistite da un adeguato contraddittorio. Tale procedura s'inserisce nell'ambito del generale istituto del *rescrit*<sup>46</sup>) – assimilabile per certi versi all'interpello presente nell'ordinamento nazionale – in forza del quale il contribuente può chiedere un parere all'Amministrazione finanziaria in merito all'interpretazione di determinate norme tributarie (art. 80 A, *Livre des Procédures Fiscales*) ovvero in merito al regime fiscale che secondo quest'ultima dovrebbe applicarsi alla fattispecie concreta prospettata dal contribuente (art. 80 B, *Livre des Procédures Fiscales*). La garanzia offerta dall'istituto del *rescrit* è data dal fatto che l'Amministrazione non può più accertare in capo al contribuente la fattispecie su cui si è pronunciata formalmente, purché la stessa coincida con quella effettivamente realizzata e il *rescrit* sia stato presentato agendo in buona fede. Con specifico riferimento all'abuso del diritto l'art. L. 64 B del *Livre des Procédures*

<sup>44</sup> COZIAN, M., *Les grands principes de fiscalité des entreprises*, Parigi, 1999, pp. 46-47.

<sup>45</sup> Ipotesi questa che è stata considerata non molto ragionevole viste le diversità tra la simulazione e l'elusione date, in particolare, da fatto che solo nel secondo caso viene a realizzarsi un'operazione di "chirurgia tributaria" da parte dell'Amministrazione finanziaria che al regime fiscale previsto dalla legge sostituisce un diverso modulo impositivo nel presupposto del presupposto del suo aggiramento mediante gli atti, fatti e negozi posti in essere dal contribuente (FALSITTA, G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 6, pp. 376-377).

<sup>46</sup> PISTOLESI, F., *Gli Interpelli tributari*, Milano, 2007, pp. 132 e segg.

*Fiscales* prevede che se il contribuente, prima di compiere gli atti oggetto di accertamento, ha presentato un *rescrit* e l'Amministrazione, tenuta di regola a rispondere entro 3 mesi, è rimasta inattiva allora, decorsi 6 mesi dalla presentazione del *rescrit*, la fattispecie su quest'ultima verteva non è più accertabile ai sensi dell'art. 64 A del *Livre des Procédures Fiscales*. Diversamente, ove il contribuente non abbia presentato il *rescrit* l'art. 64 A sarà liberamente applicabile, ma tanto il contribuente quanto il Fisco potranno adire un organo terzo<sup>(47)</sup>, ossia il *Comité de l'Abus de Droit Fiscal*, al fine ottenere un parere sulla natura abusiva della fattispecie oggetto di considerazione<sup>(48)</sup>. L'effetto di tale parere è quello di invertire l'onere della prova in capo al soggetto che non vi si adegua<sup>(49)</sup>.

Pertanto, l'art. 64 A introduce una forma del tutto speciale di *rescrit* che si distingue da quella generale in quanto è applicabile solo con riferimento alla materia dell'abuso del diritto e, inoltre, risulta esperibile soltanto in sede di accertamento – e non, quindi, in via preventiva come avviene nel sistema tributario nazionale con riferimento all'interpello antielusive previsto dall'art. 21 della L. 30 dicembre 1991, n. 413<sup>(50)</sup>.

A monte delle tutele offerte dall'istituto dei *rescrit*, gli accertamenti antielusivi sono assistiti da ulteriori garanzie operanti sia sul piano dei soggetti preposti ad attivare l'art. L 64 A che sul piano della motivazione dell'avviso di accertamento e del diritto di replica del contribuente<sup>(51)</sup>. Infatti, ai sensi dell'art. R 64-1 del *Livre des Procédures Fiscales* la decisione di applicare l'art. L 64 può essere presa soltanto da un funzionario dell'Amministrazione finanziaria avente il grado non inferiore a quello di *inspecteur divisionnaire*. In questo modo la procedura di accertamento antielusive viene ad essere dotata di una maggiore solennità che, almeno nelle intenzioni legislative, dovrebbe essere funzionale ad evitare che una normativa così delicata venga applicata in modo sommario senza una previa ponderazione dei vari interessi in gioco<sup>(52)</sup>. Ed, infatti, la norma in questione comporta la nullità della procedura di accertamento ove questa non sia stata decisa da un funzionario del predetto grado – posto naturalmente che sia stato espressamente invocato l'art. L 64<sup>(53)</sup>. In aggiunta, agli avvisi di accertamento fondati sull'art. L 64 si

---

<sup>47</sup> Tale Comitato è, infatti, così composto: un membro del Consiglio di Stato che riveste la qualifica di presidente del Comitato stesso; un consigliere della Corte di Cassazione; un avvocato con competenze in diritto tributario; un consigliere della Corte dei Conti; un notaio; un *expert-comptable*; un professore di diritto o di scienze economiche (*Direction Général des Finances Publiques, Instruction du 9 septembre 2010 n. 13 M-2-10*, p. 3).

<sup>48</sup> In tal caso, sia il contribuente che l'Amministrazione sono invitati dal presidente dello stesso a presentare le proprie osservazioni (art. 1653 E, *Code général des impôts*) all'interno di un dibattito in forma di contraddittorio orale (art. 1653 E, *Code général des impôts* e *Direction Général des Finances Publiques, Instruction du 9 septembre 2010*, n. 13 M-2-10, p. 6). Il parere del Comitato è notificato al contribuente e all'Amministrazione i quali potranno proporre le proprie osservazioni entro 30 giorni.

<sup>49</sup> Inoltre, allo scopo di garantire una maggior certezza dei rapporti giuridici, l'art. 64 A, ultimo comma, prevede che i giudizi resi dal *Comité de l'Abus de Droit Fiscal* siano oggetto di un rapporto annuale soggetto a pubblicazione.

<sup>50</sup> PISTOLESI, F., *Gli Interpelli tributari*, Milano, 2007, p. 136.

<sup>51</sup> CHEVALIER, J.P., *L'esperienza francese*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, pp. 26-27.

<sup>52</sup> OZIAN, M., DEBOISSY, F., *Garantie et domaine de la procédure de répression de l'abus de droit*, in *Revue de jurisprudence fiscale*, 2, 1993, p. 99.

<sup>53</sup> Consiglio di Stato, 21 luglio 1989, n. 59970. Sul punto GUTMANN, D., *L'abus de droit: perspective général et encadrement procédéral*, in *Droit & Patrimoine*, 205, 2011, p. 54 p. 58.

applica la generale procedura prevista per tutte le tipologie di accertamento<sup>(54)</sup> dall'art. L 57 del *Livre des Procédures Fiscales* secondo cui, prima di rendere definitivo l'accertamento, l'Amministrazione finanziaria notifica al contribuente una “*proposition de rectification*” che, a pena di nullità, deve menzionare l'art. L 64 e deve essere adeguatamente motivata in modo da permettere al contribuente di aderire ovvero di formulare, entro 30 giorni dalla sua ricezione, le proprie osservazioni<sup>(55)</sup>. In tale ultimo caso, ove permanga il dissenso tra Fisco e contribuente, l'art. L 59 prevede che l'Amministrazione di suo impulso, ovvero su domanda del contribuente, è tenuta a rimettere la questione a delle apposite commissioni. Il procedimento avanti a tali commissioni prevede la possibilità per il contribuente di farsi assistere e di presentare memorie scritte, (art. R 59 B-1, *Livre des Procédures Fiscales*) ed il responso della stessa è reso mediante un atto motivato notificato al contribuente per il tramite dell'Amministrazione finanziaria. In caso di esito sfavorevole al contribuente la procedura termina con l'emissione de ruolo o dell'avviso di accertamento avverso i quali il contribuente può proporre ricorso (art. L 61, *Livre des Procédures Fiscales*). Pertanto, al particolare diritto di *rescrit* sancito dall'art. L 64 A si affianca un generale procedimento di accertamento caratterizzato dalla presenza di un contraddittorio preventivo tra Fisco e contribuente che, lungi da porsi in un'ottica di alternatività rispetto al *rescrit* antielusivo<sup>(56)</sup>, ne rappresenta il presupposto naturale visto che ai sensi del citato art. 64 A il *rescrit* al Comitato consultivo può essere presentato solo «*en cas de désaccord sur les rectifications notifiées*», ossia – ove non sia stato ottenuto un *rescrit* generale positivo – solo nel caso in cui il predetto contraddittorio sia stato esperito e si sia conclusa senza un accordo. Tale conclusione è poi confermata dal fatto che ai sensi dell'art. 64-2 del *Livre des Procédures Fiscales* – contenuto nella sezione IV denominata *Procédure de l'abus de droit fiscal* – il *Comité de l'Abus de Droit Fiscal* può essere adito dal contribuente soltanto entro 30 giorni dal ricevimento della risposta dell'Amministrazione alle osservazioni dallo stesso presentate con riferimento alla “*proposition de rectification*”<sup>(57)</sup>.

Da quanto rilevato è facile apprendere che la procedura per l'applicazione dell'art. L 64 risulta particolarmente articolata e, quindi, onerosa per l'Amministrazione finanziaria. In reazione a tale circostanza si è, quindi, sviluppato un fenomeno – denominato “*l'abus de droit*”

---

<sup>54</sup> Diversamente, nell'ordinamento italiano gli avvisi di accertamento antielusivi emanati ai sensi dell'art. 37-bis sono soggetti ad un procedimento applicativo speciale recato dallo stesso art. 37-bis e che, come visto, ha natura derogatoria rispetto alla usuale procedura di accertamento – ad es. nei casi diversi da quelli in cui è applicato l'articolo in questione l'Amministrazione finanziaria non è obbligata, a pena di nullità, ad inviare al contribuente una richiesta di chiarimenti prima dell'emanazione dell'avviso di accertamento.

<sup>55</sup> CHEVALIER, J.P., *L'esperienza francese*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999 p. 27.

<sup>56</sup> In tal senso DIBOUT, P., *La procédure de répression des abus de droit. Pratique et critique*, in *Droit Fiscal*, 45, 1992, p. 1734 secondo cui «*le caractère contradictoire de la procédure de redressement est directement impliqué par la rédaction de l'article L.64 du LPF, en ce qu'elle prévoit en cas de désaccord sur les redressements notifiés sur le fondement de cet article, le litige peut être soumis à l'avis du comité consultatif (...). Bien que ni l'article Instruction du 9 septembre 2010 L.64 ni l'article L.55 du LPF ne le prévoient expressément, il faut donc considérer que l'administration doit suivre les règles applicables à la procédure de redressement contradictoire*»

<sup>57</sup> *Direction Général des Finances Publiques, Instruction du 9 septembre 2010*, n. 13 M-2-10, p. 5.

*rampant*”<sup>58</sup>) –, non dissimile da quello che ha interessato l’ordinamento nazionale con riferimento all’ “abuso dell’abuso del diritto” di cui si è detto precedentemente, secondo cui l’Amministrazione finanziaria, al fine di evitare il procedimento applicativo dell’art. L 64, ricorre ad una diversa qualificazione giuridica della fattispecie – ad es. ricorrendo alla teoria degli *acte anormal de gestion* – sebbene quest’ultima dovesse essere accertata ai sensi della predetta norma. Tuttavia, con riferimento alla norma antielusiva previgente, la giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>59</sup>) e del Consiglio di Stato<sup>60</sup>) ha accolto il principio secondo cui il contribuente non può essere arbitrariamente deprivato delle garanzie a lui spettanti e previste dal Legislatore con specifico riferimento ai casi di abuso del diritto e che, quindi, deve considerarsi nullo l’accertamento implicitamente fondato presupposto.

#### B) *Gli effetti sanzionatori*

La normativa antielusiva generale prevista dall’art. L 64 A, nonostante si caratterizzi, come visto, per la presenza di opportuni strumenti di tutela in favore del contribuente, anche parzialmente derogatori rispetto alle usuali regole che disciplinano l’accertamento delle imposte, si accompagna ad un regime sanzionatorio particolarmente severo<sup>61</sup>). Infatti, l’art. 1729, primo comma, lett. b) del *Code général des impôts*<sup>62</sup>) ricollega al verificarsi di una condotta elusiva accertata ai sensi dell’art. L 64 una sanzione pari all’80% del tributo eluso, riducibile al 40% quando non sia provato che l’iniziativa del comportamento abusivo era opera del contribuente o che questi ne era il principale beneficiario. Ai sensi dell’art. 1754 del del *Code général des impôts* tutti i soggetti che hanno preso parte all’operazione abusiva sono solidalmente tenuti al pagamento della sanzione prevista dal citato art. 1729. In aggiunta, ai sensi dell’art. 1727 del *Code général des impôts* il soggetto accertato è tenuto a versare un interesse per ritardato pagamento da computarsi in base ad un tasso mensile attualmente fissato nella misura dello 0,40%. Sul versante penale, invece, non esiste una sanzione espressa per le condotte abusive ai sensi dell’art. L 64, ma la sanzione prevista dall’art. 1741 del *Code général des impôts*<sup>63</sup>) risulta di così ampia formulazione da potersi ben applicare anche ai casi di elusione fiscale ai sensi dell’art. L 64<sup>64</sup>).

---

<sup>58</sup> TUROT, J., *Réalisme fiscal, abus de droit et opposabilité à l’administration des actes juridiques (ou l’abus de droit rampant)*, in *Revue de jurisprudence fiscale*, 8-9, 1989, p. 458.

<sup>59</sup> Corte di Cassazione, 9 giugno 2004, n. 01-11964.

<sup>60</sup> Consiglio di Stato, 30 luglio 2003, n. 232.004.

<sup>61</sup> COZIAN, M., *L’aménagement de la procédure de l’abus de droit in l’amélioration des rapports entre l’Administration fiscale et les contribuables*, in *Actes du colloque de la société française de droit fiscal*, Parigi, 1989, p. 157.

<sup>62</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l’indication d’éléments à retenir pour l’assiette ou la liquidation de l’impôt ainsi que la restitution d’une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l’Etat entraînent l’application d’une majoration de: a. 40 % en cas de manquement délibéré ; b. 80 % en cas d’abus de droit au sens de l’article L. 64 du livre des procédures fiscales ; elle est ramenée à 40 % lorsqu’il n’est pas établi que le contribuable a eu l’initiative principale du ou des actes constitutifs de l’abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire; c. 80 % en cas de manœuvres frauduleuses ou de dissimulation d’une partie du prix stipulé dans un contrat ou en cas d’application de l’article 792 bis.

<sup>63</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:



Emerge, quindi, con chiarezza la volontà legislativa di punire con particolare severità le condotte abusive; scelta che, tuttavia, potrebbe ritenersi non perfettamente conforme al principio di proporzionalità non avendo distinto, proprio a causa della formulazione dell'art. L 64 A cui l'art. 1729, primo comma, lett. b) rinvia, il tipo di sanzione applicabile nei confronti dell'elusione da "atti fittizi" siccome contrapposta a quella da "atti non fittizi"<sup>(65)</sup>. Ad ogni modo l'intervento legislativo di unificazione dell'abuso del diritto di fonte giurisprudenziale nell'ambito della *Procédure de l'abus de droit fiscal* recata dall'art. L 64 A ha avuto un indubbio effetto positivo in quanto ha definitivamente rimosso la preesistenza discriminazione tra condotte parimenti elusive derivante dal fatto che ove quest'ultime fossero state accertate ai sensi del principio giurisprudenziale e non dell'art. L 64 veniva ritenuta illegittima l'irrogazione della sanzione prevista dal citato art. 1729 visto che quest'ultimo si riferisce soltanto all'art. 64<sup>(66)</sup>.

## 1.2 Il Belgio

### 1.2.1 La disciplina previgente e le ragioni del suo insuccesso

L'attuale clausola antielusiva generale<sup>(67)</sup> presente in Belgio è contenuta nell'art. 344

---

Sans préjudice des dispositions particulières relatées dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manoeuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500 000 € et d'un emprisonnement de cinq ans.

Les peines sont portées à 2 000 000 € et sept ans d'emprisonnement lorsque les faits ont été commis en bande organisée ou réalisés ou facilités au moyen:

1° Soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger ;

2° Soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger ;

3° Soit de l'usage d'une fausse identité ou de faux documents, au sens de l'article 441-1 du code pénal, ou de toute autre falsification ;

4° Soit d'une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger ;

5° Soit d'un acte fictif ou artificiel ou de l'interposition d'une entité fictive ou artificielle.

Toutefois, cette disposition n'est applicable, en cas de dissimulation, que si celle-ci excède le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 €.

Toute personne condamnée en application des dispositions du présent article peut être privée des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 du code pénal<sup>67</sup>.

La juridiction peut, en outre, ordonner l'affichage de la décision prononcée et la diffusion de celle-ci dans les conditions prévues aux articles 131-35 ou 131-39 du code pénal.

La durée de la peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un des délits mentionnés au présent article est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis d'identifier les autres auteurs ou complices.

Les poursuites sont engagées dans les conditions prévues aux articles L. 229 à L. 231 du livre des procédures fiscales.

<sup>64</sup> GUTMANN, D., *Towards a "Criminalization" of Tax Law: The French Approach*, in *European Taxation*, 7, 2011, p. 273.

<sup>65</sup> LIPRINO, V., *L'abuso di diritto in materia fiscale nell'esperienza francese*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, p. 467.

<sup>66</sup> LIPRINO, V., *Ibidem*.

<sup>67</sup> Si segnala che nel *Code de la taxe sur la valeur ajoutée* sono presenti alcune disposizioni (art. 1, comma 10; art. 59, comma 1; art. 70, comma 1bis e art. 79) con cui il Legislatore ha inteso adeguare la normativa interna alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in ambito IVA recependo il concetto di abuso

del *Code des impôts sur le revenu*<sup>(68)</sup> ed è stata oggetto di una recente e profonda modifica al fine di uniformarne il contenuto al principio di abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia Europea<sup>(69)</sup>. Peraltro, la precedente versione dell'art. 344 era praticamente caduta in disuso essendosi rivelata di difficile applicazione anche a causa di una giurisprudenza incline ad accoglierne un'interpretazione particolarmente stringente<sup>(70)</sup>.

Per comprendere le ragioni di tale riforma occorre, quindi, premettere un breve esame della precedente versione dell'art. 344<sup>(71)</sup>.

---

del diritto. Nello specifico il citato art. 1, più che una clausola antielusiva generale, introduce una sorta di codificazione del principio dell'abuso del diritto prevedendo che «*pour l'application du présent Code, il y a pratique abusive lorsque les opérations effectuées ont pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi est contraire à l'objectif poursuivi par le présent Code et les arrêtés pris pour son exécution et que leur but essentiel est l'obtention de cet avantage*». Si noti, inoltre, che ai sensi dell'art. 70, comma 1bis, la detrazione "abusiva" risulta soggetta ad una sanzione nella misura del doppio dell'imposta detratta. Secondo un orientamento della dottrina tale norma risulterebbe, tuttavia, in contrasto con la giurisprudenza comunitaria in tema di abuso del diritto visto che secondo la sentenza *Halifax* le condotte abusive non dovrebbero condurre all'irrogazione di una sanzione (AFSCHRIFT, T., *L'Abus fiscal*, Brussels, 2012, pp. 36-37).

<sup>68</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

§ 1. N'est pas opposable à l'administration, l'acte juridique ni l'ensemble d'actes juridiques réalisant une même opération lorsque l'administration démontre par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 340 et à la lumière de circonstances objectives, qu'il y a abus fiscal.

Il y a abus fiscal lorsque le contribuable réalise, par l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques qu'il a posé, l'une des opérations suivantes:

1° une opération par laquelle il se place en violation des objectifs d'une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, en-dehors du champ d'application de cette disposition; ou

2° une opération par laquelle il prétend à un avantage fiscal prévu par une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition et dont le but essentiel est l'obtention de cet avantage.

Il appartient au contribuable de prouver que le choix de cet acte juridique ou de cet ensemble d'actes juridiques se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter les impôts sur les revenus.

Lorsque le contribuable ne fournit pas la preuve contraire, la base imposable et le calcul de l'impôt sont rétablis en manière telle que l'opération est soumise à un prélèvement conforme à l'objectif de la loi, comme si l'abus n'avait pas eu lieu.

<sup>69</sup> *Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi-programme* n. 2081/001, p. 110.

<sup>70</sup> *Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi-programme*, 24 février 2012, pp. 109-110.

<sup>71</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

§ 1. N'est pas opposable à l'administration des contributions directes, la qualification juridique donnée par les parties à un acte ainsi qu'à des actes distincts réalisant une même opération lorsque l'administration constate, par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 340, que cette qualification a pour but d'éviter l'impôt, à moins que le contribuable ne prouve que cette qualification réponde à des besoins légitimes de caractère financier ou économique.

§ 2. N'est pas non plus opposable à l'Administration des contributions directes, la vente, le cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce, ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent, à un contribuable visé à l'article 227, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis, du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne prouve soit que l'opération réponde à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, soit qu'il à reçu pour l'opération une contrevaletur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu.

L'art. 344 è stato introdotto dalla Legge del 22 luglio 1993<sup>(72)</sup> con cui è stata conferita la facoltà all'Amministrazione finanziaria di riqualificare ai fini fiscali una o più operazioni effettuate dal contribuente, ove la stessa sia in grado di determinare (mediante presunzione o altra prova) che l'operazione è stata scelta al fine di evitare le imposte altrimenti dovute<sup>(73)</sup>. Nello specifico la norma *de qua* ricollegava l'esistenza di una fattispecie elusiva alla realizzazione di un atto o una serie di atti<sup>(74)</sup> che unitariamente considerati costituissero una medesima operazione finalizzata al conseguimento di un risparmio d'imposta in assenza di ragioni finanziarie o economiche.

L'aspetto che merita di essere sottolineato è che il previgente art. 344 risultava applicabile a condizione che la riqualificazione proposta dall'Amministrazione fosse omogenea, sul piano degli effetti giuridici, all'atto o alla serie di atti realizzati in concreto dal contribuente. In tal senso, secondo parte della dottrina l'art. 344 doveva essere ricostruito alla luce della teoria del "concorso di qualificazioni" – e non della frode alla legge – nel senso di ritenerlo applicabile a condizione che l'atto realizzato dal contribuente fosse suscettibile di più qualificazioni e che quella scelta dal contribuente risultasse giustificata solo dal fine di evitare le imposte altrimenti dovute<sup>(75)</sup>.

Tale orientamento sembrerebbe aver poi trovato conferma nella sentenza del 4 novembre 2005, n. 04.0056 della Corte di Cassazione secondo cui per poter applicare l'art. 344 l'Amministrazione doveva proporre una riqualificazione degli atti realizzati dal contribuente che ne preservasse gli effetti giuridici così come obiettivamente desumibili dalla natura degli stessi e non così come voluti dal contribuente<sup>(76)</sup>. Con tale sentenza la Corte ha, infatti, escluso che un'operazione di rimborso di azioni potesse essere riqualificata in un'operazione di distribuzione di dividendi – vista l'eterogeneità di effetti giuridici ricollegabili alle operazioni in questione. Tuttavia, come precisato dalla sentenza n. 06.0028 del 22 novembre 2007 della Corte di Cassazione, non occorre identità di effetti, ma è sufficiente una somiglianza (seguendo questo criterio la Corte ha escluso che gli effetti dell'usufrutto potessero essere ritenuti simili a quelli del prestito e che quindi il primo possa essere riqualificato nel secondo agli effetti dell'art. 344). Con la più recente sentenza n. 08.0067 del 10 giugno 2010 la Corte di Cassazione ha però precisato che, nel caso di operazioni "in sequenza", queste possono essere riqualificate in un'unica operazione purché vi sia similitudine, sotto il profilo economico o finanziario, tra l'effetto complessivo delle operazioni in serie e quello dell'unica operazione. In tale ottica, secondo parte della dottrina, la Cassazione avrebbe superato l'idea secondo cui la riqualificazione doveva basarsi

---

<sup>72</sup> Per un inquadramento generale della disciplina previgente si veda MALHERBE, J., AFSCHRIFT, T., *Requalification of transaction for tax purposes under section 344, § 1 of the Belgian Income Tax Code – Potential Application to Coordination Centers*, in *Intertax*, 1994, 8-9, p. 381 nonché DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Amsterdam, 2008, pp. 123 e segg.

<sup>73</sup> MALHERBE, J., *L'esperienza Belga*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza Europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, pp. 45 e segg.

<sup>74</sup> La norma non si riferisce ai "fatti", tale circostanza, secondo parte della dottrina, consentirebbe di escludere che la norma si applichi ad eventi quali il trasferimento della residenza o di attività all'estero (cfr. DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Amsterdam, 2008, p. 178).

<sup>75</sup> MALHERBE, J., *Requalification of transaction for tax purposes under section 344 § 1 of the Belgian Income Tax Code: potential application to coordination centers*, in *Intertax*, 1994, p. 381.

<sup>76</sup> AFSCHRIFT, T., *L'Abus fiscal*, Brussels, 2012, p. 48.

esclusivamente su una comparazione di effetti giuridici ammettendo ora la possibilità di riqualificare una serie di transazioni (fiscalmente vantaggiose) in un'operazione unica (fiscalmente più onerosa) ove quest'ultima, sul piano economico, si fosse risolta in effetti simili alla prima<sup>(77)</sup>. In realtà, secondo parte della dottrina<sup>(78)</sup>, non vi sarebbe un superamento del principio della similarità degli effetti giuridici, poiché nella predetta sentenza risulterebbe comunque fatta salva la tesi secondo cui, una volta stabilito che le operazioni in serie sono economicamente equivalenti ad un'unica operazione, dovrà comunque essere verificata la conformità degli effetti giuridici dell'operazione unitaria rispetto a quella realizzata dal contribuente ed articolata in una serie di transazioni. A sostegno di tale conclusione può essere osservato che nella sentenza in commento i giudici accolgono espressamente il principio secondo cui «[l]'administration ne peut toutefois procéder à la requalification de l'opération que si la nouvelle qualification a des effets juridiques non fiscaux similaires au résultat final des actes juridiques posés par les parties». Ciò significa che, sebbene la Corte si sia riferita al criterio della "somiglianza economica" per stabilire l'applicabilità dell'art. 344 (previgente), ciò non toglie, proprio per aver fatto ricorso a tale articolo, che la ricostruzione in termini unitari dell'operazione artificialmente separata in atti distinti debba, comunque, risultare a questi uniforme sul piano degli effetti giuridici complessivamente prodotti<sup>(79)</sup>.

Ad ogni modo secondo un diverso orientamento della dottrina alla base dell'art. 344 vi sarebbe in ogni caso la teoria della frode alla legge volendo il legislatore colpire tutti i casi in cui il contribuente crea, per mezzo di atti leciti e non simulati, una data situazione giuridica al fine di accedere ad una fattispecie imponibile di maggior favore evitando quella più onerosa<sup>(80)</sup>. In tal caso l'art. 344 risulterebbe applicabile in un più ampio numero di casi e non solo in quelli in cui l'atto realizzato dal contribuente risulta (in via obiettiva) suscettibile di più qualificazioni tra loro parimenti corrette sul piano civilistico. Tale ipotesi è stata però giudicata meno fondata in quanto, nell'ambito del sistema fiscale belga, le norme tributarie non sarebbe qualificabili nei termini di norme imperative – come, invece, richiesto dalla frode alla legge<sup>(81)</sup>.

---

<sup>77</sup> AFSCHRIFT, T., *op. cit.*, p. 50.

<sup>78</sup> AFSCHRIFT, T., *Ibidem*.

<sup>79</sup> AFSCHRIFT, T., *op. cit.*, p. 52.

<sup>80</sup> Per una ricostruzione si veda MALHERBE, J., *L'esperienza belga*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999, p. 47.

<sup>81</sup> Tale assunto viene giustificato osservando la molteplicità di soluzioni negoziali ed operazioni tra loro alternative di cui il contribuente può avvalersi senza di per sé incorrerne in un comportamento antigiuridico ai fini tributari. Sul punto si veda MALHERBE, J., *L'esperienza Belga*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza Europea*, a cura DI PIETRO, A., Milano, 1999, pp. 48-49 secondo cui, con riferimento alla frode alla legge, va osservato che «[l]'applicazione di quest'ultima teoria suppone in effetti che il soggetto di diritto sia preliminarmente soggetto ad una disposizione che l'obbliga a fare o non fare qualcosa. Ora il diritto tributario non prevede tali obblighi per il contribuente: indica semplicemente quando le condizioni d'imposta sono soddisfatte. La teoria della frode alla legge, alla francese, non può dunque essere trasporta nel diritto tributario, in ragione della natura di quest'ultimo».

### 1.2.2 *Il vigente art. 344 del Code des impots sur le revenus e il recepimento della giurisprudenza comunitaria sull'abuso del diritto.*

Il fatto che ad avviso del prevalente orientamento della Corte di Cassazione l'art. 344 doveva essere applicato soltanto nei casi di identità o somiglianza tra gli effetti giuridici degli atti concretamente realizzati dal contribuente e la loro riqualificazione ad opera dell'Amministrazione, costituiva, come rilevato dallo stesso Legislatore Belga, un forte limite all'efficacia della norma in commento<sup>(82)</sup> – soprattutto ove la riqualificazione avesse riguardato le operazioni realizzate mediante un solo atto<sup>(83)</sup>.

Per tale ragione nel 2009 è stato avviato un progetto di riforma dell'art. 344 teso, da un lato, ad eliminare il predetto vincolo dell'identità ovvero somiglianza degli effetti giuridici, e, dall'altro ad introdurre una norma antielusiva generale fondata sul concetto di abuso del diritto<sup>(84)</sup>. È stata così varata una nuova versione dell'art. 344, applicabile a decorrere dal periodo d'imposta 2012, secondo cui un'operazione o una serie di operazioni devono considerarsi inopponibili all'Amministrazione finanziaria se quest'ultima dimostra l'esistenza di un abuso di diritto così definito dalla medesima norma: i) il contribuente realizza mediante un atto giuridico, o un complesso di atti, un'operazione che risulta in violazione di uno degli obiettivi perseguiti dalle disposizioni tributarie recate dal *Code des impots sur le revenus* (e dei connessi provvedimenti di esecuzione), oppure ii) il contribuente realizza un'operazione finalizzata all'ottenimento di un vantaggio fiscale contrario agli obiettivi delle predette disposizioni purché quest'ultima risulti giustificata dal fine essenziale di conseguire un vantaggio fiscale.

Si può, quindi, affermare che l'art. 344 riformato individua la fattispecie elusiva generale sulla base dei seguenti elementi: a) la realizzazione di un atto giuridico, o di una serie di atti giuridici che unitariamente considerati realizzano una medesima operazione, tramite i quali b1) il contribuente si pone al di fuori del campo di applicazione di una disposizione del *Code des impots sur le revenus* (o di un provvedimento per la sua esecuzione) violandone gli obiettivi, ovvero b2) il contribuente si pone all'interno del campo di applicazione di norme di tipo agevolativo contravvenendone gli obiettivi e l'operazione risulta giustificata, essenzialmente, dallo scopo di ottenere un risparmio d'imposta<sup>(85)</sup>.

---

<sup>82</sup> *Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi-programme*, 24 febbraio 2012, pp. 109-110.

<sup>83</sup> Circolare n. 3 del 4 maggio 2012 del *Service Public Federal Finances*, p. 3 nonché *Projet de loi-programme* n. 2081/001 del 24 febbraio 2012, p. 110.

<sup>84</sup> Cfr. *Rapport de la Commission d'enquete sur les grands dossiers de fraude fiscale*, n. 52-0034/004 (*Chambre des représentants de Belgique*), 7 maggio 2009, pp. 241-242. Nello specifico in tale rapporto si afferma che occorrerà «*évaluer, au regard de la législation européenne, le besoin de renforcer notre dispositif anti-abus et introduire une clause générale anti-abus dans la législation reconnaissant l'abus de droit en matière fiscale (art. 344 CIR92), sans que cette clause ne crée d'insécurité juridique*» tenendo altresì presente l'obiettivo di «*faciliter l'application de notre disposition antiabus à la lumière de la pratique de pays voisins*» (p. 241).

<sup>85</sup> Come correttamente osservato dalla dottrina l'art. 344 si riferisce agli obiettivi di specifiche disposizioni e non del sistema tributario nel suo complesso. Pertanto, ai fini di una valida applicazione della norma *de qua* l'Amministrazione finanziaria è tenuta a riferirsi ad una specifica disposizione di cui, individuato l'obiettivo sottostante, deve poter dimostrare che lo stesso risulta frustrato dalla fattispecie integrata dal contribuente sebbene formalmente rispettosa della medesima disposizione (AFSCHRIFT, T., *L'Abus Fiscal*, Bruxelles, 2013, p. 102). In ciò l'art. 344 risulta profondamente diverso, come si avrà modo di chiarire,

In senso conforme a tale ipotesi di lettura la circolare n. 3 del 4 maggio 2012 del *Service Public Federal Finances* ha precisato che il concetto di “abuso del diritto” intende riferirsi a due diverse tipologie di casi. In primo luogo, la norma sarebbe diretta nei confronti di quei comportamenti che, al fine di ridurre il carico fiscale, si risolvono nella scelta di una forma giuridica che, sul piano formale, pongono i medesimi al di fuori del campo di applicazione di una disposizione fiscale più onerosa sebbene con ciò venga ad essere integrata una fattispecie molto vicina a quella contemplata da tale disposizione. In secondo luogo, l’art. 344 risulterebbe applicabile in tutti quei casi in cui il contribuente, al fine di ottenere un vantaggio fiscale, sceglie la forma giuridica che lo pone nel campo di applicazione di una disposizione volta a concedere un’agevolazione senza che tale scelta sia dettata da altre ragioni se non il risparmio fiscale.

Tali indicazioni si desumono, peraltro, dal contenuto del *Projet de loi-programme* n. 2081/001 del 24 febbraio 2012 che, nel motivare la riforma dell’art. 344, precisava l’intenzione di combattere due diverse tipologie di *fraude fiscale*: da un lato, «*le choix d’une forme juridique pour se placer dans une situation qui ne répond pas aux conditions légale à remplir pour être imposable, mais qui est très proche de la situation imposable alors que ce choix n’est dicté que par le souci de réaliser une économie d’impôt. La volonté du législateur serait transgressée si la loi fiscale n’est pas appliquée à l’acte juridique posé*»; dall’altro, «*l’exécution d’une loi avantageuse: le choix d’une forme juridique qui vise à se soumettre à une norme procurant un avantage fiscal, alors que ce choix n’est dicté que par le souci de réaliser une économie d’impôt. La revendication de cet avantage est contraire à l’objectif poursuivi par la loi*». Con specifico riferimento al contenuto del requisito inerente la valutazione degli obiettivi delle disposizioni fiscali invocate dal contribuente, il citato *Projet de loi-programme* n. 2081/001 precisava, inoltre, che «*l’incompatibilité avec les objectifs de la législation fiscale doit être comprise à la lumière du concept de “construction purement artificielle”. Il y a une “construction purement artificielle” lorsque l’opération ne poursuit pas les objectifs économiques que sous-tend la législation fiscale ou est sans rapport avec la réalité économique ou ne se déroule pas dans les conditions commerciales ou financières du marché. En d’autres termes, il s’agit d’actes juridiques qui sont exécutés uniquement pour éviter l’impôt*» (p. 114).

Rispetto al dibattito sorto con riferimento alla previgente versione dell’art. 344, si può, quindi, affermare che l’attuale formulazione della norma non può più essere ricostruita alla luce della dottrina del “concorso di qualificazioni”, risultando, invece, più appropriato un generale rinvio all’orientamento della Corte di Giustizia Europea in tema di abuso del diritto. Ed, infatti, nel citato *Projet de loi-programme* n. 2081/001 si afferma – a commento della modifica dell’art. 344 – che «*il n’est pas opportun de modifier l’actuel dispositif anti-abus, tel que interprété et appliqué jusqu’à présent, sans prendre en compte la jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union européenne dans cette matière*»<sup>86</sup>).

---

dalla omologa norma antielusiva presente in Canada che, invece, consente di far valere la frustrazione degli scopi legislativi non solo con riferimento a delle singole disposizioni, ma anche al sistema tributario nel suo complesso.

<sup>86</sup> Alla luce del quadro appena delineato non sembra irragionevole affermare che nell’ambito della nuova formulazione dell’art. 344 il nucleo centrale delle condotte elusive viene ricondotto alla circostanza di avere

Rispetto al quadro di riferimento sopra definito, potrebbe offrire qualche spunto di riflessione l'assenza di un espresso richiamo al criterio delle costruzioni di puro artificio nell'ambito del testo dell'art. 344. Non può, infatti, non rilevarsi come tale criterio sia stato uniformemente adottato proprio da quella giurisprudenza comunitaria da cui tale norma, come appena visto, trae espressamente la propria ispirazione.

Nel tentativo di rendere conto di tale circostanza la dottrina ha osservato che il mancato riferimento al concetto di *montage artificiel* sarebbe giustificato dall'esigenza di evitare, coerentemente con la giurisprudenza comunitaria, che l'abuso del diritto venisse ad essere ridotto alla mera presenza di un simile elemento piuttosto che alla violazione degli scopi delle norme tributarie invocate dal contribuente<sup>(87)</sup>. Così ricostruito l'art. 344, sebbene chiaramente ispirato alla giurisprudenza comunitaria, risulterebbe non in linea con la ricordata Raccomandazione della Commissione Europea n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012 secondo cui gli stati membri dovrebbero adottare una clausola antielusiva generale fondata sul criterio dei "*wholly artificial arrangement*" (i.e. *montage purement artificiel*).

---

disatteso l'obiettivo della disposizione invocata (ossia utilizzata a copertura della condotta elusiva). Conseguentemente, l'attività d'interpretazione e ricostruzione della *ratio legis* delle disposizioni fiscali invocate dal contribuente assume una rilevanza predominante ai fini di una corretta applicazione dell'art. 344. Muovendo da questi presupposti appare, quindi, altrettanto ragionevole chiedersi se l'aver ricondotto il nucleo essenziale delle condotte elusive al fatto di aver disatteso l'obiettivo delle disposizioni fiscali invocate a proprio favore dal contribuente renda l'art. 344 una norma di contrasto alle condotte elusive su base interpretativa. L'art. 344 potrebbe, infatti, essere letto nei termini di una trasposizione legislativa dell'approccio secondo cui per contrastare le condotte elusive è sufficiente ricorrere ad una interpretazione ampia delle norme fiscali (cioè ricostruendone gli obiettivi) – ipotesi che, per quanto visto, non sembra del tutto estranea all'approccio della Corte di Giustizia all'abuso del diritto e acui si è espressamente ispirato il legislatore Belga. Tuttavia, la risposta a tale interrogativo sembra essere di segno negativo poiché se è vero che l'attività di interpretazione delle norme fiscali si rende necessaria per ricostruirne le finalità eventualmente disattese dal contribuente, è pur vero che ai sensi dell'art. 344 l'atto "abusivo" è inopponibile soltanto se, in aggiunta, non risulta giustificato da motivi diversi da quello del risparmio fiscale. Pertanto, ai fini di una corretta applicazione della norma *de qua* risulterebbe necessario effettuare un tipo di indagine che non riguarda soltanto il contenuto delle norme o la loro *ratio legis*, e quindi il trattamento da riservare in modo indistinto a tutti i casi ad esse riferibili. Infatti, per poter stabilire, come richiesto dall'art. 344, se ricorra o meno una finalità finscale come giustificazione prevalente della fattispecie posta in essere, occorre compiere un'indagine caso per caso. Solo in questo modo è possibile applicare le norme tributarie conformemente all'art. 344 ed escludere, al contempo, che il contribuente venga ingiustamente assoggettato ad un regime fiscale più oneroso in forza di una interpretazione ampia delle norme tributarie nonostante fosse del tutto assente la finalità elusiva che l'art. 344 intende reprimere (cfr. MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 243). Ne consegue che ai sensi dell'art. 344 le condotte elusive non risulterebbero contrastate su base meramente interpretativa. In conformità a tale conclusione può, inoltre, ricordarsi quanto affermato dallo stesso Legislatore nel *Projet de loi-programme* n. 2081/001, secondo cui «*on doit également être attentif au fait que l'utilisation de l'article 344, § 1er, CIR 92 par l'administration constitue un recours ultime et ne doit être appliquée que lorsque la méthode d'interprétation ordinaire, les dispositions techniques du Code, les dispositions speciale relatives à la lutte contre l'évasion et la théorie de la simulation ne sont d'aucun secours*». Tuttavia, come osservato dalla dottrina, ciò non significa ridurre il *proprium* dell'elusione fiscale nel senso individuato dall'art. 344 all'assenza di sostanza economica poiché quest'ultima non implica necessariamente la violazione degli obiettivi legislativi delle disposizioni invocate. Sul punto può essere utile osservare che anche la ricordata normativa antielusiva generale presente in Francia ricollega l'integrazione delle fattispecie elusiva alla presenza di una finalità (esclusivamente) fiscale e alla contrarietà dell'operazione realizzata agli scopi delle norme invocate, sebbene ne sia rispettata la lettera. Pertanto, sulla scorte delle riflessioni appena svolte, anche nel caso dell'art. L 64 A si dovrebbe affermare che l'elusione fiscale (in quanto distinta dalla simulazione) non viene ad essere contrastata su base interpretativa.

<sup>87</sup> AFSCHRIFT, T., *L'Abus Fiscal*, Bruxelles, 2013, p. 73.

Peraltro, tale conclusione potrebbe ritenersi ulteriormente confermata se si ricorda che secondo la predetta Raccomandazione «*le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni [cioè quelle di puro artificio] a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica*». Parte della dottrina ha, infatti, osservato che l'art. 344 riformato risulterebbe applicabile indipendentemente da una preliminare verifica della sussistenza di una adeguata sostanza economica a supporto dell'operazione oggetto di verifica<sup>(88)</sup>. Al riguardo viene osservato che gli obiettivi perseguiti dalle norme tributarie, il cui esame come chiarito si pone al vertice dell'*iter* applicativo dell'art. 344, possono assumere i contenuti più svariati e non vi sarebbe alcuna ragione di relegarli all'ambito economico-imprenditoriale<sup>(89)</sup>. Quindi, esclusi i casi – ritenuti piuttosto rari – in cui il legislatore abbia espressamente impresso una finalità economico-imprenditoriale alle disposizioni tributarie adottate, il presupposto per l'applicazione dell'art. 344 non dovrebbe essere ricollegato all'assenza di una “*réalité économique*”<sup>(90)</sup>.

Pertanto, se il criterio delle “costruzioni di puro” deve essere valutato, come suggerito dalla Commissione Europea, facendo riferimento alla loro sostanza economica, ma l'assenza di quest'ultima non è presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 344, allora, sembrerebbe confermata l'ipotesi secondo cui l'assenza in tale disposizione di un riferimento testuale ai *montage purement artificiel* non sarebbe il frutto di una mancanza, ma di una precisa scelta legislativa.

Il Legislatore sembra, però, aver accolto una lettura lievemente diversa della norma in questione. Nel *Projet de loi-programme* n. 2081/001 viene, infatti, espressamente affermato che «*l'incompatibilité avec les objectifs de la législation fiscale*» deve essere valutata tenendo presente il concetto di “*construction purement artificielle*” da intendersi nel senso di una costruzione «*sans rapport avec la réalité économique ou ne se déroule pas dans les conditions commerciales ou financières du marché. En d'autres termes, il s'agit d'actes juridiques qui sont exécutés uniquement pour éviter l'impôt*». Quindi per il legislatore belga l'art. 344, sebbene implicitamente, si baserebbe sul concetto di “costruzioni di puro artificio”, ancorché quest'ultime non debbano essere automaticamente identificate con le costruzioni prive di sostanza economica in senso stretto<sup>(91)</sup>.

---

<sup>88</sup> AFSCHRIFT, T., *L'Abus Fiscal*, Bruxelles, 2013, p. 83 e p. 101.

<sup>89</sup> GARABEDIAN, D., *La nouvelle règle générale anti-abus et l'objectif des dispositions fiscales: portée, arbre de décision, cas pratiques*, in *Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 2012, p. 751.

<sup>90</sup> AFSCHRIFT, T., *L'Abus Fiscal*, Bruxelles, 2013, p. 101. Peraltro, secondo un orientamento della dottrina, gli obiettivi legislativi rilevanti agli effetti dell'art. 344 devono essere quelli espressamente ricavabili sulla base di una interpretazione storico-evolutiva della norma e dei lavori preparatori alla stessa, e, inoltre, in caso di dubbio la questione dovrebbe essere risolta secondo la regola *in dubio contra fiscum* – diversamente verrebbe ad essere minata la certezza e stabilità dei rapporti giuridico-economici (DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008, pp. 743-744).

<sup>91</sup> Da questo punto di vista si potrebbe ravvisare un parziale recepimento delle istanze della dottrina precedentemente considerate. Tuttavia, tale ipotesi non sembra corretta. Infatti, l'allargamento del concetto di “costruzione di puro artificio” anche alle costruzioni cui sarebbero riferibili operazioni realizzate secondo condizioni commerciali o finanziarie di mercato, non sembra spostare al di fuori dell'ambito economico la natura della sostanza di tali costruzioni. Pertanto, più che recepire il predetto orientamento della dottrina, la posizione Legislatore dell'art. 344 sembra perfettamente in linea con quella espressa nella citata raccomandazione della Commissione – sebbene con qualche precisazione in più. Si noti, peraltro, che nella



Tuttavia, al di là delle intenzioni legislative, il tenore letterale dell'art. 344 non sembra limitare all'assenza di sostanza economico-commerciale il concetto di costruzione di puro artificio visto che, come di seguito chiarito, non si è prevista, quale esimente dall'applicazione del medesimo art. 344, la rilevanza delle sole ragioni economiche, ma, più in generale, quella delle ragioni diverse da quelle fiscali<sup>92</sup>). Pertanto, è ben possibile che una costruzione di puro artificio nel senso indicato dalla Commissione Europea non sia una costruzione di puro artificio rilevante agli effetti dell'art. 344 in quanto dotata di una reale sostanza sebbene non riducibile a quella di tipo economico-commerciale.

In ragione di ciò potrebbe ritenersi confermata l'ipotesi secondo cui, ai fini di una corretta applicazione dell'art. 344, la natura degli obiettivi legislativi da considerare per stabilire se lo spirito delle disposizioni invocate dal contribuente sia o meno stato frustrato non dovrebbe essere identificata con una finalità di tipo meramente economico o economico-commerciale.

In tale ottica può, infine, essere utile osservare che l'attuale formulazione dell'art. 344 prevede che non ricorra abuso qualora il contribuente provi che l'operazione, ancorché contraria agli scopi legislativi e posta in essere per finalità fiscali, sia comunque giustificata da *altre* ragioni diverse da quelle del risparmio fiscale. Pertanto, la norma *de qua* non limita al campo delle ragioni di natura strettamente economica la tipologia di ragioni che il contribuente può opporre all'Amministrazione per inibire l'applicazione dell'art. 344. Ciò significa, quindi, che ove siano soddisfatte le altre condizioni per l'applicazione dell'art. 344 il ricorso ad un eventuale *business purpose test* non può ritenersi in alcun modo risolutivo ai fini del concreto giudizio di inopponibilità dell'operazione realizzata dal contribuente – sebbene sia innegabile che un tale *test* sia utile nella maggioranza delle situazioni. Infatti, nel caso in cui fossero assenti ragioni di natura economica, potrebbero ben essere presenti ragioni di altri tipo (ad es. legate ai legami familiare dei soci di una società rispetto alla realizzazione di operazioni funzionali al passaggio generazionale dell'azienda che potrebbe non riflettere una logica puramente economica ma “affettiva”). Sotto questo profilo, quindi,

---

predetta Raccomandazione la Commissione, nel tentativo di chiarificare ulteriormente il concetto di “costruzione di puro artificio”, si riferisce indistintamente anche all' assenza di “sostanza commerciale” da valutarsi anche nei casi in cui «*la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale*» (Commissione Europea, n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, art. 4.4). A maggior ragione, quindi, la posizione assunta dal legislatore belga non sembra distante da quella della Commissione.

<sup>92</sup> Sarebbe, quindi, ravvisabile una dissociazione tra la *voluntas legis*, in quanto obiettivamente ricavabile dalla norma, e la *voluntas legislatoris* ricavabile, invece, dall'esame dei lavori preparatori. Tuttavia, secondo l'autorevole insegnamento del BETTI la *voluntas legislatoris* non può assumersi quale valido criterio interpretativo poiché il senso della legge in quanto norma – e non mero fatto storico causalmente condizionato (*occasio legis*) – non è che quello da essa ricavabile in virtù della sua coerenza con il sistema del diritto positivo nella sua connessione con il problema pratico che la norma intende risolvere: «*l' “intenzione del legislatore” sta ad indicare il problema pratico, del quale la norma da interpretare rappresenta la soluzione. Che il problema sia stato esplicitamente proposto, dipende dal maggiore o minor grado di consapevolezza che del compito legislativo abbiano raggiunto coloro che per proprio ufficio, erano chiamati a formulare la legge. Ma l'importante non è che costoro siano stati chiaramente consapevoli del problema di politica legislativa elle si trattava di risolvere, bensì che la norma formulata ne costituisca oggettivamente la soluzione. Lo “scopo” o problema pratico è anche ciò che si designa come ratio legis*» (BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pp. 265-pp. 266).

la vigente formulazione dell'art. 344 differisce profondamente dalla precedente ai sensi della quale – per espressa previsione legislativa – solo le ragioni economiche o finanziarie potevano essere opposte dal contribuente in sede di contestazione. Tuttavia, come precisato dalla circolare n. 3/2012 (p. 8) le ragioni diverse da quella del risparmio fiscale devono soddisfare alcuni requisiti: non devono essere generiche, ma specifiche rispetto all'operazione realizzata e, in ogni caso, devono essere non marginali rispetto al vantaggio fiscale<sup>93</sup>).

Ragionando in questi termini sembrerebbe, quindi, confermata l'ipotesi precedentemente avanzata secondo cui ai sensi della definitiva formulazione dell'art. 344 il *proprium* dell'elusione fiscale non dovrebbe essere identificato con la mera assenza di sostanza economica. Su tali basi potrebbe, pertanto, trovare spiegazione l'assenza di un espresso riferimento alle costruzioni di puro artificio nell'ambito dell'attuale formulazione dell'art. 344.

### 1.2.3 *Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie*

#### A) *Le garanzie procedurali*

Attualmente l'ordinamento belga non prevede una procedura specifica per l'applicazione dell'art. 344, pertanto troveranno applicazione le norme generali sul procedimento di accertamento tra cui meritano attenzione l'art. 346<sup>94</sup> del *Code des impôts sur le revenu* e la disciplina delle *décision anticipée* recata dalla Legge 24 dicembre 2002, n. 33 (che ha sostituito l'istituto degli *accords fiscaux préalables* previsto dall'art. 345 del predetto codice).

---

<sup>93</sup> Si veda anche il *Projet de loi-programme* n. 2081/001, p. 115.

<sup>94</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

Lorsque l'administration estime devoir rectifier les revenus nets et les autres éléments que le contribuable a soit mentionnés dans une déclaration répondant aux conditions de forme et de délais prévues aux articles 307 à 311 ou aux dispositions prises en exécution de l'article 312, soit admis par écrit, elle fait connaître à celui-ci, par lettre recommandée à la poste, les revenus et les autres éléments qu'elle se propose de substituer à ceux qui ont été déclarés ou admis par écrit en indiquant les motifs qui lui paraissent justifier la rectification.

Lorsque l'administration fait usage du moyen de preuve prévu à l'article 342, § 1er, alinéa premier, elle communique de la même manière le montant des bénéfices ou profits de trois contribuables similaires ainsi que les éléments nécessaires pour établir proportionnellement le montant des bénéfices ou profits du contribuable concerné.

Un délai d'un mois à compter du troisième jour ouvrable qui suit l'envoi de cet avis, ce délai pouvant être prolongé pour de justes motifs, est laissé au contribuable pour faire valoir ses observations par écrit; la cotisation ne peut être établie avant l'expiration de ce délai, éventuellement prolongé, sauf si le contribuable a marqué son accord par écrit sur la rectification de sa déclaration ou si les droits du Trésor sont en péril pour une cause autre que l'expiration des délais d'imposition.

Les alinéas précédents sont également applicables aux revenus et autres éléments qui sont repris dans la proposition de déclaration simplifiée visée à l'article 306, lorsque ladite proposition de déclaration simplifiée, complétée par les éléments qui ont été communiqués par le contribuable dans le délai mentionné à l'article 306, § 3, est inexacte ou incomplète ou lorsque l'Administration marque son désaccord sur les remarques dont le contribuable lui fait part dans le délai de l'article 306, § 3.

Au plus tard le jour de l'établissement de la cotisation, l'administration fait connaître au contribuable, par lettre recommandée à la poste, les observations que celui-ci a formulées conformément à l'alinéa 3 du présent article, et dont elle n'a pas tenu compte, en indiquant les motifs qui justifient sa décision.

La prima delle citate disposizioni prevede, infatti, la facoltà per il contribuente di proporre, entro 30 giorni dalla ricezione dell'avviso di accertamento, delle osservazioni difensive a cui l'Amministrazione finanziaria è tenuta a rispondere per iscritto fornendo una precisa giustificazione della posizione raggiunta. Così, come nel caso della Francia, l'ordinamento belga – diversamente da quello italiano – prevede in via sistematica non solo la possibilità di instaurare un contraddittorio endoprocedimentale con l'Amministrazione finanziaria, ma di garantire una sorta di motivazione “rafforzata” dell'accertamento nel senso di imporre all'Amministrazione una specifica replica alle ragioni eventualmente addotte dal contribuente a difesa del proprio operato. Da questo punto di vista può, quindi, trovare una facile spiegazione l'assenza di uno specifico procedimento applicativo per l'art. 344 – quanto meno sotto il profilo del contraddittorio e della successiva motivazione dell'accertamento.

La complessiva disciplina recata dalla L. n. 33/2002 prevede, invece, la possibilità per il contribuente di presentare un interpello preventivo al *Service des décisions anticipées en matière fiscale* il quale, come ben precisato nella circolare del *Service Public Federal Finances* del 4 maggio 2012, n. 3, «*pourra donc se prononcer sur le fait de savoir si le choix du ou des acte(s) juridique(s), ou l'ensemble d'actes juridiques projetés et réalisant une même opération, est justifié par d'autres motifs que l'évitement des impôts*». Con tale legge viene, pertanto, ad essere canonizzato il diritto del contribuente di conoscere in anticipo il punto di vista dell'Amministrazione con riferimento ad un'operazione che lo stesso intende realizzare proteggendo il medesimo dal rischio di accertamenti. Naturalmente, come precisato nella predetta circolare «*l'accord de ce service sur le choix du contribuable d'un acte ou d'un ensemble d'actes implique que celui-ci ne peut pas être remis en question dans le cadre de la présente disposition, pour autant que toutes les opérations aient été réalisées telles qu'elles sont reprises dans l'accord préalable*». Quindi, come di solito previsto dai vari ordinamenti in materia di interpello, le protezioni da questo garantite al contribuente vengono meno ove quest'ultimo alteri, in tutto o in parte, l'operazione realizzata rispetto a quella prospettata.

Tuttavia, sussistono alcuni dubbi circa la possibilità di usufruire dell'istituto delle *décisions anticipées* con riferimento all'art. 344 del *Code des impôts sur le revenu*. Va, infatti, segnalato che ai sensi dell'art. 1, comma 3, dell'*arrêté royal* del 17 gennaio 2003, l'interpello in questione non è ammesso, *inter alia*, con riferimento alle norme riguardanti l'*utilisation des moyens de preuve*” e la *“procédure de taxation”*<sup>(95)</sup>.

---

<sup>95</sup> Si è, quindi, posta la questione se l'art. 344 rientri in una delle due tipologie di norme (AFSCHRIFT, T., *L'Abus Fiscal*, Bruxelles, 2013, p. 181). Secondo l'Amministrazione finanziaria la risposta dovrebbe essere positiva poiché *“la mesure anti-abus de droit est une règle de procédure qui ne peut s'appliquer qu'après la réalisation des opérations visées”* (Circ. n. 3/2012, p. 9). In aggiunta, secondo quanto desumibile dal citato *Projet de loi-programme* n. 2081/001 con cui è stato riformato l'art. 344 la norma in questione dovrebbe essere ricondotta tra quelle riguardanti i mezzi di prova, visto che ad avviso degli estensori del predetto progetto *«la disposition reste un moyen de preuve de l'administration dont l'application conduit à la non-opposabilité à l'administration»*. E, in effetti, non può non notarsi come l'art. 344 sia contenuto nel capitolo IV del *Code des impôts sur le revenu* rubricato *“Moyens de preuve de l'administration”*. Pertanto, anche sulla base di tale precisazione dovrebbe escludersi la possibilità di ricorrere all'istituto delle *décisions anticipées* con riferimento all'art. 344 del *Code des impôts sur le revenu*. Tuttavia, secondo parte della dottrina la norma antiabuso avrebbe natura di norma sostanziale atteso che per

## B) *Il riparto dell'onere della prova*

Secondo la ricordata circolare n. 3/2012<sup>96</sup>) l'Amministrazione finanziaria, al fine di applicare validamente l'art. 344, avrebbe soltanto l'onere di provare l'integrazione degli elementi obiettivi (o materiali) dell'abuso del diritto, senza, quindi, dover provare l'elemento soggettivo rappresentato dal fine di perseguire uno scopo fiscale. Diversamente, prosegue l'Amministrazione, il Fisco rimarrebbe esposto ad una prova diabolica. Similmente nel *Projet de loi-programme* n. 2081/001 si affermava che, con riferimento alla prova dello scopo essenziale di ottenere un risparmio fiscale, «cet "élément subjectif" ne doit pas être constaté par l'administration fiscale pour prouver l'existence d'un abus fiscal. A cet égard, le texte proposé suit la même logique que celle de l'actuel article 344, § 1er, CIR 92».

Tuttavia, secondo un orientamento della dottrina<sup>97</sup>) tale posizione non risulterebbe pienamente condivisibile. Viene, infatti, osservato che la presenza dello scopo fiscale rientrerebbe tra gli elementi positivi della fattispecie elusiva che, individuando il presupposto dell'azione del Fisco, dovrebbe essere necessariamente provato da quest'ultimo. Ciò non significa, tuttavia, che il Fisco debba provare che l'unico fine perseguito dal contribuente è quello di ottenere un risparmio fiscale: è sufficiente (e richiesto) che provi l'esistenza di un generico fine di natura squisitamente fiscale. In tal senso viene osservato che al Fisco non sarebbe richiesta una prova diabolica, visto che spetterà poi al contribuente, ai sensi di quanto previsto dal comma 3 dell'art. 344, provare che l'operazione realizzata, sebbene motivata da uno scopo fiscale, risulta giustificata anche da altri scopi di natura extrafiscale.

In sintesi, come generalmente previsto per le contestazioni abusive, anche nell'ordinamento belga sembrerebbe trovare posto il generale principio secondo cui il Fisco è tenuto a provare la sussistenza degli elementi che in positivo determinano l'integrazione della fattispecie elusiva, ossia – nel caso di specie – l'intento di ridurre il carico fiscale e la contrarietà dell'operazione agli scopi delle norme tributarie invocate, mentre al contribuente verrebbe assegnato l'onere di provare l'esistenza degli elementi negativi di tale fattispecie (cioè che ne impediscono l'integrazione), ossia la presenza di ragioni diverse da quella meramente fiscale a supporto della condotta posta in essere.

---

il suo tramite l'Amministrazione giunge ad "estendere" la base imponibile rispetto a quella dichiarata (AFSCRIFT, T., *op. cit.*, p. 199). Su queste basi – non prive di ragionevolezza da un punto di vista teorico-sistematico – l'interpello previsto dalla L. n. 33/2002 dovrebbe, quindi, essere utilizzabile anche rispetto all'applicabilità in quanto tale dell'art. 344 in modo che il contribuente possa sapere in anticipo (e con sicurezza) se l'Amministrazione, una volta realizzati l'atto o gli atti rappresentati, procederà o meno ad un accertamento ai sensi di tale norma (AFSCRIFT, T., *op.cit.*, p. 185). Merita comunque di essere segnalato che secondo la ricordata circolare n. 3/2012 del *Service Public Federal Finances*, sebbene l'istituto delle *décisions anticipées* non possa essere utilizzato per sapere se l'operazione che s'intende realizzare sarà considerata abusiva ai sensi dell'art. 344, ciò non toglie che per l'Amministrazione finanziaria il contribuente può presentare un interpello per chiedere se gli atti che s'intende porre in essere saranno riquilificati in unica operazione e se, in aggiunta, quest'ultima deve considerarsi giustificata da un motivo esclusivamente fiscale (Circ. n. 3/2012, p. 9).

<sup>96</sup> Circ. n. 3/2012, p. 17.

<sup>97</sup> AFSCRIFT, T., *op. cit.*, pp. 132-133.

### C) *Gli Effetti sanzionatori dell'art. 344*

Nell'attuale panorama dell'ordinamento tributario belga non esistono sanzioni specifiche da irrogare quale diretta conseguenza dell'applicazione dell'art. 344. Tuttavia, nella citata circolare n. 3/2012<sup>(98)</sup>, l'Amministrazione, ancorché sembri escludere l'applicabilità delle sanzioni penali<sup>(99)</sup>, si è espressa in favore dell'applicabilità della sanzione amministrativa di cui all'art. 444 del *Code des impôts sur le revenu* rubricata "Accroissements d'impôts"<sup>(100)</sup><sup>(101)</sup>.

#### 1.3 *La Spagna*

##### 1.3.1 *L'evoluzione normativa della clausola antielusiva generale nell'ambito della Ley General Tributaria*

L'evoluzione normativa della clausola antielusiva generale prevista dall'art. 15<sup>(102)</sup> della *Ley General Tributaria* – rubricato "Conflicto en la aplicación de la norma tributaria" – evidenzia il tentativo di contrastare le condotte elusive ricorrendo alla categoria giuridica

---

<sup>98</sup> Si veda p. 10.

<sup>99</sup> AFSCHRIFT, T., *L'Abus Fiscal*, Bruxelles, 2013, pp. 173-174.

<sup>100</sup> Cfr. AFSCHRIFT, T., *op. cit.*, p. 178

<sup>101</sup> A tale riguardo si può, tuttavia, segnalare una potenziale contraddizione tra tale conclusione e quella raggiunta con riferimento all'impossibilità di ottenere un *ruling* sull'applicazione dell'art. 344. In tale occasione si è visto, infatti, che il Fisco ha escluso l'utilizzabilità dell'istituto delle *décisions anticipées* poiché l'art. 344 sarebbe una norma riguardante la "procedure de taxation". Non è, quindi, irragionevole affermare che per la stessa Amministrazione finanziaria belga l'art. 344 avrebbe la natura di norma procedimentale. Tuttavia, la sanzione prevista dall'art. 444 è irrogabile solo «en cas d'absence de déclaration ou en cas de déclaration incomplète ou inexacte». Pertanto, se l'Amministrazione ritiene che tale sanzione sia applicabile anche in relazione all'art. 344 ne consegue che tale norma non può intendersi riferita alla "procedure de taxation" ma deve assumersi come capace di incidere direttamente sugli obblighi dichiarativi del contribuente. Pertanto, delle due l'una: o si assume che l'art. 344 è norma di natura procedimentale, e che per tale ragione deve considerarsi inutilizzabile l'istituto delle *décisions anticipées*, ma allora – coerentemente con il silenzio del Legislatore – si esclude la sanzionabilità in via amministrativa delle condotte accertate ai sensi dell'art. 344, oppure se ne accetta la natura sostanziale e di conseguenza ne ammette la rilevanza ai fini sanzionatori ma anche rispetto all'istituto delle *décisions anticipées*. Peraltro, tale ultima ipotesi, al di là della presa di posizione sulla natura di norma procedimentale ovvero sostanziale dell'art. 344, sembra essere giustificata anche in termini di buon senso visto che sarebbe irragionevole pronunciarsi in favore della impossibilità di ottenere un *ruling* preventivo nei confronti di una norma i cui effetti sono rilevanti anche sul piano sanzionatorio – seppur soltanto amministrativo.

<sup>102</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:
  - a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
  - b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.
2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta Ley.
3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajitas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

della frode alla legge<sup>(103)</sup>, la cui modulazione in chiave tributaria si è snodata lungo diverse riforme che hanno via via tentato di superare le difficoltà applicative legate alle varie norme antielusive generali di volta in volta introdotte.

Tale sviluppo normativo può essere suddiviso in quattro fasi, poi culminate nel 2003 con l'introduzione del predetto art. 15<sup>(104)</sup>.

La prima di queste fasi vede come protagonista l'art. 24 della *Ley General Tributaria* del 1963 recante una clausola antielusiva di tipo generale secondo cui «[n]o se admiterà la analogia para extender más allá de sus terminos estrictos el ambito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones. Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con en el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado». Il concetto di frode alla legge viene, quindi, percepito nell'ottica di un'applicazione analogica delle norme tributarie eluse che, tuttavia, per tenere fede al divieto di analogia recato dal primo comma del medesimo art. 24, il legislatore ha imposto di non considerare come un'eccezione allo stesso. Ciò non toglie, come sottolineato dalla dottrina, che da un punto di vista sostanziale il legislatore sia giunto a tollerare un'eccezione al divieto di analogia al fine di impedire per il suo tramite che l'Amministrazione finanziaria fosse impedita nella repressione della frode alla legge tributaria<sup>(105)</sup>. La medesima dottrina ha, però, osservato come tale concezione della frode alla legge sia largamente inaccettabile. Se, infatti, si ammette l'uso dell'analogia come presupposto per l'applicazione dell'art. 24 allora significa che si sta assumendo che la fattispecie elusiva apparteneva ad un caso non regolato dal sistema; ma allora, se è così, non poteva esservi alcuna frode alla legge: semplicemente non era stato realizzato un fatto imponible. Diversamente, la frode alla legge richiede che sia stato realizzato un fatto destinato ad essere regolato da una norma che, tuttavia, viene ad essere inibita perché il contribuente ha costruito tale fatto secondo modalità che, sul piano letterale, lo rendono regolato da una diversa, e più favorevole, norma – ancorché quest'ultima non fosse destinata ad applicarsi<sup>(106)</sup>.

Ad ogni modo, in questa prima fase l'art. 24 verrà scarsamente utilizzato in quanto il legislatore aveva mancato di introdurre il procedimento speciale (*expediente especial*) richiesto dalla stessa norma per la sua applicazione<sup>(107)</sup>.

Quest'ultimo verrà introdotto qualche anno più tardi con l'art. 24 del *Real Decreto* del 29 giugno 1979, n. 1919 dando così vita alla seconda fase dell'evoluzione riguardante la normativa spagnola sulla frode alla legge. In particolare, con tale norma l'applicazione

---

<sup>103</sup> Sul punto PALAO TABOADA, C., *La aplicación de las normas tributaria y la elusión fiscal*, Valladolid, 2009, pp. 45 e segg.

<sup>104</sup> DURÁN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica contra la Elusión Fiscal: Economía de Opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007, p. 63.

<sup>105</sup> PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 30.

<sup>106</sup> PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 31.

<sup>107</sup> DURÁN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica contra la Elusión Fiscal: Economía de Opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007, p. 63 nonché PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 46.

dell'art. 24 della *Ley General Tributaria* veniva ad essere subordinata al rispetto di una specifica procedura che, al fine di evitare un uso indiscriminato della norma *de qua*, prevedeva l'instaurazione di una particolare forma di contraddittorio tra Fisco e contribuente nonché un particolare onere motivazionale dell'avviso di accertamento<sup>(108)</sup>.

Tuttavia, anche questa fase si caratterizza per lo scarso utilizzo dell'art. 24 da parte dell'Amministrazione finanziaria. Secondo la dottrina<sup>(109)</sup> tale circostanza sarebbe stata causata dal fatto che l'articolo in commento: i) richiedeva la prova di un elemento di tipo soggettivo, ossia l'intento fraudolento, non sempre facilmente dimostrabile da parte del Fisco<sup>(110)</sup>; ii) non consentiva di distinguere adeguatamente le forme legittime di risparmio d'imposta dall'elusione fiscale; iii) non risultava applicabile a tutta una serie di operazioni elusive dirette ad evitare non l'evento impositivo in quanto tale, ma – più genericamente – a ridurre la base imponibile. In aggiunta, il fatto che l'applicazione dell'art. 24 fosse subordinata al rispetto di un procedimento particolarmente articolato ha ulteriormente scoraggiato l'Amministrazione dal farne un utilizzo frequente. Conseguentemente, l'Amministrazione ha progressivamente abbandonato l'art. 24 preferendo l'uso di strumenti alternativi dotati di maggior semplicità, anche sotto il profilo procedurale, come nel caso dell'istituto dell'interpretazione economica previsto dall'art. 25 della *Ley General Tributaria* all'epoca vigente secondo cui «1. *El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible. 2. Cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, se calificará conforme a su verdadera naturaleza jurídica cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran afectar a su validez. 3. Cuando el hecho imponible se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que,*

---

<sup>108</sup> In primo luogo, veniva richiesto che l'avviso di accertamento fosse preceduto da un atto da inviarsi al contribuente in cui fossero indicate, da un lato, le circostanze ed i fatti su cui l'Amministrazione intendeva fondare l'applicazione dell'art. 24 citato e, dall'altro, le norme aggirate e degli argomenti in forza dei quali le "norme di copertura" non potevano ritenersi applicabili. In aggiunta, era stato previsto che in seguito al ricevimento di tale atto, il contribuente avesse a disposizione 15 giorni per poter procedere a delle opportune repliche le quali, unitamente all'atto inviato dall'Ufficio incaricato della fase istruttoria, doveva poi essere trasmesse agli organi centrali dell'Amministrazione finanziaria affinché procedesse ad una verifica della pretesa del Fisco. Conclusa questa fase i predetti organi centrali provvedevano ad inviare al contribuente l'atto conclusivo della fase istruttoria avverso il quale, entro 15 giorni, il contribuente era legittimato a presentare documenti e giustificazioni; tuttavia, qualora l'Amministrazione, valutate le repliche fornite dal contribuente, avesse ritenuto di procedere con l'emanazione dell'avviso risultava tenuta a fornire una specifica motivazione. L'avviso così emanato doveva, infine, recare l'espressa indicazione che i suoi effetti erano limitati all'ambito tributario – rimanendo, quindi, perfettamente valido sotto il profilo civilistico il negozio in frode alla legge fiscale.

<sup>109</sup> DE MONÈS, S., DURAND, P. H., MANDELBAUM, J. F., KLEIN, M., NIEMANN, A., MANZITTI, A., CANALEJO LASARTE, G., MARÍN BENÍTEZ, G., J. AIRS, G., *Abuse of Tax Law across Europe (pt. II)*, in *EC Tax Review*, 2, 2010, p. 123 e p. 129.

<sup>110</sup> Tanto che secondo parte della dottrina si sarebbe trattato di una *probatio diabolica* (PÉREZ ROYO, F., *Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria*, in *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, Madrid, 1991, p. 52).

*efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen»*<sup>(111)</sup>.

La terza fase dell'evoluzione normativa afferente all'art. 24 è individuata dall'evento dell'abrogazione del citato procedimento speciale avvenuta per effetto del *Real Decreto* 28 maggio 1993, n. 880. Veniva così ad essere rimosso uno degli elementi ostativi all'utilizzo dell'art. 24 la cui applicazione veniva ora ricondotta entro le generali regole del procedimento amministrativo previste dalla L. 26 novembre 1992, n. 30. Ciò nonostante l'Amministrazione finanziaria continuò a preferire l'utilizzo dell'art. 25 e in particolare l'istituto dell'interpretazione economica desumibile dal medesimo<sup>(112)</sup>.

La quarta ed ultima fase dell'evoluzione in commento è definita dalla riforma dell'art. 24 recata dalla Legge il 20 luglio 1995 n. 25, poi successivamente superata con l'avvento dell'art. 15 della *Ley General Tributaria* del 2003. Per effetto della L. n. 225/1990 l'art. 24 viene ad essere riformulato come segue: «*1. Para evitar el fraude de Ley se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. Para declarar que existe fraude de Ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado. 2. Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos. 3. En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones*».

Come osservato dalla dottrina<sup>(113)</sup> la norma *de qua* risulta formulata sulla falsa riga dell'art. 6<sup>(114)</sup>, comma 4, del *Código Civil* in forza del quale «*los actos realizados al*

---

<sup>111</sup> PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, 2009, Valladolid, p. 40 e pp. 163-165. Sul punto merita poi di essere osservato che l'art. 25 è stato applicato dalla giurisprudenza in conformità alla teoria dei negozi indiretti affermando che «*dicho precepto viene a establecer para la Administración tributaria la posibilidad de aceptar y calificar desde un punto de vista jurídico-fiscal el negocio indirecto, como tal, siendo así que su aplicación no está supeditada a que la denominación de los contratos o la estructuración formal de los negocios sean una pura ficción de las partes, ya que ello significaría identificar negocios indirectos con negocios simulados, identificación inaceptable desde un punto de vista doctrinal, ya que en el negocio indirecto nada se finge ni se oculta, y lo que existe es un motivo que intencionalmente supera al fin propio del negocio, sin que exista desproporción entre éste como medio y aquél como fin*» (Resolución Tribunal Económico-Administrativo Central, 8 novembre 1994, ricorso n. 5430/1990. Si veda anche: Resolución Tribunal Económico-Administrativo Central, del 29 marzo 1995, ricorso n. 780/1991; Resolución Tribunal Económico-Administrativo Central, del 28 febbraio 1996, ricorso n. 1500/1995).

<sup>112</sup> PALAO TABOADA, C., *Notas a la Ley 25/1995 de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria*, in *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 153, 1995, p. 3.

<sup>113</sup> PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 49.

<sup>114</sup> Così come modificato dal Decreto 31 maggio 1974, n. 1836. Al riguardo appare utile sottolineare che tale norma è stata ritenuta dalla Giurisprudenza Costituzionale applicabile all'intero ordinamento giuridico in quanto istituto giuridico che ha la finalità di assicurare l'efficacia delle norme di legge dinanzi agli atti che perseguono fini vietati dall'ordinamento o contrari allo stesso (Tribunal Constitucional del 26 marzo del 1987).



*amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»*<sup>(115)</sup>.

Pertanto, sebbene le due norme in questione contenessero importanti differenze – tra tutte quella relativa alla qualificazione ai soli fini civilistici del risultato del negozio in frode alla legge come risultato generalmente illecito<sup>(116)</sup> –, in entrambi i casi il presupposto della frode veniva ricondotto all’ “*amparo del texto*” mentre, sul piano del rimedio, veniva disposta la soggezione al regime giuridico “eluso”.

Con la riforma dell’art. 24 veniva, quindi, ad essere stabilito un minimo comune denominatore tra frode alla legge in senso generale e frode alla legge tributaria. Tale elemento di comunanza viene rinvenuto nella separazione tra la forma e la sostanza degli atti e negozi posti in essere che, in entrambi i casi, viene sfruttata per ottenere, sotto la copertura del dato testuale delle norme applicabili alle forme adottate, un risultato giuridico altrimenti non consentito dalle norme destinate a regolare fattispecie nella sostanza equivalenti a quella realizzata<sup>(117)</sup>. In tal senso la frode alla legge tributaria viene ricondotta a tutti quei casi in cui mediante uno o più atti si produce un risultato contrario a una norma giuridica che appare, tuttavia, tutelato da una diversa norma giuridica dettata in realtà con una differente finalità<sup>(118)</sup>.

Con specifico riferimento al caso dell’elusione fiscale merita però di essere sottolineato come per effetto della riforma in commento il concetto di frode alla legge venga chiaramente ricollegato a quello di prevalenza della sostanza economica sulla forma

---

<sup>115</sup> Sul punto, sebbene con riferimento all’art. 24 riformato nel 1995, si veda la sentenza dell’Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) del 19 febbraio 2004, ricorso n. 1313/2001, secondo cui «*debe también rechazarse la alegación relativa a la posible existencia del fraude de ley. En este sentido, la Sala en Sentencia dictada en el Rec. n° 1160/01 (Pte. Dª Esperanza Córdoba Castroverde) tiene declarado: "El fraude de ley es una forma de "ilícito atípico", en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma ("de cobertura"), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. "El negocio fraudulento (...) como concreción de la doctrina de Ley a que alude el artículo 6.4 del Código Civil, supone la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo (ley de cobertura) con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin ulterior distinto que persigue una norma imperativa (ley defraudada)*».

<sup>116</sup> A tale riguardo la dottrina ha sottolineato come nel caso della frode alla legge tributaria il risultato prodotto sia rappresentato dall’integrazione di una fattispecie imponible che, sebbene diversa da quella che il Fisco si sarebbe attesa, non riguarderebbe il perseguimento di un risultato proibito poiché sia il fatto imponible evitato sia quello integrato sono in sé perfettamente conformi all’ordinamento. Sul punto, anche in un’ottica critica, PÉREZ ROYO, F., RUIZ ALMENDRAL, V., *La aplicación de las normas tributarias*, in *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol. 1, Madrid, 2008, pp. 1211.

<sup>117</sup> PALAO TABOADA, C., *¿Existe el fraude a la ley tributaria?*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, 182, 1998, p. 8.

<sup>118</sup> La frode alla legge esige pertanto la presenza di due tipi di norme: la norma (o norme) sul fondamento della quale si realizzano gli atti in frode, denominata norma di copertura e che in realtà non ha la finalità di proteggere tale tipologia di atti, e la norma (o norme) la cui effettiva violazione, intesa come compromissione, nel caso specifico, delle possibilità di conseguimento delle finalità pratiche da essa perseguite secondo l’intento del legislatore, conseguirebbe al riconoscimento della validità degli atti in questione, conosciuta come norma defraudata (aggirata).

giuridica. Peraltro, in modo non dissimile da quanto stabilito dalla giurisprudenza britannica precedentemente esaminata, il Legislatore ha reso operativa tale ipotesi non in via generalizzata, ma solo ove il fatto imponibile sia stato definito secondo concetti economici. Viceversa – come previsto dal comma 2 dell’articolo in commento – quando il presupposto dell’imposta risulta definitivo in termini esclusivamente giuridici, la frode alla legge deve essere neutralizzata mediante un’opera di qualificazione giuridica degli atti, fatti e negozi posti in essere al di là della loro forma o *nomen iuris* assegnati dal contribuente<sup>119</sup>).

In seguito alle predette modifiche apportate all’art. 24 tale norma ha cominciato a ricevere maggiore attenzione a parte dell’Amministrazione e della giurisprudenza<sup>120</sup>).

Ciò nonostante la clausola antielusiva generale così definita è stata nuovamente modificata e profondamente stravolta per effetto della ricordata riforma della *Ley General Tributaria* recata dalla L. 17 dicembre 2003, n. 58. Infatti, al fine di potenziare la lotta elusione fiscale il legislatore mirava ad estendere il campo di applicazione della predetta clausola generale eliminando il riferimento al requisito di tipo soggettivo relativo all’intenzione di conseguire un risparmio d’imposta. Allo stesso tempo s’intendeva migliorare le condizioni di applicazione di tale clausola fornendo una più precisa delimitazione delle fattispecie abusive<sup>121</sup>) e stabilendo un più agevole regime probatorio in capo all’Amministrazione<sup>122</sup>).

### 1.3.2 *L’attuale clausola antielusiva generale recata dall’art. 15 della Ley General Tributaria*

In esito alla suddetta riforma la vigente clausola antielusiva spagnola è ora contenuta nell’art. 15 della *Ley General Tributaria* del 17 dicembre 2003 nell’ambito della quale la locuzione “frode alla legge” – utilizzata, come visto, nelle precedenti norme – è stata sostituita da quella di “*conflicto nella applicazione della norma tributaria*”.

Secondo tale disposizione si verificherà un conflitto nella applicazione della norma tributaria allorché si eviti totalmente o parzialmente la realizzazione del fatto imponibile o si

---

<sup>119</sup> Tale diversa impostazione alla base dell’art. 24 riformato rispetto alla versione precedente non rappresenta, tuttavia, una novità assoluta nell’ambito della *Ley General Tributaria*. Infatti, con la Legge n. 25/1995 è stato anche radicalmente riformulato l’art. 25 precedentemente citato e sovente utilizzato dall’Amministrazione finanziaria al posto dell’art. 24. Ebbene, il predetto art. 25 conteneva – come visto – proprio le regole di qualificazione giuridica ora recate dall’art. 24 riformato. Tuttavia, al fine di porre fine ad un utilizzo improprio dell’art. 25 in luogo dell’art. 24, il Legislatore della L. n. 25/1995 ha trasfuso le regole fondamentali della prima norma nell’ambito del più stringente (ed appropriato) contesto della frode alla legge (PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, 2009, Valladolid, p. 46 e p. 86.). Ed, infatti, la versione post riforma dell’art. 25 riguarda esclusivamente i casi di simulazione prevedendo che «*en los actos o negocios en los que se produzca la existencia de simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados*».

<sup>120</sup> DURÀN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica contra la Elusión Fiscal: Economía de Opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007, p. 65.

<sup>121</sup> Sul punto DE MONÈS, S., DURAND, P. H., MANDELBAUM, J. F., KLEIN, M., NIEMANN, A., MANZITTI, A., CANALEJO LASARTE, G., MARÍN BENÍTEZ, G., J. AIRS, G., *Abuse of Tax Law across Europe (pt. II)*, in *EC Tax Review*, 2, 2010, p. 123 p. 129 nonché PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, 2009, Valladolid, pp. 147 e segg.

<sup>122</sup> RODRIGUEZ BEREIJO, L.M., *Normas tributaria anti-abuso y cargo de la prueba en el derecho tributario español*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 3, 2012, p. 699 e pp. 707 e segg.

riduca la base imponibile o il debito tributario mediante il compimento di atti o negozi in riferimento ai quali concorrano le seguenti circostanze: a) che, considerati individualmente o nel loro insieme, siano notoriamente artificiosi o impropri per il raggiungimento del risultato ottenuto e b) dall'utilizzazione dei quali non derivino effetti giuridici o economici rilevanti diversi dal risparmio fiscale e dagli effetti che si sarebbero ottenuti con l'utilizzazione degli atti e negozi usuali e appropriati<sup>(123)</sup>. Le maggiori imposte accertate in applicazione di tale norma saranno, inoltre, conteggiate applicando la norma impositiva che avrebbe trovato applicazione con riferimento agli atti o negozi usuali o appropriati oppure eliminando i vantaggi fiscali ottenuti. Le maggiori imposte così determinate saranno maggiorate degli interessi di mora, ma – per espressa previsione normativa – potranno costituire il presupposto per l'irrogazione di sanzioni.

Rispetto alle norme antielusive precedenti, l'art. 15 si caratterizza, quindi, per una certa novità sul piano testuale: per la prima volta figura un espresso riferimento all'elemento dell'utilizzo di atti e negozi artificiosi o impropri che, in paragone ad un loro utilizzo usuale o conforme, non producono effetti legali ed economici tipici o, comunque, diversi dal risparmio fiscale.

La dottrina non ha, quindi, mancato di osservare che l'art. 15 della *Ley General Tributaria* individua il tratto saliente delle condotte elusive nel congiunto ricorrere dell' "abuso delle forme giuridiche" e dell' "assenza di effetti giuridico-economici diversi da quelli relativi al conseguimento di un risparmio fiscale". Tale scelta sarebbe giustificata alla luce del fatto che ove ricorra soltanto l'elemento *sub a*), si avrebbe semplicemente il caso di un negozio indiretto<sup>(124)</sup>, mentre ove ricorra solo l'elemento *sub b*) si avrebbe certamente un negozio *tax driven* ma, in ogni caso, meritevole di tutela poiché espressivo di una *economía de opción* (legittimo risparmio d'imposta)<sup>(125)</sup>.

---

<sup>123</sup> Al riguardo non può non osservarsi come l'attuale formulazione dell'art. 15 riecheggi quanto precisato nel preambolo dell'abrogato decreto n. 1919/1979 secondo cui «*los preceptos tributarios se eluden en muchas ocasiones empleando instrumentos jurídicos o realizando actos que exceden de lo que sería una legítima economía de opción y se convierten en verdaderos fraudes a la ley fiscal*». Nella medesima sede si afferma poi che «*se intenta en tales casos someter la conducta fraudulenta a una norma de cobertura que no se dictó para amparar los Actos o negocios realizados, evitando así la aplicación de otra disposición que debió proyectar su eficacia sobre aquéllos presupuestos de hecho, produciéndose así resultados que no son normales de tales actos o negocios, los cuáles o bien carecen de causa o no se corresponden con la que les es propia según el derecho*». Pertanto, sebbene il Legislatore dell'epoca si fosse espresso in termini di "frode alla legge" e non di "conflitto nell'applicazione della norma tributaria", appare evidente come fossero già stati enucleati due aspetti di centrale importanza per l'individuazione dell'elusione fiscale nell'ambito della formulazione dell'art. 15: i) l'utilizzo di strumenti giuridici che eccedono il legittimo esercizio dell'autonomia negoziale (cfr. requisito *sub a*) dell'art. 15); ii) il prodursi di risultati che non sono normali tenuto conto del tipo di atti o negozi realizzati (cfr. requisito *sub b*) dell'art. 15). Ciò dovrebbe suggerire la correttezza di quanto rilevato da prevalente dottrina secondo cui, nonostante il titolo della rubrica dell'art. 15, quest'ultimo continuerebbe a riferirsi, come le passate norme, al fenomeno della frode alla legge – sebbene nella sua manifestazione tributaria (PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, 2009, Valladolid, p. 147).

<sup>124</sup> Riqualeficabile ai sensi dell'art. 25 della *Ley General Tributaria* (cfr. *Resolución Tribunal Económico-Administrativo Central*, 8 novembre 1994, ricorso n. 5430/1990. Si veda anche: *Resolución Tribunal Económico-Administrativo Central*, 29 marzo 1995, ricorso n. 780/1991; *Resolución Tribunal Económico-Administrativo Central*, 28 febbraio 1996, ricorso n. 1500/199).

<sup>125</sup> DURÁN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica Contra la Elusión Fiscal: Economía de opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007, p. 111. Infatti,

Pertanto, come correttamente osservato dalla dottrina, la riformata clausola antielusiva generale accoglie al suo interno due diverse impostazioni: da un lato quella di fonte germanica relativa al requisito dell'abuso delle forme giuridiche e, dall'altro, quella di fonte anglo-americana incentrata sul ruolo della sostanza economica<sup>126</sup>). La frode alla legge considerata dall'art. 15 richiede, quindi, che il negozio *tax driven* – in quanto prevalentemente motivato da finalità fiscali – sia anche “anomalo” – ossia artificioso rispetto agli effetti giuridico-economici prodotti. Tuttavia, si può osservare che il requisito dell'abuso delle forme giuridiche viene introdotto in una specifica accezione. L'artificiosità delle forme giuridiche impiegate deve, infatti, essere “notoria” – cioè eclatante. Secondo parte della dottrina tale scelta risulterebbe dovuta all'intenzione legislativa di limitarne l'applicazione dell'art. 15 ai casi di maggior gravità al fine di evitare il più possibile eventuali lesioni del diritto al legittimo risparmio d'imposta<sup>(127)(128)</sup>).

---

come precisato dalla sentenza 9 febbraio 200, n. 63 del *Tribunal Superior de Justicia* il fatto che il contribuente abbia raggiunto un medesimo risultato ottenibile secondo un diverso *iter* negoziale, ottenendo con ciò un risparmio fiscale, non consente di qualificare la configurazione negoziale adottata come realizzata in frode alla legge tributaria se non sussiste alcun abuso delle forme giuridiche impiegate. I giudici hanno, infatti, affermato che «*la economía de opción del sujeto, en cuanto que no supone el abuso de formas jurídicas, y que la Inspección no pone de manifiesto incumplimientos legales, es válida y hace cierto el brocardico latino sobre la simulación y fraude «non praesumitur fraus et simulatio ubi inter eosdem, alia aperta via, idem fieri potuit».* La Administración no puede pretender evitar que el contribuyente, condecorador del estado de las actuaciones del legislador, diseñe en el tiempo operaciones previendo un tratamiento más beneficioso a sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible, con respeto a los principios, tal como tiene declarado el Tribunal Supremo en constante jurisprudencia de la que es exponente su sentencia de 22 de mayo de 1998». Conformemente il *Tribunal Superior de Justicia* di Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) ha precisato, con sentenza del 16 aprile 2001, che «*no es posible conciliar fiscalidad y resultado económico de la operación a base de intentar encajar el supuesto que nos ocupa en una figura excepcional, como es el fraude de ley, en el que no es subsumible, al menos en su clásica y tradicional caracterización, y ello porque: 1º No se ha producido un resultado equivalente a nada, sino el resultado propio y legalmente previsto para lo realizado por la recurrente; 2º No se han empleado negocios jurídicos atípicos o anormales, sino completamente normales y típicos, dándoles los efectos jurídico-tributarios que les son propios, esto es, los expresamente previstos por el legislador en las normas del IRPF que estaban vigentes al tiempo en que la recurrente realizó sus inversiones en bonos austriacos. 3º No se han realizado construcciones jurídicas artificiosas ni se ha producido abuso alguno de las formas jurídicas, o, si se prefiere, del Convenio de doble imposición hispano-austriaco».*

<sup>126</sup> PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, p. 168.

<sup>127</sup> DURÁN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica Contra la Elusión Fiscal: Economía de opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007, p. 351.

<sup>128</sup> Più in generale il riferimento ai criteri *sub a)* e *b)* deriverebbe dalla volontà legislativa di definire un diverso regime probatorio in capo all'Amministrazione rispetto a quello ricavabile dalle precedenti norme (RODRIGUEZ BEREJO, L.M., *Normas tributaria anti-abuso y cargo de la prueba en el derecho tributario español*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 3, 2012, p. 699 e pp. 707-709). Si è visto, infatti, che in virtù dell'art. 24 previgente – sia nella sua originaria formulazione che in quella riformata – l'Amministrazione era tenuta a fornire la prova – giustamente definita diabolica da parte della dottrina – dell'esistenza dell'elemento subiettivo rappresentato dall'intenzione del contribuente di voler conseguire un risparmio d'imposta non previsto dal sistema. Tale circostanza, come ricordato, ha nel tempo determinato uno scarso utilizzo da parte dell'Amministrazione finanziaria della norma antielusiva generale. Così il Legislatore avrebbe disposto un cambiamento di direzione con l'art. 15 che, richiedendo al Fisco la sola prova della sussistenza di entrambe le circostanze oggettive *sub a)* e *b)*, sollevava quest'ultima da ogni indagine circa l'intenzione del contribuente. Quest'ultimo, viceversa, - così come nel regime previgente – può resistere alla pretesa del

Ad ogni modo, l'art. 15 della *Ley General Tributaria* sembra confermare un approccio di tipo oggettivo all'accertamento della condotta elusiva, essendo incentrato sui tratti esteriori della fattispecie (abuso delle forme giuridiche ed assenza di effetti economico-giuridici diversi dal risparmio fiscale) e non su quelli soggettivi – come i motivi e le intenzioni del contribuente<sup>(129)</sup>. È stato, infatti, osservato che ai fini di una corretta applicazione dell'art. 15 è necessario verificare, sul piano generale, se le norme tributarie invocate dal contribuente intendevano o meno influire sul tipo di forma negoziale da adottare e, sul piano concreto, se le considerazioni tributarie svolte dal contribuente per scegliere una certa forma negoziale sono o meno conformi alla finalità della normativa tributaria applicata da quest'ultimo per liquidare il tributo<sup>(130)</sup>.

All'interno di questo quadro il requisito relativo alla presenza di un negozio giuridico improprio o notoriamente artificioso consentirebbe di isolare – attraverso un criterio di tipo oggettivo – le condotte elusive da quelle che costituiscono legittimo risparmio d'imposta. Infatti, ciò che deve essere confrontato è lo scopo economico prefissato con il percorso civilistico scelto, atteso che – stante il tenore dell'art. 15, comma 3 – le ragioni extrafiscali di cui il contribuente può offrire evidenza fungono da causa di giustificazione di una fattispecie altrimenti abusiva. Pertanto, se una forma giuridica è adeguata allo scopo economico non vi sarà la necessità di dimostrare ragioni extra fiscali a suo supporto, ancorché la scelta di una tale forma giuridica conduca ad un risparmio fiscale. In tal senso, il requisito dell'abuso delle forme giuridiche è stato giudicato come una diversa prospettiva con cui applicare la dottrina del *business purpose test* – ossia dal lato della sua manifestazione formalistica anziché teleologica<sup>(131)</sup>.

Accanto al requisito dell'utilizzo di forme giuridiche anomale, l'art. 15 introduce – come detto poc'anzi – un espresso riferimento anche all'essenza di effetti giuridico-economici diversi da quelli tipici. Come rilevato dalla dottrina tale impostazione risulta comune a molte delle clausole antielusive generali ad oggi esistenti in altri ordinamenti ed ha lo scopo di negare protezione giuridica nei confronti di quelle operazioni non suffragate da adeguate finalità economico-giuridiche rispetto al mero risparmio fiscale<sup>(132)</sup>.

---

Fisco dimostrando che l'operazione posta in essere ha risulta dotata di un autonomo fondamento extrafiscale nonostante risulti realizzata secondo forme inusuali ed atipiche. In sintesi, l'art. 15 troverebbe uno specifico fondamento nell'obiettivo di declinare le contestazioni antielusive di tipo generale secondo un regime probatorio di tipo oggettivo e tale da determinare una inversione dell'onere della prova in capo al contribuente al ricorrere degli elementi direttamente specifica dal medesimo articolo.

<sup>129</sup> DE MONÉS, S., DURAND, P. H., MANDELBAUM, J. F., KLEIN, M., NIEMANN, A., MANZITTI, A., CANALEJO LASARTE, G., MARÍN BENÍTEZ, G., J. AIRS, G., *Abuse of Tax Law across Europe (pt. II)*, in *EC Tax Review*, 2, 2010, pp. 130-131; PÉREZ ARRAIZ, J., *El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Nueva LGT*, in *Nueva Fiscalidad*, 9, 2004, p. 24.

<sup>130</sup> RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Navarra, 2006, p. 117.

<sup>131</sup> RUIZ ALMENDRAL, V., ZORNOZA PÉREZ, J., *La aplicación de las normas tributarias*, in *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Madrid, 2008, p. 1220.

<sup>132</sup> PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, p. 177.

Tuttavia, come osservato da altra dottrina, l'utilizzo di un tale approccio potrebbe risultare pleonastico ove, come nel caso dell'art. 15 della *Ley General Tributaria*, si sia già fatto riferimento al criterio dell'abuso delle forme giuridiche, visto che quest'ultimo non potrà che ricorrere nei casi in cui una certa forma giuridica sia utilizzata senza una valida finalità economico-giuridica<sup>(133)</sup>.

Ciò nonostante nell'ambito del citato art. 15 il requisito della mancanza di effetti-economici giuridici sembrerebbe svolgere un ruolo specifico.

Si può, infatti, osservare che ai sensi del secondo comma dell'art. 15 ciò che viene introdotto è un requisito formulato in termini negativi: l'assenza di effetti giuridici o economici rilevanti distinti dal risparmio fiscale da quelli che si sarebbero verificati in seguito agli atti o negozi usuali o propri. In quest'ottica il riferimento agli effetti economico/giuridici pare assumere una valenza di esimente rispetto all'applicazione dell'art. 15, atteso che, anche ove fosse stata realizzata una configurazione negoziale artificiosa, se gli effetti rilevanti concretamente realizzati sul piano economico, ovvero giuridico, non risultano poi diversi da quelli che si sarebbero prodotti adottato i negozi appropriati e, comunque, sono diversi dal mero risparmio fiscale, allora la predetta configurazione negoziale non potrà, in ogni caso, costituire un "conflitto nell'applicazione delle norme" ai sensi dell'art. 15<sup>(134)</sup>. In altri termini, il requisito relativo agli effetti giuridico-economici, non sembra una mera ripetizione del requisito relativo alle forme giuridiche – come se di per sé fosse assorbito da quest'ultimo –, ma pare atteggiarsi a clausola di salvaguardia con cui garantire l'applicazione dell'art. 15 soltanto, ed esclusivamente, in quei casi in cui alla realizzazione di una configurazione negoziale impropria abbia fatto seguito un suo concreto ed effettivo utilizzo in chiave elusiva, ossia ottenendo un risultato giuridico-economico asistemático e quindi non meritevole di tutela in presenza di un risparmio d'imposta altrimenti non spettante<sup>(135)</sup>.

### 1.3.3 Il ruolo dell'analogia e dell'interpretazione teleologica

Considerata la sede in cui è stata inserita la clausola antielusiva in commento, ossia la sezione III della *Ley Genral Tributaria* denominata "*Interpretacion, calificacion e integracion*", la dottrina si è, in primo luogo, preoccupata di stabilire se le sue modalità di applicazione dovevano essere declinate secondo il modulo dell'integrazione analogica delle

---

<sup>133</sup> Per un'analisi di tale critica si veda RUIZ ALMENDRAL, V., ZORNOZA PÉREZ, J., *La aplicacion de las normas tributarias*, in *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Madrid, 2008, p. 86.

<sup>134</sup> Secondo parte della dottrina il requisito degli effetti economici andrebbe letto in continuità con la dottrina del *business purpose test* (DURÀN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica Contra la Elusión Fiscal: Economía de opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007, p. 359).

<sup>135</sup> Un tale lettura del rapporto tra le disposizioni recate dalle lett. a) e b) del primo comma dell'art. 15 in commento appare, inoltre, di non trascurabile rilevanza in tutti quei casi in cui la fattispecie elusiva comporti l'utilizzo di contratti atipici. In tal caso, infatti, il requisito *sub* lett. a) non sembra di per sé risolutivo, atteso che nel caso dei negozi atipici, mancando un modello negoziale di confronto quale mezzo per ottenere un certo risultato, viene a mancare quel fondamentale parametro di riferimento nella valutazione di un eventuale utilizzo improprio delle forme negoziali adottate.

fattispecie imponibili ovvero dell'interpretazione teleologica del diritto tributario, oppure, se fosse necessario individuare un criterio applicativo autonomo<sup>136</sup>).

Con riferimento all'ipotesi dell'integrazione analogica si può osservare che secondo una delle posizioni considerate dallo studio preparatorio alla riforma della *Ley General Tributaria* commissionato dal *Ministero dell'Hacienda* e rilasciato nel luglio del 2001, «se propone la eliminación del actual art. 24.1 de la LGT de la expresión *amparándose en normas dictadas con distinta finalidad*», pues, a menudo, el fraude a la Ley tributaria no se ampara en ninguna norma tributaria, sino en una laguna»<sup>137</sup>). Tuttavia, come osservato dalla dottrina l'espressione "*amparándose en normas dictadas con distinta finalidad*" non doveva essere intesa nei termini di un richiamo all'analogia in senso tecnico, ma piuttosto stava ad indicare l'essenza della frode alla legge che, come visto, doveva correttamente essere ricondotta a tutti quei casi in cui mediante uno o più atti si produce un risultato contrario a una norma giuridica che appare, tuttavia, tutelato da una diversa norma giuridica dettata in realtà con una differente finalità a quella per cui risulta essere stata invocata dal contribuente<sup>138</sup>). Ciò nonostante, la stessa dottrina<sup>139</sup> ha precisato che l'applicazione dell'art. 15 della *Ley General Tributaria* risultava comunque fondata su un ragionamento di tipo analogico – o meglio *ad similia* – atteso che ai sensi di tale disposizione «en las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas».

In quest'ottica il criterio guida per l'applicazione dell'art. 15, ancorché non possa essere ricondotto nell'ambito dell'integrazione analogica delle fattispecie imponibili, risulterebbe rappresentato da un ragionamento per similitudine con cui sostituire al regime fiscale formalmente applicabile agli atti e negozi realizzati dal contribuente quello applicabile ad un diverso tipo di atti e negozi che, tuttavia, diversamente dai primi, risultano idonei ad essere assunti quale presupposto d'imposta (ancorché non siano stati materialmente realizzati).

In altri termini, il presupposto dell'estensione *ad similia* alla base dell'art. 15 della *Ley General tributaria* non è l'esistenza di una lacuna normativa, ma l'impossibilità di considerare – in attuazione del principio costituzionale della capacità contributiva<sup>140</sup>) – la

---

<sup>136</sup> Per un'ampia rassegna di tale dibattito si veda RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen: los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Pamplona, 2006, pp. 25-77. Si veda anche VILAR MAYER, P., *Reflexiones sobre el conflicto en la aplicación de la norma en la ley general tributaria*, in *Temas actuales de derecho tributario*, a cura di GONZALEZ GARCIA, E., Barcellona, 2005 p. 73.

<sup>137</sup> *Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la ley general tributaria*, "Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria", 2001, p. 51.

<sup>138</sup> Sul punto PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, pp. 148-149.

<sup>139</sup> PALAO TABOADA, C., *¿Existe el fraude a la ley tributaria?*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, 182. 1998, p. 13; PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, pp. 30-31; VILAR MAYER, P., *Planificación fiscal indebida y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria Española*, in *Estudios Financieros*, 86, 2005, p. 14.

<sup>140</sup> RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Navarra, 2006, pp. 23-25.

forma giuridico-economica risultante da atti e negozi “abusivi” come una fattispecie imponibile meritevole di essere tutelata e salvaguardata, di tal ché si rende necessaria una tassazione “per sostituzione” assumendo quale presupposto imponibile quello che sarebbe risultato se il contribuente avesse realizzato atti e negozi usuali e appropriati<sup>(141)</sup>.

Con riferimento, invece, all’ipotesi di un’applicazione dell’art. 15 della *Ley General Tributaria* nell’ottica di una regola interpretativa di tipo teleologico potrebbe farsi riferimento a quanto affermato da parte della dottrina secondo cui «*la elusion surge, muy a menudo, de deficiencia técnicas de la ley, y solo una cuidadosa labor de interpretación jurídica puede superar la mismas*»<sup>(142)</sup>. Sul punto si può però osservare che l’art. 12 della L. 58/2003, che apre la sez. III di tale legge a cui appartiene anche l’art. 15 in commento, è denominato “*Interpretation de las normas tributarias*” e prevede un espresso richiamo alle regole fissate dal comma primo dell’art. 3 del Codice Civile spagnolo. Tale articolo prevede che «*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*»<sup>(143)</sup>. Pertanto, se l’art. 15 si limitasse a dotare l’ordinamento tributario di un canone ermeneutico di tipo teleologico sarebbe un inutile doppione.

In tal senso appare condivisibile quell’orientamento della dottrina<sup>(144)</sup> secondo cui la questione in commento va risolta tenendo presente che l’art. 12 deve essere applicato prima dell’art. 15. Quest’ultimo, infatti, non consentendo in alcun modo la tassazione di fattispecie che non siano già regolate dalle norme vigenti, non può che essere chiamato in causa dopo che tali norme siano state applicate al caso di specie e, quindi, correttamente interpretate. In altri termini, la qualificazione giuridica della fattispecie – che include anche la corretta interpretazione delle norme in gioco ai sensi del citato art. 12 – è il presupposto e non l’effetto dell’applicazione dell’art. 15<sup>(145)</sup><sup>(146)</sup>.

---

<sup>141</sup> PIANTA VIGNA, P., *Interesse fiscale e norme anti-abuso: le esperienze italiane e spagnola*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1, 2010, p. 53, nota 78.

<sup>142</sup> FALCÓN Y TELLA, R., *Interpretación económica y seguridad jurídica*, in *Crónica Tributaria*, 68, 1993, p. 30.

<sup>143</sup> Per un commento dell’art. 12 citato si veda PEREZ, RUIZ ALMENDRAL *La aplicación de las normas tributarias*, in *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol. 1, Madrid, 2008, pp. 1199-1206.

<sup>144</sup> RUIZ ALMENDRAL, V., ZORNOZA PÉREZ, J., *La aplicación de las normas tributarias*, in *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Madrid, 2008, p. 1226.

<sup>145</sup> In altri termini, una corretta lettura dell’art. 15 sembra confermare il principio secondo cui “l’elusione inizia dove finisce l’interpretazione”. In senso conforme RUIZ ALMENDRAL, *El fraude a la ley tributaria a examen: los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Pamplona, 2006, p. 64, secondo cui «*es también claro que la interpretación teleológica tiene sus límites, pues no es posible rebasar el sentido posible de las palabras. La interpretación no puede otorgar un significado distinto a un concepto, por mucho que la interpretación de la norma tributaria, en su conjunto, así lo aconseje*». *Contra* (sebbene con riferimento alla versione previgente della clausola antielusiva): FALCÓN Y TELLA, R., *El fraude a la ley como un mecanismo para gravar determinados economías de opción: su radical diferencia con lo supuestos previstos en el Art. 6.4. del Código Civil*, in *Quincena Fiscal*, 17, 1995, p. 7. Sul punto si veda anche DURÁN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica Contra la Elusión Fiscal: Economía de opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007, p. 90, secondo cui “*l’analogía mediante la cual se*



### 1.3.4 Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie

#### A) Le garanzie procedurali

Per effetto del rinvio contenuto al comma 2° dell'art. 15 trova applicazione la specifica procedura prevista dall'art. 159<sup>(147)</sup> della *Ley General Tributaria* in forza della quale l'applicazione della clausola antielusiva risulta subordinata all'attivazione di un particolare contraddittorio tra Fisco e contribuente e all'ottenimento da parte dell'Amministrazione finanziaria di un parere favorevole (vincolante) rilasciato da una apposita *Comisión consultiva*. In particolare, la procedura in commento risulta articolata nelle seguenti fasi: i) se l'Amministrazione finanziaria ritiene che sussistano le condizioni per l'applicazione dell'art. 15 della *Ley General Tributaria*, ne informa il contribuente concedendo un termine di 15 giorni per produrre repliche e documenti; ii) se, nonostante le

---

*cubre una laguna normativa, es distinta de la analogía empleada en la sanción del fraude de ley. En èeste, dice, no hay en realidad, una laguna; la norma aplicable existe ya: la ley defraudada*".

<sup>146</sup> Si noti, peraltro, che il Tribunale Amministrativo Economico Centrale ha riconosciuto che l'art. 15 deve trovare applicazione in circostanze eccezionali ponendosi tale norma di *extrema ratio* rispetto agli altri metodi di accertamento e deve, quindi, essere interpretata in modo restrittivo in considerazione della natura eccezionale delle funzioni e dei poteri da essa attribuiti all'amministrazione finanziaria (Risoluzione 12 Marzo 2008). Da questo punto di vista se l'art. 15 è norma di *extrema ratio* dovrebbe ritenersi implicitamente confermato che la sua applicazione non potrà che avere luogo dopo che tutte le altre norme, ivi incluse quelle interpretative, siano state applicate.

<sup>147</sup> Si riporta di seguito il testo dell'articolo in commento:

*Informe preceptivo para la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.*

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de esta Ley, para que la inspección de los tributos pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria deberá emitirse previamente un informe favorable de la Comisión consultiva que se constituya, en los términos establecidos reglamentariamente, por dos representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas, actuando uno de ellos como Presidente, y por dos representantes de la Administración tributaria actuante.
2. Cuando el órgano actuante estime que pueden concurrir las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 15 de esta Ley lo comunicará al interesado, y le concederá un plazo de 15 días para presentar alegaciones y aportar o proponer las pruebas que estime procedentes. Recibidas las alegaciones y practicadas, en su caso, las pruebas procedentes, el órgano actuante remitirá el expediente completo a la Comisión consultiva.
3. El tiempo transcurrido desde que se comunique al interesado la procedencia de solicitar el informe preceptivo hasta la recepción de dicho informe por el órgano de inspección será considerado como una interrupción justificada del cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras previsto en el artículo 150 de esta Ley.
4. El plazo máximo para emitir el informe será de tres meses desde la remisión del expediente a la Comisión consultiva. Dicho plazo podrá ser ampliado mediante acuerdo motivado de la comisión consultiva, sin que dicha ampliación pueda exceder de un mes.
5. Transcurrido el plazo al que se refiere el apartado anterior sin que la Comisión consultiva haya emitido el informe, se reanuda el cómputo del plazo de duración de las actuaciones inspectoras, manteniéndose la obligación de emitir dicho informe, aunque se podrán continuar las actuaciones y, en su caso, dictar liquidación provisional respecto a los demás elementos de la obligación tributaria no relacionados con las operaciones analizadas por la Comisión consultiva.
6. El informe de la Comisión consultiva vinculará al órgano de inspección sobre la declaración del conflicto.

repliche e i documenti eventualmente prodotti dal contribuente, l'Amministrazione ritiene fondata l'applicazione dell'art. 15 quest'ultima è tenuta a trasmettere la pratica alla predetta *Comisión* consultiva la quale, entro tre mesi (eventualmente prorogabili) dovrà rilasciare il parere in merito all'applicabilità al caso di specie dell'art. 15.

Gli effetti della procedura, sono, invece, i seguenti: a) il termine di 12 mesi previsto dall'art. 150 della *Ley General Tributaria* entro cui l'Amministrazione deve concludere la fase istruttoria è sospeso fino a che la Commissione non rilascia il parere (o decorre il suddetto termine di 3 mesi); b) se la Commissione non rende il proprio parere entro il termine previsto non viene meno l'obbligo di emetterlo, ma l'azione dell'Amministrazione potrà riprendere e le maggiori imposte eventualmente liquidate con riferimento ad elementi non presi in considerazione dalla Commissione avranno carattere provvisorio; c) il parere (favorevole o sfavorevole) reso dal Comitato ha carattere vincolante rispetto all'applicazione dell'art. 15; d) il parere reso della Commissione non è un atto impugnabile, lo è tuttavia l'avviso di accertamento emesso dall'Amministrazione in applicazione dell'art. 15.

Secondo la dottrina la presenza di un procedimento *ad hoc* – derogatorio rispetto alle comuni regole di accertamento – per l'applicazione dell'art. 15 della *Ley General Tributaria* ne confermerebbe il carattere di norma speciale per la cui applicazione non può, quindi, che essere richiesta la massima cautela; al contempo non può, però, essere taciuto che la presenza di una tale procedura rende maggiormente gravosa per l'Amministrazione l'applicazione della clausola antielusiva generale che, pertanto, potrebbe motivare l'utilizzo di altri istituti alternativi per procedere all'accertamento delle condotte elusive<sup>(148)</sup>.

## B) *Gli effetti sanzionatori*

In tema di sanzioni la scelta compiuta dal legislatore spagnolo risulta diametralmente opposta a quella attuata in Francia. Infatti, rispetto alla formulazione della norma previgente, il comma 3 dell'art. 15 prevede ora<sup>(149)</sup> in modo espresso l'inapplicabilità delle sanzioni nei confronti delle condotte che determinano un "conflitto nell'applicazione delle norme". Tale scelta sembrerebbe essere stata motivata dalla convinzione legislativa secondo cui l'art. 15 implicherebbe un'applicazione in chiave analogica delle norme tributarie eluse e, pertanto, ove fosse stata prevista una sanzione quest'ultima si sarebbe posta in contrasto con il generale divieto di analogia *in mala partem* operante in ambito sanzionatorio<sup>(150)</sup>. Al di là della condivisibilità di una tale scelta<sup>(151)</sup>, sono sorti dubbi in merito alla sua rilevanza in

<sup>148</sup> RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Navarra, 2006, p. 142

<sup>149</sup> Nel testo del progetto di legge di riforma dell'art. 15 era, invece, stata ammessa la punibilità delle condotte in frode alla legge. Sul punto si veda: PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, pp. 172-174.

<sup>150</sup> PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 53.

<sup>151</sup> Tuttavia, ad avviso di parte della dottrina (PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, pp. 188 e segg.), la scelta legislativa compiuta con l'attuale terzo comma dell'art. 15 andrebbe incontro ad alcune difficoltà. Si è, infatti, osservato – sul piano dell'opportunità politica – che l'assenza di una qualsiasi sanzione nei confronti di tali condotte renderebbe quest'ultime comunque vantaggiose. In altri termini, eliminata l'ipotesi della sanzione valrebbe sempre e comunque tentare la via dell'elusione – soprattutto rispetto a quella dell'evasione. Inoltre, sul piano teorico, si è osservato che la scelta legislativa in commento sembrerebbe

ambito penale e cioè se l'elusione fiscale dovesse o meno ritenersi *ex lege* non punibile anche sul piano delle sanzioni penali – oltre che amministrative<sup>(152)</sup>.

Infatti, con riferimento al previgente art. 24 della *Ley General Tributaria*, il cui comma 3 prevedeva un divieto di imposizione di sanzioni ai soli effetti dell'accertamento antielusivo<sup>(153)</sup>, l'*Audiencia Provincial* di Barcellona, con la sentenza del 18 marzo 1999, ha affermato che tale disposizione doveva essere riferita soltanto alle sanzioni amministrative e che per quanto riguarda la rilevanza penale della frode alla legge questa non può essere esclusa *a priori*<sup>(154)</sup>.

Una simile asimmetria tra sanzioni penali e sanzioni amministrative ai fini della frode alla legge è riscontrabile anche nella sentenza 8 giugno 2005 della Corte Costituzionale spagnola in cui si afferma espressamente che dall'atipicità sul piano tributario della frode alla legge non segue necessariamente una medesima atipicità sul piano penale; non può, quindi, escludersi *a priori* che la condotta in cui viene a concretizzarsi la frode alla legge possa integrare dei tratti tipici da cui far discendere l'applicazione di una norma penale<sup>(155)</sup>. Tuttavia, precisa la citata Corte, non potrà farsi luogo all'irrogazione di una sanzione finché la condotta elusiva non venga ad integrarsi secondo quelle specifiche modalità considerate dal diritto penale: «*la utilización de la figura del fraude de ley –tributaria o de otra naturaleza – para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía in malam partem prohibida por el art. 25.1 CE*». In altri termini, la Corte Costituzionale, pur non avendo escluso in senso assoluto la rilevanza penale dell'elusione fiscale, ha precisato che il semplice fatto di aver qualificato una certa condotta secondo la categoria della *fraude de ley* non implica necessariamente la sua rilevanza penale – se così fosse, infatti, mancando un tipo penale specifico per la frode alla legge verrebbe evidentemente disatteso il divieto di analogia in *mala partem*. Tale conclusione è stata poi successivamente ribadita con la sentenza del 13 Febbraio 2006, n. 48 della medesima Corte secondo cui «*la utilización de la figura del fraude de ley tributaria o de otra naturaleza para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía in malam partem prohibida por el art. 25.1 CE*».

---

presupporre l'ipotesi secondo cui l'applicazione delle norme eluse dipenda dal ricorso all'*analogia legis*. Tuttavia, come rilevato precedentemente, tale ipotesi non può essere riferita all'art. 15 e ad ogni modo le norme che in ipotesi verrebbero ad essere applicate analogicamente sarebbero solo quelle tributarie e non quelle sanzionatorie. Dunque, non vi sarebbe una preclusione di natura generale nei confronti della rilevanza sanzionatoria delle condotte accertate ai sensi dell'art. 15.

<sup>152</sup> PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, pp. 197-198.

<sup>153</sup> Si riporta di seguito la disposizione in commento:

En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones.

<sup>154</sup> PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 174.

<sup>155</sup> § 4, p. 80.

Alla luce di quanto rilevato dalla giurisprudenza costituzionale la questione della punibilità delle condotte elusive non è questione che può decidersi in modo generale, ma deve essere rimessa ad una valutazione “caso per caso”<sup>(156)</sup>.

## 2. L'ESPERIENZA DI ALCUNI PAESI DI TRADIZIONE *COMMON LAW*

### 2.1 *L'Australia*

#### 2.1.1 *La normativa vigente: le disposizioni recate dalla Parte IV A dell'Income Tax Act*

L'attuale normativa antielusiva generale presente in Australia ed operante ai fini delle imposte dirette è contenuta nella Parte IV A del *Income Tax Assessment Act 1936*<sup>(157)</sup><sup>(158)</sup>.

---

<sup>156</sup> PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, p. 197.

<sup>157</sup> Si riportano di seguito le disposizioni salienti di tale normativa:

#### *Art. 177A Interpretation*

(1) In this Part, unless the contrary intention appears:

"capital loss" has the meaning given by subsection 995-1(1) of the Income Tax Assessment Act 1997 .

"foreign income tax offset" means a tax offset allowed under Division 770 of the Income Tax Assessment Act 1997 .

"scheme" means: (a) any agreement, arrangement, understanding, promise or undertaking, whether express or implied and whether or not enforceable, or intended to be enforceable, by legal proceedings; and (b) any scheme, plan, proposal, action, course of action or course of conduct.

"taxpayer" includes a taxpayer in the capacity of a trustee.

(2) The definition of taxpayer in subsection (1) shall not be taken to affect in any way the interpretation of that expression where it is used in this Act other than this Part.

(3) The reference in the definition of scheme in subsection (1) to a scheme, plan, proposal, action, course of action or course of conduct shall be read as including a reference to a unilateral scheme, plan, proposal, action, course of action or course of conduct, as the case may be.

(4) A reference in this Part to the carrying out of a scheme by a person shall be read as including a reference to the carrying out of a scheme by a person together with another person or other persons.

(5) A reference in this Part to a scheme or a part of a scheme being entered into or carried out by a person for a particular purpose shall be read as including a reference to the scheme or the part of the scheme being entered into or carried out by the person for 2 or more purposes of which that particular purpose is the dominant purpose.

(omissis)

#### *Art. 177CB The bases for identifying tax benefits*

(1) This section applies to deciding, under section 177C, whether any of the following ( tax effects ) would have occurred, or might reasonably be expected to have occurred, if a scheme had not been entered into or carried out:

(omissis)

(2) A decision that a tax effect would have occurred if the scheme had not been entered into or carried out must be based on a postulate that comprises only the events or circumstances that actually happened or existed (other than those that form part of the scheme).

(3) A decision that a tax effect might reasonably be expected to have occurred if the scheme had not been entered into or carried out must be based on a postulate that is a reasonable alternative to entering into or carrying out the scheme.

(4) In determining for the purposes of subsection (3) whether a postulate is such a reasonable alternative: (a) have particular regard to: (i) the substance of the scheme; and (ii) any result or consequence for the taxpayer that is or would be achieved by the scheme (other than a result in relation to the operation of this Act); but (b) disregard any result in relation to the operation of this Act that would be achieved by the postulate for any person (whether or not a party to the scheme).

Tale Parte è rubricata “*Schemes to reduce income tax*” e contiene una disciplina particolarmente articolata con cui viene conferito un ampio e penetrante potere di riqualificazione all’Amministrazione finanziaria<sup>159</sup>) tendenzialmente basato sulla dottrina della sostanza economica<sup>160</sup>).

Ai fini delle imposte indirette (*good and service tax*) è, invece, applicabile una diversa norma recata dalla *Division 165*, rubricata “*Anti-avoidance*” <sup>161</sup>), del *A New Tax System*

---

(omissis)

*Art. 177D Schemes to which this Part applies*

*Scheme for purpose of obtaining a tax benefit*

(1) This Part applies to a scheme if it would be concluded (having regard to the matters in subsection (2)) that the person, or one of the persons, who entered into or carried out the scheme or any part of the scheme did so for the purpose of: (a) enabling a taxpayer (a relevant taxpayer) to obtain a tax benefit in connection with the scheme; or (b) enabling the relevant taxpayer and another taxpayer (or other taxpayers) each to obtain a tax benefit in connection with the scheme; whether or not that person who entered into or carried out the scheme or any part of the scheme is the relevant taxpayer or is the other taxpayer or one of the other taxpayers.

*Have regard to certain matters*

(2) For the purpose of subsection (1), have regard to the following matters: (a) the manner in which the scheme was entered into or carried out; (b) the form and substance of the scheme; (c) the time at which the scheme was entered into and the length of the period during which the scheme was carried out; (d) the result in relation to the operation of this Act that, but for this Part, would be achieved by the scheme; (e) any change in the financial position of the relevant taxpayer that has resulted, will result, or may reasonably be expected to result, from the scheme; (f) any change in the financial position of any person who has, or has had, any connection (whether of a business, family or other nature) with the relevant taxpayer, being a change that has resulted, will result or may reasonably be expected to result, from the scheme; (g) any other consequence for the relevant taxpayer, or for any person referred to in paragraph (f), of the scheme having been entered into or carried out; (h) the nature of any connection (whether of a business, family or other nature) between the relevant taxpayer and any person referred to in paragraph (f).

Note: Section 960- 255 of the Income Tax Assessment Act 1997 may be relevant to determining family relationships for the purposes of paragraphs (f) and (h).

(omissis)

*Art. 177F Cancellation of tax benefits etc.*

(omissis)

(2G) If the taxpayer is dissatisfied with a determination under paragraph (1)(c) or subsection (2A), the taxpayer may object against it in the manner set out in Part IVC of the Taxation Administration Act 1953.

(omissis)

*Art. 177G Amendment of assessments*

Nothing in section 170 prevents the amendment of an assessment at any time if the amendment is for the purpose of giving effect to subsection 177F(3).

<sup>158</sup> Per una ricostruzione storico-evolutiva si veda CLEARY, J., *The Evolution of Tax Avoidance*, in *Revenue Law Journal*, 5, 1995, p. 219.

<sup>159</sup> Nella presente sezione dedicata all’Australia la locuzione “Amministrazione finanziaria” verrà utilizzata per riferirsi all’ *Australian Taxation Office* operante a livello del Governo Federale Australiano e, quindi, con competenza estesa al sistema fiscale australiano nel suo complesso.

<sup>160</sup> MCMECHAN, R., *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*, Toronto, 2013, pp. 256-257.

<sup>161</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

Art. 165.5:

*General rule*

---

(1) This Division operates if (a) an entity (the avoider ) gets or got a GST benefit from a scheme; and (b) the GST benefit is not attributable to the making, by any entity, of a choice, election, application or agreement that is expressly provided for by the GST law, the wine tax law or the luxury car tax law; and (c) taking account of the matters described in section 165-15, it is reasonable to conclude that either: (i) an entity that (whether alone or with others) entered into or carried out the scheme, or part of the scheme, did so with the sole or dominant purpose of that entity or another entity getting a GST benefit from the scheme; or (ii) the principal effect of the scheme, or of part of the scheme, is that the avoider gets the GST benefit from the scheme directly or indirectly; and (d) the scheme: (i) is a scheme that has been or is entered into on or after 2 December 1998; or (ii) is a scheme that has been or is carried out or commenced on or after that day (other than a scheme that was entered into before that day).

*Territorial application*

(2) It does not matter whether the scheme, or any part of the scheme, was entered into or carried out inside or outside Australia.

*Creating circumstances or states of affairs*

(3) A GST benefit that the avoider gets or got from a scheme is not taken, for the purposes of paragraph (1)(b), to be attributable to a choice, election, application or agreement of a kind referred to in that paragraph if: (a) the scheme, or part of the scheme, was entered into or carried out for the sole or dominant purpose of creating a circumstance or state of affairs; and (b) the existence of the circumstance or state of affairs is necessary to enable the choice, election, application or agreement to be made.

Art. 165.10

*When does an entity get a GST benefit from a scheme?*

(1) An entity gets a GST benefit from a scheme if (a) an amount that is payable by the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, smaller than it would be apart from the scheme or a part of the scheme; or (b) an amount that is payable to the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, larger than it would be apart from the scheme or a part of the scheme; or (c) all or part of an amount that is payable by the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, payable later than it would have been apart from the scheme or a part of the scheme; or (d) all or part of an amount that is payable to the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, payable earlier than it would have been apart from the scheme or a part of the scheme.

*What is a scheme ?*

(2) A scheme is (a) any arrangement, agreement, understanding, promise or undertaking: (i) whether it is express or implied; and (ii) whether or not it is, or is intended to be, enforceable by legal proceedings; or (b) any scheme, plan, proposal, action, course of action or course of conduct, whether unilateral or otherwise.

*GST benefit can arise even if no economic alternative*

(3) An entity can get a GST benefit from a scheme even if the entity or entities that entered into or carried out the scheme, or a part of the scheme, could not have engaged economically in any activities: (a) of the kind to which this Act applies; and (b) that would produce an effect equivalent (except in terms of this Act) to the effect of the scheme or part of the scheme; other than the activities involved in entering into or carrying out the scheme or part of the scheme.

Art. 165.15

*Matters to be considered in determining purpose or effect*

(1) The following matters are to be taken into account under section 165-5 in considering an entity's purpose in entering into or carrying out the scheme from which the avoider got a GST benefit, and the effect of the scheme (a) the manner in which the scheme was entered into or carried out; (b) the form and substance of the scheme, including (i) the legal rights and obligations involved in the scheme; and (ii) the economic and commercial substance of the scheme; (c) the purpose or object of this Act, the Customs Act 1901 (so far as it is relevant to this Act) and any relevant provision of this Act or that Act (whether the purpose or object is stated expressly or not); (d) the timing of the scheme; (e) the period over which the scheme was entered into and carried out; (f) the effect that this Act would have in relation to the scheme apart from this Division; (g) any change in the avoider's financial position that has resulted, or may reasonably be expected to result, from the scheme; (h) any change that has resulted, or may reasonably be expected to result, from the scheme in the financial position of an entity (a connected entity ) that has or had a connection or dealing with the avoider, whether the connection or dealing is or was of a family, business or other nature; (i) any other consequence for the avoider or a connected entity of the scheme having been

(*Goods and Services Tax*) Act 1999. Considerato che la *Division 165* ricalca ampiamente la disciplina del *Part IV A* e che le maggiori attenzioni della giurisprudenza e della dottrina si sono rivolte proprio a tale norma, in quanto sovente applicata all'Amministrazione finanziaria, nella presente analisi verrà considerata soltanto la disciplina antielusiva generale operante ai fini delle imposte dirette.

Le disposizioni recate dal *Part IV A* sono state introdotte nel 1981 in seguito all'abrogazione dell'art. 260 dell'*Income Tax Assessment Act* in vigore a partire dal 1915. Attraverso tale disciplina il legislatore australiano ha inteso contrastare le condotte elusive qualificando come inopponibili nei confronti del Fisco gli effetti delle operazioni realizzate

---

entered into or carried out; (j) the nature of the connection between the avoider and a connected entity, including the question whether the dealing is or was at arm's length; (k) the circumstances surrounding the scheme; (l) any other relevant circumstances.

(2) Subsection (1) applies in relation to consideration of an entity's purpose in entering into or carrying out a part of a scheme from which the avoider gets or got a GST benefit, and the effect of part of the scheme, as if the part were itself the scheme from which the avoider gets or got the GST benefit.

Art. 165.40

*Commissioner may make declaration for purpose of negating avoider's GST benefits*

(1) For the purpose of negating a GST benefit the avoider mentioned in section 165-5 gets or got from the scheme, the Commissioner may make a declaration stating either or both of the following: (a) the amount that is (and has been at all times) the avoider's net amount for a specified tax period that has ended; (b) the amount that is (and has been at all times) the amount of GST on a specified taxable importation that was made (or is stated in the declaration to have been made) by the avoider.

(2) The Commissioner must take such action as he or she considers necessary to give effect to a declaration made under this section.

Art. 165.45

*Commissioner may reduce an entity's net amount or GST to compensate*

(1) This section operates if (a) the Commissioner has made a declaration under subsection 165-40(1) to negate the GST benefit an entity gets or got from a scheme; and (b) the Commissioner considers that another entity (the loser) gets or got a GST disadvantage from the scheme; and (c) the Commissioner considers that it is fair and reasonable that the loser's GST disadvantage be negated or reduced.

(2) An entity gets a GST disadvantage from a scheme if (a) an amount that is payable by the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, larger than it would have been apart from the scheme or a part of the scheme; or (b) an amount that is payable to the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, smaller than it would have been apart from the scheme or a part of the scheme; or (c) all or part of an amount that is payable by the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, payable earlier than it would have been apart from the scheme or a part of the scheme; or (d) all or part of an amount that is payable to the entity under this Act apart from this Division is, or could reasonably be expected to be, payable later than it would have been apart from the scheme or a part of the scheme.

(3) For the purposes of negating or reducing the loser's GST disadvantage from the scheme, the Commissioner may make a declaration (under this section) stating either or both of the following (a) the amount that is (and has been at all times) the loser's net amount for a specified tax period that has ended;

(b) the amount that is (and has been at all times) the amount of GST on a specified taxable importation that was made (or is stated in the declaration to have been made) by the loser.

(4) An amount stated in a declaration as the loser's net amount or the amount of GST on a taxable importation must not be less than the net amount or amount of GST (as appropriate) would have been apart from the scheme, or part of the scheme, and the declaration.

(5) An entity may give the Commissioner a written request to make a declaration under this section relating to the entity. The Commissioner must decide whether or not to grant the request, and give the entity notice of the Commissioner's decision.

con il solo o principale scopo di conseguire un risparmio d'imposta<sup>(162)</sup>. In particolare, l'*Explanatory memorandum all' Income Tax Laws Amendment Bill (No. 2)* del 1981 con cui è stata introdotta la disciplina in commento precisa che per "aggressive tax planning" deve intendersi «*the use of transactions or arrangements that have little or no economic substance and that are created predominantly to obtain a tax benefit that it is not intended by law*»<sup>(163)</sup>. Nelle intenzioni legislative risulta, quindi, centrale il ruolo del criterio della sostanza economica ai fini della identificazione e delimitazione delle condotte elusive (*aggressive tax panning*). Conseguentemente, in applicazione del *Part IV A* l'Amministrazione finanziaria risulta autorizzata a sostituire<sup>(164)</sup> gli effetti fiscali di uno schema elusivo con quelli che si sarebbero prodotti ove detto schema non avesse avuto luogo oppure ove fosse stata realizzata una diversa operazione da considerarsi, sul piano economico<sup>(165)</sup>, quale ragionevole alternativa a quella in effetti posta in essere<sup>(166)</sup>. A tal fine

---

<sup>162</sup> PAGONE, G.T., *Tax Avoidance: Different Perspectives*, relazione tenuta nell'ambito del convegno *STEP Asia Conference* del 12 ottobre 2012, Hong Kong (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/find/publications/speech+-+tax+avoidance+different+perspectives>), p. 3; CASHMERE, M. J., *Australia*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 p. 37.

<sup>163</sup> *Explanatory Memorandum, Income Tax Laws Amendment Bill (No. 2)*, 1981, pp. 10-11 citata in EVANS, C., *Containing Tax Avoidance: Anti-avoidance Strategies*, in *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, 40, 2008, p. 24.

<sup>164</sup> A tale riguardo il passaggio al *Part IV A* ha segnato l'introduzione di uno specifico potere in capo all'Amministrazione di riqualificare i neozgi elusivi, atteso che il previgente art. 260 si limitava a prevederne la semplice inopponibilità nei confronti del Fisco. L'art. 260 non si curava, in altri termini, delle modalità con cui i negozi elusivi – una volta resi fiscalmente inefficaci – dovevano poi essere ricondotti a tassazione (PAGONE, G.T., *op.cit.*, p. 20; AULT, H.J., ARNOLD, B.J., *Comparative Income Taxation. A structural Analysis*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 22). Infatti, ai sensi della norma in commento "ogni contratto, accordo, o accordo concluso a cui si è preso parte, oralmente o per iscritto, —per quanto ha o pretende di avere lo scopo o l'effetto di, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente: (a) modificare l'incidenza di alcuna imposta sul reddito; (b) alleviare qualsiasi persona dalla sua responsabilità di pagare le imposte sul reddito o di predisporre la dichiarazione dei redditi; (c) eliminare, eludere, o evitare qualsiasi obbligo o responsabilità derivante per qualsiasi persona dalla presente legge, oppure (d) impedire il funzionamento della presente legge— deve intendersi assolutamente inopponibile (*absolutely void*), sia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, sia nei confronti di qualsiasi procedimento ai sensi della presente legge, ma senza pregiudizio per la validità ad ogni altro riguardo o per qualsiasi altro scopo".

<sup>165</sup> JINYAN, L., *The Economic Substance Doctrine and GAAR: A Critical and Comparative Perspective*, relazione presentata al *GAAR Symposium*, 18 Novembre 2005, Toronto, p. 40 (reperibile al seguente indirizzo: [http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences/tax\\_li.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences/tax_li.pdf)) e segg. nonché MORGAN, J., *Cross-Border Regulation of Tax Shelters: The Implied Economic Substance Doctrine*, in *Tax Notes International*, 22 ottobre 2007, p. 389.

<sup>166</sup> MCMECHAN, R., *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*, Toronto, 2013, pp. 273 e segg. Sul punto si veda anche la sentenza "*Federal Commissioner of Taxation vs Peabody*", 2 luglio 1993, secondo cui «[a] reasonable expectation requires more than a possibility. It involves a prediction as to events which would have taken place if the relevant scheme had not been entered into or carried out and the prediction must be sufficiently reliable for it to be regarded as reasonable». Tuttavia, nella successiva sentenza "*Federal Commissioner of Taxation vs Consolidated Press Holdings Ltd*", 31 maggio 2000, i giudici hanno ritenuto che il concetto di "reasonable expectation" fosse da intendere con riferimento ad un'accezione diversa da quella di "predizione": «*the High Court in Spotless was confronted with a submission on behalf of the taxpayers, relating to the application of s 177C(1)(a) that, had they not entered into the investment scheme there in issue, there would have been no interest and no amount included in their assessable income so that the definition of "tax benefit" would make no sense in that case. As to that, the High Court in the joint judgment said (at 424): "In our view, the amount to which par (a)*



la normativa recata dal *Part IV A* è applicabile soltanto nei confronti di queglii “schemi” – realizzate in tutto o in parte in Australia, nonché all’estero (art. 177D, primo comma) – che risultano produttivi di un beneficio fiscale per il contribuente (art. 177C) da ritenersi non meritevole di tutela avendo riguardo ai seguenti elementi di natura oggettiva (art. 177D, primo comma, lett. a)): 1) il modo in cui lo schema è posto in essere o condotto; 2) la forma e la sostanza dello schema; 3) il tempo in cui lo schema è stato realizzato ed il periodo in cui è stato mantenuto; 4) i risultati raggiunti con lo schema; 5) qualsiasi cambiamento nella posizione finanziaria del contribuente che risultano, risulteranno, o è ragionevole attendersi che risultino, dallo schema; 6) qualsiasi cambiamento nella posizione finanziaria di ogni persona che ha, o ha avuto, qualsiasi connessione (sia di tipo commerciale, di famiglia o altro) con il ricorrente, che risultano, risulteranno, o è ragionevole attendersi che risultino, dallo schema; 7) le conseguenze per le persone diverse dal contribuente coinvolte dallo schema; 8) la natura delle relazione tra il contribuente e le persone *sub* 6).

L’elusività dello schema deve, quindi, essere accertata in modo oggettivo, ossia senza rinviare alle intenzioni (in quanto contrapposte agli scopi desumibili dallo schema in sé considerato) dei partecipanti allo schema. A tale riguardo si può affermare che gli elementi da 1) a 3) si riferiscono alle modalità di realizzazione dello schema, mentre gli elementi da 4) a 7) si occupano degli effetti dello schema e l’ultimo elemento riguarda, invece, la natura delle relazione tra i soggetti che hanno preso parte allo schema.

Con il termine “schema” si deve intendere (art. 177A, comma 1): ogni accordo, organizzazione, intesa, promessa o impegno, espresso o implicito, sia esso o meno protetto (o suscettibile di essere tale) da norme procedure legali, nonché ogni piano, proposta – anche unilaterale –, azione, corso di azione o condotta. Il concetto di “schema” è quindi utilizzando in termini molto ampi al fine di consentire che le disposizione del *Part IV A* siano applicabili, coerentemente con le finalità di una *general antiavoidance rule*<sup>167</sup>, nei confronti di qualsiasi fattispecie elusiva quale che sia la forma giuridica con cui è stata realizzata.

---

*refers as not being included in the assessable income of the taxpayer is identified more generally than the taxpayers would have it. The paragraph speaks of the amount produced from a particular source or activity. In the present case, this was the investment of \$40 million and its employment to generate a return to the taxpayers. It is sufficient that at least the amount in question might reasonably have been included in the assessable income had the scheme not been entered into or carried out. "The language suggests less of a predictive and more of a reasonable hypothesis approach than the passage earlier quoted from Peabody».* Secondo la sentenza da ultimo citata, l’art. 177C richiederebbe di sostituire gli effetti fiscali di un’operazione elusiva con quelli di una diversa operazione individuata non come prevedibile alternativa alla prima, ma come mera ipotesi ragionevole. Parte della dottrina ha però osservato che le due impostazioni non dovrebbero intendersi in chiave antitetica (PAGONE, G.T., *Tax avoidance in Australia*, Sydney, 2010, pp. 58-59). A tale riguardo è stato osservato che anche nella sentenza *Federal Commissioner of Taxation vs Spotless* del 1996 si farebbe riferimento al concetto di predizione «*in our view, the amount to which par (a) refers as not being included in the assessable income of the taxpayer is identified more generally than the taxpayers would have it. The paragraph speaks of the amount produced from a particular source or activity. In the present case, this was the investment of \$40 million and its employment to generate a return to the taxpayers. It is sufficient that at least the amount in question might reasonably have been included in the assessable income had the scheme not been entered into or carried out».*

<sup>167</sup> CASHMERE, M. J., *The interrelation of scheme and purpose under Part IV A*, in *eJournal of tax research*, 2, 2003, p. 137.

La nozione di “beneficio fiscale” è recata all’art. 177C e risulta particolarmente articolata e suddivisa in due sezioni: una lista positiva di casi che costituiscono “beneficio fiscale” ed una lista negativa di casi che non sono beneficio fiscale ai fini della presente normativa. Ciò posto la rilevanza del beneficio fiscale agli effetti dell’applicazione delle disposizioni contenute nel *Part IV A* dipende dal verificarsi di due condizioni poste dall’art. 177F: a) il beneficio fiscale rilevante non è solo quello conseguito, ma anche quello che sarebbe stato conseguito se non fosse stato per l’applicazione della disciplina in commento<sup>168</sup>; b) il beneficio fiscale deve essere connesso allo schema nel senso di non potersi produrre in assenza del primo – in altri termini, lo schema deve essere “responsabile” del conseguimento o dell’aspettativa del vantaggio fiscale<sup>169</sup>.

Rispetto al nesso tra il beneficio fiscale e lo schema realizzato, il combinato disposto dell’art. 177A, comma 5 e dell’art. 177D (ultimo periodo) consente di dedurre che lo scopo di ottenere un beneficio fiscale deve essere lo scopo dominante (quindi non esclusivo). Il precedente art. 260 si riferiva, invece, alla presenza di uno scopo fiscale “rilevante”.

A tale riguardo la sentenza *Federal Commissioner of Taxation vs Spotless* del 1996 ha precisato che la presenza di un scopo fiscale dominante deve essere valutata in termini oggettivi assumendo la prospettiva di una “reasonable person”: «*the eight categories set out in par (b) of s 177D as matters to which regard is to be had "are posited as objective facts". That construction is supported by the employment in s 177D of the phrase "it would be concluded that ...". This phrase also indicates that the conclusion reached, having regard to the matters in par (b), as to the dominant purpose of a person or one of the persons who entered into or carried out the scheme or any part thereof, is the conclusion of a reasonable person. In the present case, the question is whether, having regard, as objective facts, to the matters answering the description in par (b), a reasonable person would conclude that the taxpayers entered into or carried out the scheme for the dominant purpose of enabling the taxpayers to obtain a tax benefit in connection with the scheme*». Ad avviso dei giudici della sentenza in commento, tale giudizio deve, inoltre, essere compiuto tenendo presente che nel suo significato ordinario, “dominante” indica lo scopo guida, prevalente o più influente e che ciò a cui si deve prestare attenzione sono gli indizi della presenza di uno scopo dominante diretto all’ottenimento di un beneficio fiscale. Quest’ultimi, ad avviso della medesima Corte, saranno rintracciabili ove l’operazione realizzata risulti palesemente artificiale o contorta.

In sintesi, si può affermare che per poter applicare la disciplina antielusiva recata dal *Part IV A* è necessario che ricorrano congiuntamente i seguenti elementi: i) realizzazione di uno “schema”; ii) ottenimento di un “beneficio fiscale” in connessione con lo schema; iii) scopo dominante dello schema di ottenere (o consentire di ottenere) un beneficio fiscale. Con

---

<sup>168</sup> In altri termini, le disposizioni in commento possono operare anche in via anticipata rispetto alla concretizzazione del disegno elusivo. In tal senso appare rilevante anche la concreta aspettativa di conseguire un vantaggio fiscale. In altri termini, le disposizioni in commento possono operare anche in via anticipata rispetto alla concretizzazione del disegno elusivo. Secondo parte della dottrina non è tuttavia possibile applicare le norme in commento a casi in cui il vantaggio fiscale risulta possibile solo in forza dell’avverarsi di ulteriori condizioni o elementi rispetto a quelli già posti in essere (PAGONE, G.T., *Tax avoidance in Australia*, Sydney, 2010, p. 48).

<sup>169</sup> “*Lenzo vs Federal Commissioner of Taxation*”, 3 aprile 2008; “*Commissioner of Taxation vs Hart*”, 24 maggio 2004.

la precisazione, tuttavia, che il requisito *sub iii*) non richiede la prova diretta di un elemento di tipo psicologico, ma – come osservato – deve essere condotta in termini oggettivi sulla base degli otto criteri indicati dal legislatore<sup>(170)</sup>.

Va infine osservato che la disciplina recata dal *Part IV A* dell'*Income Tax Assessment Act* ha carattere generale – eccezion fatta per la suddivisione tra imposte dirette ed indirette – poiché non contiene alcuna limitazione di tipo oggettivo circa le fattispecie cui può ritenersi applicabile – sebbene contenga alcune disposizioni specifiche come ad es. nel caso del *dividend stripping* (art. 177E). Sul punto è però bene osservare che tale disciplina può essere applicata solo quando nessun'altra norma consenta di ricondurre entro l'opportuno regime impositivo l'operazione realizzata<sup>(171)</sup>. La prassi amministrativa ha, quindi, definito la predetta disciplina come “*provision of last resort*”<sup>(172)</sup>.

### 2.1.2 *La (ir)rilevaza delle valide ragioni economiche nell'applicazione del Part IV A*

Come osservato dalla dottrina la complessiva disciplina recata dal *Part IV A* non sembra individuare nella presenza di valide ragioni economiche una causa ostativa all'eventuale azione amministrativa<sup>(173)</sup>. Ed, infatti, ad avviso di un consolidato orientamento della *High Court*, le ragioni commerciali, eventualmente presenti a sostegno di uno schema elusivo, non possono ritenersi elemento sufficiente per dedurre l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione finanziaria<sup>(174)</sup>. In questi termini, la normativa antielusiva australiana presenta una caratteristica del tutto peculiare poiché, diversamente da quanto avviene nella prevalenza degli Stati, non risulta aver assegnato alcuna rilevanza al c.d. *business purpose test* quale preliminare condizione per l'applicazione della clausola antielusiva generale<sup>(175)</sup>.

---

<sup>170</sup> Secondo la giurisprudenza, infatti, le disposizioni contenute nel *Part IV A* devono intendersi applicabili in via oggettiva – cioè al mero ricorrere degli elementi indicati all'art. 177D – senza considerare i motivi alla base della realizzazione di uno schema e della consapevolezza del contribuente rispetto alla sua portata elusiva. In particolare nella sentenza “*Federal Commissioner of Taxation vs Consolidated Press Holdings Ltdæ*” del 31 maggio 2001 i giudici hanno affermato che «[i]n some cases, the actual parties to a scheme subjectively may not have any purpose, independent of that of a professional advisor, in relation to the scheme or part of the scheme, but that does not defeat the operation of s 177D. If, in the present case, there had been evidence which showed that no director or employee of any member of the Group had ever heard of s 79D, that would not conclude the matter in favour of the taxpayer. One of the reasons for making s 177D turn upon the objective matters listed in the section, it may be inferred, was to avoid the consequence that the operation of Pt IVA depends upon the fiscal awareness of a taxpayer». Come precisato dalla dottrina ciò significa che l'obiettivo elusivo deve essere verificato valutando gli effetti fiscali che lo schema realizzato produce in quanto tale – al di là che le parti coinvolte ne siano o meno consapevoli (PAGONE, G.T., *Tax Avoidance in Australia*, Sydney, 2010, p. 27).

<sup>171</sup> CLEARLY, J., *The Evolution of Tax Avoidance*, in *Revenue Law Journal*, 5, 1995, p. 237 nonché MCMECHAN, R., *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*, Toronto, 2013, pp. 274-275.

<sup>172</sup> Si veda *ATO Practice Statement Law Administration*, PS LA 2005/24, § 50.

<sup>173</sup> KREEVER, R., *The Ghost of the Duke of Westminster laid to rest in Australia?*, in *Canadian Tax Journal*, 45, 1997, p. 122.

<sup>174</sup> “*Federal Commissioner of Taxation v Spotless Services Ltd*”, 3 dicembre 1996. Per un commento PASSANT, J., *Spotless: Removing the stain of tax avoidance in Australia*, in *British Tax Review*, 2, 1997, p. 122 nonché DABNER, J., *The spin of a coin - in search of a workable GAAR*, in *Journal of Australian Taxation*, 3, 2000, p. 232.

<sup>175</sup> In particolare, come affermato dalla sentenza “*Federal Commissioner of Taxation v Consolidated Press Holdings Ltd.i*”, 31 maggio 2001, «a person may enter into or carry out a scheme, within the meaning of

Deve però essere rilevato che un più recente orientamento della giurisprudenza ha, invece, assegnato una certa rilevanza alla presenza di “ragioni commerciali” a supporto dell’operazione realizzata quali elementi in grado di paralizzare l’azione amministrativa. Con la sentenza “*Commissioner of Taxation vs Futuris Corporation Limited*” del 19 marzo 2012 la *High Court* ha, infatti, precisato che in ogni caso il comportamento alternativo cui paragonare quello ritenuto elusivo al fine di poterne disporre una riqualficazione ai sensi del Part IV A, deve comunque essere valutato tenendo presente la sua percorribilità sul piano commerciale. In particolare tale sentenza chiarisce che ove l’operazione alternativa dedotta dall’Amministrazione non risulti un’opzione che il soggetto sottoposto ad accertamento avrebbe avuto interesse commerciale a realizzare, ciò di cui si deve prendere atto è che il contribuente non avrebbe realizzato alcuna altra operazione rispetto a quella che ha posto in essere; ma se è così – conclude la Corte –, l’operazione accertata dall’Amministrazione non può ritenersi elusiva ai sensi del Part. IV A<sup>(176)</sup>. Tuttavia, come ben chiarito dalla precedente sentenza “*RCI Pty Limited v. Commissioner of Taxation*” del 10 febbraio 2012 tale ragionamento non denoterebbe una rilevanza in quanto tale del *business purpose test*, ma piuttosto andrebbe nella direzione di introdurre un criterio con cui valutare la possibilità di considerare quale scopo obiettivo di un certo “*scheme*” il conseguimento di un beneficio fiscale. In tal senso, ove il diverso “*scheme*” opposto dall’Amministrazione finanziaria risulti un’ipotesi meramente teorica, ossia commercialmente irrealistica, allora, si deve escludere che lo “*scheme*” abbia come suo scopo obiettivo predominante quello di conseguire un risparmio d’imposta.

---

*Pt IVA, for the dominant purpose of enabling the relevant taxpayer to obtain a tax benefit where dominant purpose of enabling the relevant taxpayer to obtain a tax benefit where that dominant purpose is consistent with the pursuit of commercial gain in the course of carrying on a business. The fact that the overall transaction was aimed at a profit making does not make it artificial and inappropriate to observe that part of the structure of the transaction is to be explained by reference to a s 177D purpose. Nor is there any inconsistency involved, as was submitted, in looking to the wider transaction in order to understand and explain the scheme, and the eight matters listed in s 177D».* La ricordata sentenza *Federal Commissioner of Taxation v Consolidated Press Holdings Ltd* segnala, tuttavia, un’altra importante caratteristica del Part IV A in merito alla sua applicazione. I giudici hanno, infatti, stabilito che ai fini della riqualficazione in chiave antielusiva non vi sarebbe nessun obbligo di considerare nel suo complesso l’operazione realizzata dal contribuente, ma che anzi è del tutto legittimo applicare il Part IV A ove questo consente di spiegare anche solo una porzione dello schema realizzato (TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008, § 4.3.2). Tuttavia, nel giudizio *Star City Pty Ltd vs Commissioner of Taxation*, 27 febbraio 2007, è stato precisato che “*una serie disgiunta o non connessa di operazioni non può intendersi uno schema*” agli effetti dell’Part IV A poiché la sussistenza di quest’ultimo non dipende da un giudizio di astrazione, ma consta di un accertamento di fatto il cui presupposto è dato dall’esistenza di una connessione tra le azioni oggetto di considerazione. Tale lettura sembrerebbe, quindi, preferibile in quanto maggiormente aderente con l’applicazione di tipo oggettivo del Part IV A. Diversamente, nella citata sentenza *Spotless* del 1996, la *High Court of Australia* aveva identificato lo schema nel disegno complessivamente realizzato, e non in una o più operazioni che lo costituivano. Sul punto, D’ASCENZO, M., *Part IV A: Post Spotless*, in *Journal of Australian Taxation*, 4, 1998, p. 6.

<sup>176</sup> Sul punto BUTLER, M., MISIAJLO, S., *Commissioner Announces Overhaul of General Anti-Avoidance Provisions*, in *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 3, 2012, p. 226. Il precedente orientamento giurisprudenziale non aveva, invece, attribuito particolare rilevanza alla presenza di “*rational commercial reasons*” (ex multis sentenza *Commissioner of Taxation vs Hart*, 26 luglio 2004). Sul punto CASHMERE, M. J., *Towards an appropriate interpretative approach to Australia’s general tax avoidance rule – Part IVA*, in *Australian Tax Review*, 35, 2006, p. 231.

Al riguardo va però osservato che con il *Tax Laws Amendment (Countering Tax Avoidance and Multinational Profit Shifting)* del 29 giugno 2013, il legislatore australiano ha in parte modificato la disciplina del *Part IV A* introducendo l'art. 177CB secondo cui nel valutare le operazioni alternative a quella realizzata dal contribuente occorre fare riferimento non solo alla sostanza dello schema, ma anche ogni tipo di conseguenza che quest'ultimo ha prodotto o avrebbe prodotto per il contribuente. In altri termini, per poter applicare la disciplina del *Part IV A*, occorre *in primis* verificare se l'operazione alternativa considerata dall'Amministrazione finanziaria assolve agli stessi scopi di quella posta in essere dal contribuente<sup>177</sup>).

Si può però osservare che l'intervento legislativo in commento ha però mancato di precisare se l'operazione alternativa debba essere giudicata soddisfacente per il semplice fatto di esistere e di appartenere alle ipotesi che ragionevolmente il contribuente avrebbe potuto porre in essere, oppure se sia necessario che tale alternativa sia anche *la migliore* tra le ragionevoli alternative possibili<sup>178</sup>).

---

<sup>177</sup> In particolare, come affermato nell'*Explanatory memorandum* di accompagnamento al *Tax Laws Amendment* di cui sopra «*the amendment makes it clear that when postulating what might reasonably be expected to have occurred in the absence of a scheme, it is not enough to simply assume the non-existence of the scheme — the postulate must represent a reasonable alternative to the scheme, in the sense that it could reasonably take the place of the scheme. Such a postulate will necessarily require speculation about the state of affairs that would have existed if the scheme had not been entered into or carried out. This may include speculation about the way in which connected transactions would have been modified if they had had to accommodate the absence of the scheme. Under this approach, a taxpayer will obtain a tax benefit in connection with a scheme if it can be demonstrated that a relevant tax effect would have flowed, as a matter of law, from the application of the taxation law to the alternative postulate; again, a tax effect that is less advantageous to the relevant taxpayer than the tax effect secured by the taxpayer in connection with the scheme*».

<sup>178</sup> Questo tipo di incertezza in realtà può rintracciarsi in via generale nelle varie clausole antielusive considerate nella presente analisi; quest'ultime, infatti, pur stabilendo che l'elusione fiscale debba essere contrastata nei termini di un confronto tra l'operazione realizzata dal contribuente ed una ipotetica alternativa espressiva del corretto carico fiscale attribuibile alla fattispecie integrata, mancano di chiarire le modalità di individuazione di una simile operazione alternativa lasciando, quindi, degli ampi spazi di discrezionalità, e perciò di opinabilità, all'azione dell'Amministrazione (ovvero del giudice). Un simile problema pare, peraltro, affliggere anche l'attuale art. 37-bis presente nell'ordinamento nazionale. Si è visto, infatti, che nel silenzio del Legislatore la prassi amministrativa si è orientata nell'individuare il concetto di "operazione alternativa" in quello di "operazione fisiologica" ossia "tipica" rispetto alle aspettative dell'ordinamento tributario nel suo complesso. È però facile osservare che così ragionando si potrebbe cadere proprio nel problema appena considerato, ossia quello di riferirsi ad un'operazione alternativa puramente teorica che il contribuente non avrebbe mai avuto ragione di realizzare; in aggiunta, così ragionando rimarrebbe comunque aperta anche l'altra questione poc'anzi sottolineata riguardante la necessità di distinguere tra le operazioni alternative quella che il contribuente avrebbe scelto in quanto si presentava come la migliore delle alternative (anche da un punto di vista fiscale – naturalmente in termini di legittimo risparmio d'imposta). È facile, infatti, osservare che se l'operazione alternativa viene ad essere individuata soltanto con riferimento alle aspettative del sistema tale aspetto non può che essere sottostimato, ma così ragionando la "tassazione differenziale" ai sensi dell'art. 37-bis potrebbe non risultare equa andando ad autorizzare un prelievo dotato di un sapore punitivo in quanto finirebbe per vincolare il contribuente ad un'alternativa da cui potrebbe originarsi un carico fiscale che, nei limiti della pianificazione fiscale legittima, il contribuente avrebbe sopportato in misura più contenuta ove – tra le alternative possibili – fosse stata considerata "la migliore" tenuto conto di tutte le variabili rilevanti (e quindi anche quella fiscale).

### 2.1.3 Interpretazione teleologica ed elusione fiscale nell'ambito del Part IV A

Nell'ordinamento australiano il principio dell'interpretazione teleologica risulta codificato all'art. 15AA dell'*Acts Interpretation Act 1991* – introdotto successivamente al *Part IV A*<sup>(179)</sup> – in forza del quale «*in the interpretation of a provision of an Act, a construction that would promote the purpose or object underlying the Act (whether that purpose or object is expressly stated in the Act or not) shall be preferred to a construction that would not promote that purpose or object*».

A tale riguardo parte della dottrina ha sottolineato che le Corti potrebbero riferirsi direttamente all'art. 15AA per contrastare i comportamenti elusivi, senza alcuna necessità di dover ricorrere al *Part IV A*<sup>(180)</sup>.

Tuttavia, ad avviso di altra dottrina, la presenza del *Part IV A* sarebbe comunque giustificata in quanto definirebbe lo *standard* per l'accertamento delle condotte elusive nel più ampio contesto di un approccio interpretativo di tipo teleologico delle norme tributarie<sup>(181)</sup>.

In altri termini, la presenza del *Part IV A* accanto all'art. 15AA risulterebbe comunque giustificata poiché idonea a migliorare la certezza dei rapporti tributari indicando in modo esplicito i presupposti e le modalità per l'accertamento delle condotte elusive in applicazione di una interpretazione teleologica delle norme tributarie.

In totale dissenso con le posizioni appena considerate, parte della dottrina – peraltro di matrice giurisprudenziale – ha però ritenuto che il *Part IV A* debba essere giustificato su basi autonome rispetto a quelle dell'art. 15AA dell'*Acts Interpretation Act 1991*<sup>(182)</sup>. Secondo tale orientamento, le modalità applicative del *Part IV A* – diversamente da molte altre normative antielusive, come ad es. quella Canadese – non devono essere declinate nei termini di una interpretazione teleologica delle norme tributarie e, quindi, secondo un criterio che attinge all'abuso o a un uso improprio delle stesse da parte del contribuente; anzi, lo scopo precipuo del *Part IV A* sarebbe proprio quello di consentire all'Amministrazione finanziaria di riqualificare una certa operazione al fine di ricondurla a tassazione qualora ciò non sia possibile ricorrendo ai comuni canoni ermeneutici – ivi incluso quello teleologico<sup>(183)</sup>.

---

<sup>179</sup> Sul punto XYNAS, L., *Tax Planning, Avoidance and Evasion in Australia 1970-2010: The Regulatory Responses and Taxpayer Compliance*, in *Revenue Law Journal*, 20, 2011, p. 13.

<sup>180</sup> OROW, N., *General Anti-Avoidance Rules: A Comparative International Analysis*, Londra, 2000, p. 383.

<sup>181</sup> DABNER, J., *Why we must replace Part IVA: A suggestion for reform*, in *CHH Tax Week*, 41, 2004, p. 875. In quest'ottica il *Part IV A* sembrerebbe assumere i toni di una norma rivolta all'Amministrazione finanziaria più che al contribuente – verso cui è invece diretto l'art. 15AA quale norma d'interpretazione delle disposizioni tributarie.

<sup>182</sup> PAGONE, G.T. *Tax Avoidance in Australia*, Sydney, 2010, p. 18.

<sup>183</sup> In particolare è stato sostenuto che: «*the Australian legislature in 1981, however, chose to make the anti avoidance provision depend not upon a view that the provisions were being abused but, rather, upon a constructive conclusion that a person to a scheme (where the word "scheme" is not used pejoratively) participated in the scheme for the purpose of enabling a taxpayer to obtain a tax benefit. The critical criterion for application of the anti avoidance provision was the purpose to be attributed to a person. It was a "constructive" conclusion because the conclusion was not to be found in the actual purpose of anyone but, rather, was to be drawn from the objective consideration of specific facts and circumstances. (...) The*

In tale senso, il *Part IV A* sarebbe un'autonoma fonte impositiva da distinguersi, in quanto fondata sull'apprezzamento dello scopo (oggettivo) dello "schema" realizzato, da quelle ordinariamente definite dalle norme tributarie sostanziali<sup>(184)</sup>.

Ben si può cogliere, quindi, la radicale differenza tra l'impostazione adottata dall'Australia e quella rintracciabile nei paesi di *Civil Law* precedentemente esaminati. In tali ordinamenti, infatti, le norme antielusive generali sono variamente fondate sul concetto di frode alla legge/abuso del diritto e non sono, quindi, concepite come norme di costruzione dei fatti imponibile in alternativa a quelli già individuati dal Legislatore con le ordinarie norme impositive – anche perché tale ipotesi sarebbe difficilmente compatibile con la nozione di riserva di legge operante in tali ordinamenti<sup>(185)</sup>.

#### 2.1.4 *Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie*

##### A) *Le garanzie procedurali ed il riparto dell'onere della prova*

Diversamente dagli ordinamenti di *Civil Law* precedentemente considerati il legislatore australiano non ha previsto una procedura specifica per l'applicazione della disciplina del *Part IV A*<sup>(186)</sup>. Al riguardo l'art. 177F del *Part IV A* prevede semplicemente la possibilità per il contribuente, una volta che gli sia stato notificato l'avviso di accertamento, di proporre, in via stragiudiziale, delle obiezioni ai sensi della generale disciplina di cui al *Part IV C* del *Taxation Administration Act* (1953)<sup>(187)</sup>. Sul punto merita però di essere sottolineato che il rapporto tra contribuente e Fisco risulta fortemente sbilanciato in favore di quest'ultimo atteso che il Legislatore<sup>(188)</sup>, oltre a non prevedere uno specifico

---

*provisions, therefore, show much concern to deal with how choices might be made without application of the anti avoidance rule, but with making its provisions depend ultimately upon what was thought to be a statutory formulation of the predication test»* (PAGONE, G.T., *Avoidance Law Developments*, relazione tenuta presso il *New Zealand Institute of Chartered Accountants* il 12 novembre 2011 (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/home/library/speech+-+avoidance+law+developments>), pp. 20-21).

<sup>184</sup> Infatti, «*statutory general anti-avoidance provisions, like Part IV A, and s 260 of the 1936 Act before it, and Div 165 of the GST Act, assume that the primary taxing provisions have failed to achieve their intended purpose even though they may have been construed and applied purposively (...) there is thus a conceptual tension between anti-avoidance provisions and a purposive construction to fiscal legislation (...) the answer given by the legislature is in effect to impose tax (a distinct category of taxation) on facts from which an inference is drawn about a purpose of tax avoidance»* (PAGONE, T.G., *Tax Avoidance in Australia*, Sydney, 2010, pp. 15-16).

<sup>185</sup> Le possibili tensioni tra norme antielusive generali e il principio del "rule of reason" presente negli ordinamenti di *Common Law* sono affrontate in PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? A comparative study*, in *Saint Louis University Law Journal*, 21, 2010, p. 22. Al riguardo gli autori rilevano che tali norme antielusive sarebbero compatibili con il principio in commento in quanto quest'ultimo non avrebbe il carattere dell'inderogabilità. Ciò conferma, quindi, un'evidente tensione tra l'impostazione alla base delle clausole antielusive simili a quella presente in Australia e il più stringente concetto di riserva di legge comune ai paesi di *Civil Law*.

<sup>186</sup> TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008, p. 5.

<sup>187</sup> PAGONE, G.T., *Tax Avoidance in Australia*, Sydney, 2010, p. 130.

<sup>188</sup> Peraltro, la dottrina ha sottolineato lo scarso utilizzo del *ruling* tenuto conto che, anche in virtù di alcune pronunce giurisprudenziali, viene richiesta una eccessivo livello di dettaglio nella descrizione della fattispecie difficilmente ottenibile anche ove il *ruling* fosse richiesto dopo la realizzazione dell'operazione.

procedimento applicativo per le disposizioni del *Part IV A*, ha mancato di disciplinare anche il riparto dell'onere della prova che, tuttavia, anche alla luce dell'orientamento della giurisprudenza, risulta di fatto totalmente a carico del contribuente<sup>(189)</sup>.

È forse proprio in ragione di un tale contesto che l'Amministrazione finanziaria australiana, nonostante non vi fosse nessun obbligo di legge al riguardo, ha comunque ritenuto opportuno istituire un apposito *GAAR Panel* (*general antiavoidance rule panel*) – composto sia da esponenti del mondo delle professioni e delle imprese che dell'Amministrazione finanziaria stessa<sup>(190)</sup> – con funzione puramente consultiva a cui devono necessariamente rivolgersi i funzionari degli uffici finanziari locali prima di procedere alla notifica dell'accertamento antielusivo. Infatti, come affermato nella *Practice Statement Law Administration LA 2005/24* rilasciato dal governo dell'Australia sotto l'autorità dell'Amministrazione finanziaria<sup>(191)</sup>, «[t]he application of a GAAR is a serious matter and the Commissioner is conscious of the need to ensure that a GAAR is applied only after a careful and full consideration of the facts. The Commissioner has therefore established the GAAR Panel (the Panel) to advise on the application of GAARs to particular arrangements»<sup>(192)</sup>.

A tale scopo la principale funzione del *GAAR Panel* è quella di assistere gli uffici periferici dell'Amministrazione finanziaria nella gestione della disciplina del *Part IV A*. Nello specifico attraverso l'organo in commento non vengono compiute attività istruttorie o di accertamento, ma si offrono pareri e direttive atti a garantire che l'applicazione del *Part IV A* avvenga su basi oggettive e che, in aggiunta, vi sia coerenza tra gli approcci alle varie questioni che sorgono di volta in volta in occasione della sua applicazione<sup>(193)</sup>.

---

Considerato che la procedura di *ruling*, certamente esperibile anche nel caso delle disposizioni del *Part IV A*, offre protezione solo se e nella misura in cui l'operazione realizzata coincida con quella prospettata, tale istituto ha ricevuto scarsa attenzione. Sul punto si veda PAGONE, G.T., *Tax avoidance in Australia*, Sydney, 2010, p. 180.

<sup>189</sup> PAGONE, G.T., *Part IV A: the general anti-avoidance provisions in Australian taxation law*, in *Melbourne University Law Review*, 27, 2003, p. 770.

<sup>190</sup> Il ruolo di presidente del *Panel* è però rivestito da un funzionario anziano dell'Amministrazione finanziaria (*Practice Statement Law Administration LA 2005/24*, § 23).

<sup>191</sup> Il documento in questione costituisce atto d'indirizzo rilasciato dalla stessa Amministrazione finanziaria australiana con cui vengono precisate le modalità applicative del *Part IV A* che i funzionari della medesima dovranno osservare nell'applicare tali disposizioni.

<sup>192</sup> *Practice Statement Law Administration LA 2005/24*, § 17.

<sup>193</sup> Per tale ragione il *GAAR Panel* ha il solo lo scopo di fornire consulenza ai fini dell'applicazione del *Part IV A* (anche con riferimento alle sue ricadute sanzionatorie). Tuttavia, nel momento in cui una questione viene riferita al *Panel* da parte di un funzionario dell'Amministrazione finanziaria quest'ultimo per poter procedere con l'emissione dell'avviso di accertamento deve attendere che gli venga consegnato il parere del *Panel* (*Practice Statement Law Administration LA 2005/24*, § 25). Tuttavia, il parere reso dal *GAAR Panel* non ha alcun potere vincolante sull'opportunità o meno di applicare il *Part IV A*, però il funzionario che ha ricevuto un parere in favore della sua non applicazione e ritenga, ciò nonostaten di applicare tale disciplina, quest'ultimo è tenuto ad informare il *GARR Panel* e a consultarsi con il presidente del *Panel* stesso (*Practice Statement Law Administration LA 2005/24*, § 25). In merito alle funzione del *GAAR Panel* il *Practice Statement Law Administration LA 2005/24* contiene delle importati precisazioni riguardanti la possibilità per il contribuente di partecipare agli incontri tra i membri del *Panel* e i funzionari dell'Amministrazione finanziaria che hanno sollevato la questione riferita a tale organo. In documento si afferma, infatti, che «[t]o assist the deliberative process of the Panel in providing advice to the decision-maker, a taxpayer (and/or a representative of the taxpayer at the taxpayer's election) will usually be invited



## B) *Gli effetti sanzionatori*

L'applicazione del *Part IV A* rende irrogabili due principali tipologie di sanzioni. La prima è ricollegata al versamento di un'imposta inferiore a quella accertata ed è contenuta nella *Subdivision 284-C "Penalties relating to schemes"* in *Taxation Administration Act 1953*<sup>194</sup>; la seconda è, invece, applicabile nei confronti di qualsiasi soggetto che abbia

---

*to attend a Panel meeting and address the Panel. (No such invitation will be extended to a taxpayer in relation to matters which are referred to the Panel at an early stage for preliminary advice)»(Practice Statement Law Administration LA 2005/24, § 31). Tuttavia, non sembra che la partecipazione del contribuente vada al di là di una mera "assistenza" per spingersi verso una forma di contraddittorio endoprocedimentale con funzione difensiva – tra l'altro la partecipazione del contribuente è su invito a discrezione del *Panel* stesso e non può, quindi, essere "preteso" dal contribuente. Infatti, il citato documento precisa che «[a]n invitation given to a taxpayer to attend a Panel meeting and address the Panel is not extended on the basis that it will provide a platform for a hearing as part of a quasi-judicial process of review. This is not the function of the Panel, nor in any event does it have power to undertake a review process; it is there merely to provide advice to decision-makers so as to assist in the making of objective decisions by decision-makers and to ensure consistency in the approach to various issues that arise in the application of the GAARs. Of course, the decision-maker is always available to receive and address any submissions that a taxpayer may wish to put to the decision-maker at any time»(Practice Statement Law Administration LA 2005/24, § 33). Tuttavia, la partecipazione del contribuente a tali incontri non è meramente passiva in quanto «a taxpayer invited to attend the Panel meeting will, by a reasonable time prior to the meeting, be informed of the contentions of fact giving rise to the issue referred to the Panel, and of the substance of the Tax Office's proposed approach to the application of the GAAR» (Practice Statement Law Administration LA 2005/24, § 36).*

<sup>194</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

### *Liability to penalty*

(1) You are liable to an administrative penalty if: (a) you would, apart from a provision of a taxation law or action taken under such a provision (the adjustment provision), get a scheme benefit from a scheme; and (b) having regard to any relevant matters, it is reasonable to conclude that: (i) an entity that (alone or with others) entered into or carried out the scheme, or part of it, did so with the sole or dominant purpose of that entity or another entity getting a scheme benefit from the scheme; or (ii) for a scheme referred to in Division 165 of the GST Act or Division 75 of the Fuel Tax Act 2006—the principal effect of the scheme, or of part of the scheme, is that you would, apart from the adjustment provision, get the scheme benefit from the scheme directly or indirectly.

(2) You are also liable to an administrative penalty if: (a) you would, apart from section 136AD or 136AE of the Income Tax Assessment Act 1936, or the application of the International Tax Agreements Act 1953 to those sections, (also the adjustment provision) get a scheme benefit from a scheme; and (b) subparagraph (1)(b)(i) is not satisfied for the scheme. (3) It does not matter whether the scheme, or any part of the scheme, was entered into or carried out inside or outside Australia.

### *Scheme benefits and scheme shortfall amounts*

(1) An entity gets a scheme benefit from a scheme if: (a) a tax-related liability of the entity for an accounting period is, or could reasonably be expected to be, less than it would be apart from the scheme or a part of the scheme; or (b) an amount that the Commissioner must pay or credit to the entity under a taxation law for an accounting period is, or could reasonably be expected to be, more than it would be apart from the scheme or a part of the scheme.

(2) The amount of the scheme benefit that you would, apart from the adjustment provision, have got from the scheme is called your scheme shortfall amount.

(omissis)

### *Base penalty amount: schemes*

The base penalty amount for a scheme is: (a) for a scheme to which subsection 284-145(1) applies:

(i) 50% of your scheme shortfall amount; or (ii) 25% of your scheme shortfall amount if it is reasonably arguable that the adjustment provision does not apply;

or (b) for a scheme to which subsection 284-145(2) applies: (i) 25% of your scheme shortfall amount; or

consigliato o promosso uno schema elusivo ed è contenuta nella *Division 290 "Promotion and implementation of schemes"* in *Taxation Administration Act 1953*<sup>(195)</sup>.

(ii) 10% of your scheme shortfall amount if it is reasonably arguable that the adjustment provision does not apply.

<sup>195</sup> Si riportano di seguito le disposizioni di maggior rilievo contenuto nella *Division 290*:

#### *Objects of this Division*

The objects of this Division are: (a) to deter the promotion of tax avoidance schemes and tax evasion schemes; and (b) to deter the implementation of schemes that have been promoted on the basis of conformity with a product ruling in a way that is materially different from that described in the product ruling.

#### *Civil penalties*

##### *Promoter of tax exploitation scheme*

(1) An entity must not engage in conduct that results in that or another entity being a promoter of a tax exploitation scheme.

Implementing scheme otherwise than in accordance with ruling (2) An entity must not engage in conduct that results in a scheme that has been promoted on the basis of conformity with a product ruling being implemented in a way that is materially different from that described in the product ruling.

Note: A scheme will not have been implemented in a way that is materially different from that described in a product ruling if the tax outcome for participants in the scheme is the same as that described in the ruling.

##### *Civil penalty*

(3) If the Federal Court of Australia is satisfied, on application by the Commissioner, that an entity has contravened subsection (1) or (2), the Court may order the entity to pay a civil penalty to the Commonwealth.

##### *Amount of penalty*

(4) The maximum amount of the penalty is the greater of: (a) 5,000 penalty units (for an individual) or 25,000 penalty units (for a body corporate); and (b) twice the consideration received or receivable (directly or indirectly) by the entity and associates of the entity in respect of the scheme.

##### *Principles relating to penalties*

(5) In deciding what penalty is appropriate for a contravention of subsection (1) or (2) by an entity, the Federal Court of Australia may have regard to all matters it considers relevant, including: (a) the amount of the consideration received or receivable (directly or indirectly) by the entity and associates of the entity in respect of the scheme; and (b) the deterrent effect that any penalty may have; and (c) the amount of loss or damage incurred by scheme

participants; and (d) the nature and extent of the contravention; and (e) the circumstances in which the contravention took place, including the deliberateness of the entity's conduct and whether there was an honest and reasonable mistake of law; and (f) the period over which the conduct extended; and (g) whether the entity took any steps to avoid the contravention; and (h) whether the entity has previously been found by the Court to have engaged in the same or similar conduct; and (i) the degree of the entity's cooperation with the Commissioner.

##### *Recovery of penalty*

(omissis)

##### *Exceptions*

Reasonable mistake or reasonable precautions (1) The Federal Court of Australia must not order the entity to pay a civil penalty if the entity satisfies the Court: (a) that the conduct in respect of which the proceedings were instituted was due to a reasonable mistake of fact; or

(b) that: (i) the conduct in respect of which the proceedings were instituted was due to the act or default of another entity, to an accident or to some other cause beyond the entity's control; and (ii) the entity took reasonable precautions and exercised due diligence to avoid the conduct. (2) The other entity referred to in paragraph (1)(b) does not include someone who was an employee or agent of the entity when the alleged conduct occurred.

##### *Reliance on advice from the Commissioner*

(3) The Commissioner must not make an application under section 290-50 for conduct referred to in

---

subsection 290-50(1) in relation to an entity's involvement in a scheme if: (a) the scheme is based on treating a taxation law as applying in a particular way; and (b) that way agrees with: (i) advice given to the entity or the entity's agent by or on behalf of the Commissioner; or (ii) a statement in a publication approved in writing by the Commissioner.

*Exception where entity does not know result of conduct*

(7) The Federal Court of Australia must not order an entity to pay a civil penalty in relation to the entity's engaging in conduct: (a) that results in another entity being a promoter of a tax exploitation scheme; or (b) that results in a scheme that has been promoted on the basis of conformity with a product ruling being implemented in a way that is materially different from that described in the product ruling; if the entity satisfies the Court that the entity did not know, and could not reasonably be expected to have known, that the entity's conduct would produce that result.

(omissis)

*Meaning of promoter*

(1) An entity is a promoter of a tax exploitation scheme if: (a) the entity markets the scheme or otherwise encourages the growth of the scheme or interest in it; and (b) the entity or an associate of the entity receives (directly or indirectly) consideration in respect of that marketing or encouragement; and (c) having regard to all relevant matters, it is reasonable to conclude that the entity has had a substantial role in respect of that marketing or encouragement.

(2) However, an entity is not a promoter of a tax exploitation scheme merely because the entity provides advice about the scheme.

(3) An employee is not to be taken to have had a substantial role in respect of that marketing or encouragement merely because the employee distributes information or material prepared by another entity.

*Meaning of tax exploitation scheme*

(1) A scheme is a tax exploitation scheme if, at the time of the conduct mentioned in subsection 290-50(1): (a) one of these conditions is satisfied: (i) if the scheme has been implemented—it is reasonable to conclude that an entity that (alone or with others) entered into or carried out the scheme did so with the sole or dominant purpose of that entity or another entity getting a scheme benefit from the scheme;

(ii) if the scheme has not been implemented—it is reasonable to conclude that, if an entity (alone or with others) had entered into or carried out the scheme, it would have done so with the sole or dominant purpose of that entity or another entity getting a scheme benefit from the scheme; and (b) one of these conditions is satisfied: (i) if the scheme has been implemented—it is not reasonably arguable that the scheme benefit is available at law; (ii) if the scheme has not been implemented—it is not reasonably arguable that the scheme benefit would be available at law if the scheme were implemented.

Note: The condition in paragraph (b) would not be satisfied if the implementation of the scheme for all participants were in accordance with binding advice given by or on behalf of the Commissioner of Taxation (for example, if that implementation were in accordance with a public ruling under this Act, or all participants had private rulings under this Act and that implementation were in accordance with those rulings).

(2) In deciding whether it is reasonably arguable that a scheme benefit would be available at law, take into account any thing that the Commissioner can do under a taxation law.

Example: The Commissioner may cancel a tax benefit obtained by a taxpayer in connection with a scheme under section 177F of the Income Tax Assessment Act 1936.

*Injunctions*

If an entity has engaged, is engaging or is proposing to engage in conduct to which this Subdivision applies or would apply, the Federal Court of Australia may, on the application of the Commissioner, grant an injunction: (a) restraining the entity from engaging in the conduct; and (b) if, in the Court's opinion, it is desirable to do so—requiring the entity to do something.

*Interim injunctions*

The Federal Court of Australia may, before considering an application for an injunction under section 290-125, grant an interim injunction restraining an entity from engaging in conduct to which this Subdivision applies.

(omissis)

Prima di entrare nel merito del regime sanzionatorio così definito si ritiene opportuno sottolineare che in entrambi i casi il legislatore non menziona testualmente le norme del *Part IV A* quale presupposto per l'applicazione delle corrispondenti sanzioni, tuttavia le fattispecie illecite definite risultano modellate in modo tale da risultare immediatamente applicabili in conseguenza di una violazione delle norme del *Part IV A*<sup>196</sup>). Rispetto al modello sanzionatorio adottato dal legislatore francese, si può perciò osservare che l'Australia, pur prevedendo delle sanzioni amministrative automaticamente applicabili in seguito ad una contestazione basata sulla clausola antielusiva generale, non ha definito la corrispondente fattispecie sanzionatoria attraverso un mero rinvio a tale clausola – come fatto, invece, dalla Francia – ma ha espressamente indicato gli elementi costitutivi dell'illecito definendoli in modo specifico e distinguendo varie ipotesi applicative. Tale scelta, come si vedrà, potrebbe ritenersi maggiormente confacente ai requisiti di determinatezza delle disposizioni sanzionatorie di cui si è detto precedentemente.

Venendo al contenuto della disciplina recata dalla *Subdivision 284* del *Tax Administration Act*, va osservato che la sanzione in commento non sembra presupporre l'infedeltà della dichiarazione, ma risulta direttamente collegata al *quantum* delle maggiori imposte non versate dal contribuente risultando così espressamente riferita all'ammontare di beneficio fiscale indebitamente goduto dal contribuente. Tale sanzione è prevista nella misura ordinaria del 50% ovvero del 25% ove risultasse ragionevolmente sostenibile che le disposizioni del *Part IV A* non dovevano essere applicate<sup>197</sup>). Viceversa, la sanzione in commento è aumentata del 20% ove risulti che il contribuente abbia posto in essere delle attività volte a prevenire o ostacolare l'accertamento. Al contrario, ove il contribuente, prima dell'avviso di inizio di indagini fiscali, denunci spontaneamente la violazione la sanzione *de qua* viene ad essere ridotta dell'80%; se, invece, tale denuncia viene effettuata successivamente al predetto avviso la sanzione viene ridotta del solo 20% ma a condizione che così facendo il contribuente determini una significativa riduzione dei tempi e delle risorse impiegate dall'Amministrazione per effettuare le predette indagini.

Con riferimento alla sanzione applicabile nei confronti dei promotori di schemi elusivi ai sensi della *Division 290* del *Taxation Administration Act* va osservato che nei Paesi di *Common Law* si è fortemente sviluppato una sorta di mercato di tali schemi, sovente veicolati tramite taluni prodotti finanziari venduti da alcune banche o istituti finanziari agli utilizzatori finali. Pertanto, al fine di arginare tale fenomeno il legislatore australiano, con il *Tax Law Amendment Act* del 10 aprile 2006, n. 32 ha ritenuto opportuno prevedere uno specifico regime sanzionatorio diretto nei confronti dei “promotori” di schemi elusivi<sup>198</sup>). Tale scelta si pone, quindi, in alternativa rispetto al diverso approccio basato sull'idea di una

---

<sup>196</sup> CASHMERE, M. J., *Australia*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 pp. 52 e segg.

<sup>197</sup> Sul punto si veda la sentenza *Pridecraft Pty Ltd v Commissioner of Taxation* (2004) della *High Court* australiana dove, proprio con riferimento ad una fattispecie accertata ai sensi del *Part IV A*, è stato precisato che la riduzione del 25% vale ad es. nei casi di incertezza normativa (§ 108).

<sup>198</sup> Le complessive ragioni di *policy* alla base del regime sanzionatorio in commento sono ben ricostruite in TOOMA, R.A., *New tax laws to deter promoters of tax exploitations schemes*, in *Journal of the Australasian Tax Teachers Association*, 2, 2006, p. 158.

responsabilità solidale (o del concorso di reato) del professionista rispetto alla violazione commessa dal contribuente – e che come si vedrà ha cominciato a farsi largo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana. Infatti, nell' *Explanatory Memorandum* al citato *Taxation Laws Amendment* viene precisato che il regime in commento è stato introdotto al fine di uniformare il più possibile le sanzioni applicabili nei confronti dei promotori a quelle già per il contribuente<sup>199</sup>).

Ciò posto i tratti essenziali del complesso regime definito dalla citata *Division 290* possono essere così riassunti. In primo luogo la sanzione è applicabile nel presupposto che sia stato promosso un *tax exploitation scheme* ossia uno schema sottoscritto, o che si intende sottoscrivere, per il fine prevalente di ottenere un risparmio d'imposta e non risulta ragionevole che tale beneficio fiscale sia altrimenti disponibile<sup>200</sup>). Tale disciplina si applica anche nei confronti di schemi la cui promozione è stata basata su posizioni ufficiali dell'Agenzia delle Entrate sebbene lo schema materialmente proposto risulti diverso da quello considerato dall'Agenzia stessa. La nozione di *promoter* è legislativamente definita e risulta riferita ai seguenti casi: i) entità che promuovono sul mercato lo schema ovvero ne favoriscono la crescita o contribuiscono a sviluppare un interesse nei suoi confronti; ii) entità, o suoi associati (e.g. parenti, società affiliate o anche *trust* beneficiari), che ricevono un prezzo per le attività di *sub i*); iii) qualsiasi entità che abbia avuto un ruolo sostanziale nelle attività *sub i*)<sup>201</sup> – tuttavia, per espressa previsione legislativa, non rientra nel concetto di “*promoter*” colui che si limiti a fornire una prestazione di consulenza (*Division 290-60*, comma 2)<sup>202</sup>). La sanzione è applicabile al ricorrere delle predette condizioni e risulta definita in termini pecuniari<sup>203</sup>); tuttavia, al ricorrere di specifiche ipotesi, l'Agenzia delle Entrate può chiedere alla *Federal Court* di competenza di rilasciare una ingiunzione finalizzata alla cessazione dell'attività di promozione ovvero di imporre al promotore di rispettare la precedente dichiarazione – ove sia stata resa – con cui aveva dichiarato l'intenzione di astenersi da una siffatta attività.

---

<sup>199</sup> Parliament of the Commonwealth of Australia, *Explanatory Memorandum to the Taxation Laws Amendment 2006*, § 3.136 secondo cui «[t]he introduction of a penalty regime will remedy an existing asymmetry in the risks faced by scheme promoters and investors. By putting promoters at risk financially for the promotion of ineffective tax schemes, rather than allowing all risks to be passed on to investors, the market for investment schemes is likely to operate more efficiently, with the potential for investment capital to be redirected to legitimate and productive investments».

<sup>200</sup> PAGONE, G.T., *Tax avoidance in Australia*, Sydney, 2010, pp. 170 e segg.

<sup>201</sup> Il requisito in commento serve ad escludere che meri funzionari dell'entità che promuove lo schema possano essere puniti ai sensi della disciplina in commento (CASHMERE, M. J., *Australia*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 p. 61).

<sup>202</sup> Sul punto la dottrina ritiene però che il caso di un avvocato che viene pagato per presentare, nell'ambito di un seminario, un certo schema poi dichiarato elusivo e tale seminario risulta diretto ad un pubblico di investitori, debba ritenersi idealmente ricompreso nell'ambito applicativo del regime sanzionatorio definito dalla *Subdivision 290* (CASHMERE, M. J., *ibidem*).

<sup>203</sup> La pena pecuniaria prevista varia per le persone fisiche da un minimo di 5.000 punti ovvero, se maggiore, al doppio del compenso ricevuto per l'attività di promozione, a un massimo per le società di 25.000 punti ovvero, se maggiore, al doppio del compenso ricevuto per l'attività di promozione. Ogni punto equivale ad una somma pecuniaria variamente definita da ogni Stato della confederazione australiana.

## 2.2. *La Nuova Zelanda*

Nonostante la vicinanza geografica e culturale rispetto all’Australia, la normativa antielusiva generale presente in Nuova Zelanda si caratterizza per una formulazione molto più semplice, sebbene, così come nel caso dell’Australia, tale normativa conferisca ampi poteri di accertamento al Fisco. Anche la Nuova Zelanda, come l’Australia, mostra una lunga tradizione in tema di clausole antielusive generali la cui prima formulazione risale al 1878, sebbene la giurisprudenza abbia mancato di utilizzare tale tipo di legislazione fino agli anni ‘60<sup>(204)</sup>. Tuttavia, come di seguito chiarito, la normativa attualmente presente in Nuova Zelanda appare sotto molti aspetti insoddisfacente rispetto alle coeve norme presenti in altri ordinamenti, soprattutto perché foriera di una eccessiva discrezionalità in capo all’Amministrazione finanziaria<sup>(205)</sup> resa poi ancor più pericolosa da un regime sanzionatorio particolarmente severo.

### 2.2.1 *La normativa vigente: le disposizioni recate dagli art. BG 1 e YA 1 dell’Income Tax Act*

La clausola antielusiva generale neozelandese è formalmente contenuta all’art. BG 1 “Tax avoidance” dell’ *Income Tax Act* 2007, tuttavia è all’art. YA 1 “Definitions” del medesimo atto che viene dato concreto contenuto alla predetta norma. Similmente al caso dell’Australia l’art. BG 1 si applica soltanto alle imposte dirette, mentre nel caso delle imposte indirette risulta applicabile l’art. 76<sup>(206)</sup>, “Avoidance”, *Goods and Service Tax Act*

<sup>204</sup> PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *New Zealand*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 p. 255.

<sup>205</sup> Nella presente sezione dedicata alla Nuova Zelanda la locuzione “Amministrazione finanziaria” verrà utilizzata per riferirsi all’ *Inland Revenue*.

<sup>206</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

- (1) A tax avoidance arrangement entered into by a person is void against the Commissioner for tax purposes.
- (2) A tax avoidance arrangement is one that directly or indirectly (a) has tax avoidance as its purpose or effect; or (b) has tax avoidance as one of its purposes or effects, whether or not another purpose or effect relates to ordinary business or family dealings, if the purpose or effect is not merely incidental.
- (3) If a tax avoidance arrangement is void against the Commissioner, the Commissioner may adjust the amount of tax payable by, or the amount of tax refundable to, a registered person affected by the arrangement, whether or not the registered person is a party to the arrangement, in the manner the Commissioner considers appropriate to counteract any tax advantage obtained by the registered person from or under the arrangement.
- (4) For the purpose of subsection (3), the Commissioner may, in addition to any other treatment the Commissioner considers appropriate, treat (a) a person who is not a registered person and who is a party to or has participated in an arrangement as being a registered person: (b) a supply of goods and services, whether or not a taxable supply, that is affected by or is part of an arrangement as being made to or by a registered person (c) a supply of goods and services as occurring in a taxable period that, but for an arrangement affected by this section, would have occurred in the taxable period in which the supply was made (d) a supply of goods and services as having been made, or consideration for the supply as having been given, at open market value.
- (5) Subsection (6) applies if (a) a person (person A) enters into an arrangement on or after 22 August 1985 whereby a taxable activity formerly carried on by person A is carried on, in whole or in part, by another person (person B) or other persons; and (b) either (i) person A and person B are associated persons; or (ii) person A and the other persons are associated persons.
- (6) For the purpose of sections 15(3), 15(4), 19A(1) and 51(1), the value of the supplies made in the course of carrying on all taxable activities in a 12-month period starting on the first day of any month by person A

1985. Tuttavia, anche in questo caso l'attenzione sarà rivolta soltanto alla normativa relativa alle imposte dirette poiché l'art. 76 di cui sopra ricalca largamente la formulazione dell'art. BG 1 e, peraltro, ha ricevuto scarsa attenzione da parte della giurisprudenza e dottrina.

Venendo al contenuto della normativa in commento, va subito osservato che ai sensi dell'art. BG 1 le operazioni elusive sono qualificate come inopponibili nei confronti dell'Amministrazione finanziaria e, quest'ultima, – se necessario – può procedere ad una autonoma ricostruzione della stessa in applicazione delle disposizioni recate dalla Parte G dell' *Income tax Act 2007* secondo cui il Fisco può determinare i fatti imponibili che si sarebbero ragionevolmente prodotti in assenza dell'operazione reputata elusiva <sup>(207)</sup>. A tale riguardo, l'ultimo comma dell'art. YA 1, recante la definizione del generale concetto di “*arrangement*”, chiarisce che l'art. BG 1 è applicabile nei confronti di qualsiasi fattispecie realizzata per il tramite di «*an agreement, contract, plan, or understanding, whether enforceable or unenforceable, including all steps and transactions by which it is carried into*

---

and person B or person A and the other persons is, to the extent that the value relates to supplies arising from the taxable activity formerly carried on by person A, each to be treated as being equal to the aggregate of the value of the taxable supplies made by all persons for that period.

(7)The Commissioner may, having regard to the circumstances of the case and if the Commissioner considers it equitable to do so, determine that subsection (6) does not apply to person A, person B or the other persons.

(8)For the purpose of this section arrangement means a contract, agreement, plan or understanding, whether enforceable or unenforceable, including all steps and transactions by which it is carried into effect tax avoidance includes (a) a reduction in the liability of a registered person to pay tax: (b) a postponement in the liability of a registered person to pay tax: (c) an increase in the entitlement of a registered person to a refund of tax (d) an earlier entitlement of a registered person to a refund of tax (e) a reduction in the total consideration payable by a person for a supply of goods and services.

<sup>207</sup> Le disposizioni a tal fine di maggior rilievo sono quelle contenuto nell'art. GA 1 di seguito riportato:

#### *When this section applies*

(1)This section applies if an arrangement is void under section BG 1 (Tax avoidance). Commissioner's general power (2)The Commissioner may adjust the taxable income of a person affected by the arrangement in a way the Commissioner thinks appropriate, in order to counteract a tax advantage obtained by the person from or under the arrangement.

#### *Commissioner's specific power over tax credits*

(3)The Commissioner may (a)disallow some or all of a tax credit of a person affected by the arrangement; or (b)allow another person to benefit from some or all of the tax credit.

#### *Commissioner's identification of hypothetical situation*

(4)When applying subsections (2) and (3), the Commissioner may have regard to 1 or more of the amounts listed in subsection (5) which, in the Commissioner's opinion, had the arrangement not occurred, the person (a)would have had; or (b)would in all likelihood have had; or (c)might be expected to have had.

#### *Reconstructed amounts*

(5)The amounts referred to in subsection (4) are (a)an amount of income of the person; (b)an amount of deduction of the person; (c)an amount of tax loss of the person; (d)an amount of tax credit of the person.

#### *No double counting*

(6)When applying subsection (2), if the Commissioner includes an amount of income or deduction in calculating the taxable income of the person, it must not be included in calculating the taxable income of another person.

#### *Meaning of tax credit*

(7)In this section, tax credit means a reduction in the tax a person must pay because of (a)a credit allowed for a payment by the person of an amount of tax or of another item; or (b)another type of benefit.

*effect»*<sup>(208)</sup>. Il citato art. YA 1 rende altresì noto che il concetto di elusione fiscale ha un'estensione particolarmente ampia in quanto include tutte quelle operazioni con cui, direttamente o indirettamente, viene ad essere alterato il carico fiscale altrimenti dovuto ovvero il contribuente viene ad essere sollevato dalle proprie obbligazioni tributarie che altrimenti ne sarebbero derivate, ivi incluse quelle che si sarebbero verificate solo in via potenziale o prospettica anche con riferimento all'aspettativa di redditi futuri. Corrispondentemente, l'art. YA 1 stabilisce che per “*tax avoidance arrangement*” deve intendersi un *arrangement* che, indipendentemente dal soggetto che lo ha sottoscritto, ha come suo fine o effetto l'elusione fiscale purché quest'ultimo non sia meramente incidentale.

Appare, quindi, evidente l'ampia latitudine applicativa della norma antielusiva generale presente in Nuova Zelanda nonché l'espressa previsione di un doppio rimedio all'elusione fiscale diversamente da quanto solitamente previsto dagli altri ordinamenti finora esaminati.

Sul punto merita, in particolare, di essere sottolineato che in applicazione dell'art. BG 1 il Fisco può limitarsi ad una declaratoria di inopponibilità oppure, ove fosse necessario, può spingersi sino ad una vera e propria ricostruzione dei fatti imponibili al fine di ristabilire il corretto carico fiscale da attribuire al contribuente. Tuttavia, in assenza di indicazioni legislative in merito ai contesti e presupposti che autorizzerebbe l'Amministrazione a ricorrere ad un tale potere di ricostruzione, tale scelta sembrerebbe essere rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione finanziaria – sebbene si tratti pur sempre di una facoltà esercitabile in via residuale, ossia solo ove si ritenga non sufficiente la mera declaratoria d'inopponibilità (che quindi assurge a ruolo di rimedio in via principale) <sup>(209)</sup>. La dottrina<sup>(210)</sup> ha, tuttavia, rilevato che la discrezionalità eventualmente conferita all'Amministrazione attraverso l'art. BG 1 dovrebbe riguardare soltanto le modalità di riqualificazione e non la scelta tra l'uno e l'altro dei rimedi di cui sopra. In questi termini, in presenza di un disegno elusivo, l'Amministrazione dovrebbe ritenersi obbligata a disporre la riqualificazione qualora la mera declaratoria di inopponibilità risulti insufficiente per neutralizzare il vantaggio fiscale. E, in effetti, con l'*Interpretative Statement* denominato “*Tax avoidance and the interpretation of sections BG 1 and GA 1 of the Income Tax Act 2007*” l'Amministrazione finanziaria ha affermato che «[w]hen the voiding appropriately counteracts the tax advantages, and does no more than that, then the Commissioner will not be required to apply s GA 1. However, if the voiding has not appropriately counteracted the tax avoidance, or the voiding has removed legitimate outcomes, or there are consequential adjustments needed to be made, the Commissioner is required to apply s GA 1». La stessa Amministrazione finanziaria sembrerebbe, quindi, ammettere che la discrezionalità conferita

---

<sup>208</sup> In tal senso, come precisato dalla recente sentenza *Ben Nevis* (19 dicembre 2008), § 105, l'applicazione dell'art. BG 1 può essere diretta anche nei confronti di un “disegno elusivo”, ossia di un’*arrangement* le cui fasi, qualora vengano complessivamente considerate, diano evidenza di uno scopo elusivo a queste altrimenti non ricollegabile ove siano considerate in modo isolato.

<sup>209</sup> ARNOLD, B., *Tax Treaties and Tax Avoidance: the 2003 revisions to the Commentary to the OECD Model*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2004, p. 251.

<sup>210</sup> KEATING, M., *Reconstruction of Tax Avoidance Arrangements: How Best to Rewrite History?*, in *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy*, 17, 2011, p. 480.



dall'art. BG 1 non riguarda la scelta tra inopponibilità e riqualificazione. Da questo punto di vista il tipo di discrezionalità conferita all'Amministrazione può essere vista come una conseguenza del fatto che la tassazione ai sensi dell'art. BG 1 non avviene – come ad es. nel caso dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73 – applicando le norme eluse, ma sulla base di ciò che l'Amministrazione stessa ritiene sia una ragionevole tassazione nel caso di specie. Va, infatti, osservato che ai sensi dell'art. GA 1 «*the Commissioner may adjust the taxable income of a person affected by the arrangement in a way the Commissioner thinks appropriate, in order to counteract a tax advantage obtained by the person from or under the arrangement*». Sul punto merita, tuttavia, di essere segnalato che per effetto di alcune pronunce della *Supreme Court of New Zealand* le modalità di esercizio del predetto potere discrezionale risulterebbe scarsamente controllabili. Infatti, nella sentenza *Westpac Banking Corporation* dell'8 aprile 2009 è stato affermato che «*the Commissioner is not required to postulate an alternative beneficial transaction into which the taxpayer might have entered but did not do so*», mentre nella sentenza *W33* del 2004 i giudici hanno precisato che «*the Commissioner is entitled to take an approach which is simple and effective. He is not required to second-guess what the taxpayer might have done if given another chance. He is to ensure that no tax advantage is obtained from the arrangement*».

Pertanto, secondo tale giurisprudenza, l'Amministrazione non sarebbe tenuta a giustificare in modo puntuale, opponendo ad es. un preciso percorso negoziale alternativo a quello realizzato dal contribuente e che lo stesso avrebbe, invece, dovuto realizzare, gli “*adjustment*” apportati alla base imponibile oggetto di dichiarazione. Inoltre, nella sentenza *Alesco* del 12 dicembre 2011 la *Supreme Court* ha precisato che «*the difference between the Commissioner's approach and that taken by the taxpayers is that the Commissioner contends that he has a discretion to counteract the tax advantage as he thinks fit, whereas the taxpayers contend he is obliged to apply the next best alternative to the transaction undertaken*». In tal senso ove l'Amministrazione decida, liberamente, di riferirsi ad un'operazione alternativa quale presupposto per gli *adjustment* disposti, dovrebbe in ogni caso ritenersi preclusa la facoltà del contribuente di sindacare tali *adjustment* eccependo che egli avrebbe scelto un diverso percorso fiscalmente più efficiente rispetto a quello considerato dall'Amministrazione.

### 2.2.2 L'art. BG 1 tra interpretazione letterale e applicazione giurisprudenziale

In merito alle condizioni di applicazione dell'art. BG 1 desta qualche perplessità il fatto che il Legislatore, attraverso l'art. YA 1, abbia ricollegato in modo piuttosto generico i rimedi dell'inopponibilità ovvero della riqualificazione alla circostanza che lo scopo o l'effetto non meramente incidentale dell'operazione realizzata risulti essere, a vario titolo, quello di conseguire un risparmio d'imposta. Si è visto, infatti, che le clausole precedentemente esaminate limitano tali rimedi alla presenza di risparmi d'imposta opportunamente qualificati – ad es. come contrari alle finalità delle norme tributarie invocate dal contribuente.

Non può, quindi, non accogliersi quanto osservato da parte della dottrina secondo cui, ove l'art. BG 1 fosse interpretato in modo letterale, non vi sarebbe modo di distinguere tra

legittimo risparmio d'imposta ed elusione fiscale<sup>(211)</sup>. È facile, infatti, osservare che una rigida applicazione di tale norma può ben condurre entro il campo di applicazione della stessa operazioni che seppur "fiscalmente ottimizzate" non risultano per questo contrarie allo spirito delle norme invocate dal contribuente.

Tuttavia, la flessibilità tipica degli ordinamenti di *Common Law* ha consentito alla giurisprudenza di approntare le dovute cautele al fine di escludere che l'Amministrazione possa ritenersi autorizzata ad applicare l'art. BG 1 per il solo fatto che il contribuente abbia conseguito un risparmio d'imposta<sup>(212)</sup>. Viene, infatti, rilevato che nella maggior parte dei casi<sup>(213)</sup> la giurisprudenza ha applicato l'art. BG secondo il principio della prevalenza della sostanza (generalmente economica<sup>(214)</sup>) sulla forma e considerando, quindi, come patologiche solo quelle forme di risparmio fiscale non adeguatamente supportate da una sostanza extrafiscale<sup>(215)</sup>.

Senonché l'Amministrazione finanziaria sembra aver dato una diversa lettura della questione, ritenendo che il cuore dell'applicazione dell'art. BG 1 dovesse essere rinvenuto nella valutazione dello scopo dell'*arrangement*<sup>(216)</sup>. Tuttavia, per l'Amministrazione tale valutazione non si risolve in una indagine di tipo psicologico, bensì deve essere condotta in termini oggettivi facendo riferimento al cosiddetto *Parliament's purpose test*. In tal senso la conformità dell'operazione e della condotta tenuta dal contribuente deve essere valutata alla luce degli obiettivi che il Legislatore intendeva promuovere con le disposizioni invocate dal contribuente stesso<sup>(217)</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza più recente sembra essere giunta ad una sintesi tra i suddetti approcci. Nella sentenza *Ben Nevis Forestry Ventures Ltd vs Commissioner of Inland Revenue* del 19 dicembre 2008 è stato, infatti, precisato che una volta ricostruita la realtà commerciale ed economica integrata dall'*arrangement*, si dovrà verificare se – alla luce di tale ricostruzione – gli effetti fiscali con esso ricercati e rivendicati dal contribuente siano o meno quelli che il Parlamento intendeva concedere tenuto conto delle specifiche circostanze del caso *sub iudice*: «[t]he ultimate question is whether the impugned arrangement, viewed in a commercially and economically realistic way, makes use of the

---

<sup>211</sup> PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 4, 2008, p. 151.

<sup>212</sup> PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *op.cit.*, p. 155.

<sup>213</sup> Non sono, infatti, mancati casi in cui la giurisprudenza si è riferita soltanto allo scopo perseguito dal contribuente ovvero a quello oggettivamente ricavabile dall'operazione posta in essere (PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *op. cit.*, p. 156).

<sup>214</sup> MCMECHAN, R., *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*, Toronto, 2013, pp. 278-282.

<sup>215</sup> PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *New Zealand*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 p. 261.

<sup>216</sup> Si veda il documento *Tax Avoidance and the Interpretation of Section BG 1 and GA 1 dell'Income Tax Act 2007*, pp. 72-84.

<sup>217</sup> Ciò non significa, però, riferirsi al Legislatore storico – ossia a quello che ha introdotto le specifiche norme oggetto di considerazione – in quanto «[t]he test is not to establish what the actual Parliament that enacted the legislation had in mind, but to ask whether, if Parliament had foreseen transactions of this type when enacting provisions used in the transactions, it would have viewed them as within Parliament's contemplation for those specific provisions» (*Inland Revenue, Tax Avoidance and the Interpretation of Section BG 1 and GA 1 of the Income Tax Act 2007*, 13 giugno 2013, § 18).

*specific provision in a manner that is consistent with Parliament's purpose. If that is so, the arrangement will not, by reason of that use, be a tax avoidance arrangement*<sup>(218)</sup>). Allo stesso modo nella coeva sentenza *Glenharrow Holdings Ltd vs Commissioner of Inland Revenue* del 19 dicembre 2008 i giudici della Corte Suprema Neozelandese hanno giustificato la natura elusiva dell'operazione oggetto di considerazione rilevando che il contribuente non avrebbe realmente sopportato l'onere economico a cui il Parlamento, attraverso le norme impositive invocate dal contribuente, intendeva ricollegare la spettanza di un beneficio fiscale.

In conclusione, dal complesso delle indicazioni giurisprudenziali<sup>(219)</sup> dovrebbe desumersi che la legittima pianificazione fiscale verrebbe ad essere distinta dall'elusione fiscale in quanto l'art. BG 1 risulterebbe applicabile soltanto nei confronti di quelle operazioni la cui sostanza rende impossibile una loro lettura in senso conforme allo spirito delle disposizioni tributarie invocate a proprio favore dal contribuente.

### 2.2.3 Il ruolo dell'interpretazione teleologica nell'ambito dell'applicazione dell'art. BG 1

Le riflessioni precedentemente svolte introducono il tema del rapporto tra clausola antielusiva generale ed interpretazione teleologica che, come visto precedentemente, finisce sovente per individuare non solo i confini ma anche le precondizioni di applicazione della clausola antielusiva generale.

A tale riguardo pare opportuno prendere le mosse dal fatto che ad avviso di un orientamento della dottrina la citata sentenza *Ben Nevis* sarebbe espressione del principio secondo cui l'art. BG 1 sarebbe applicabile soltanto dopo aver accertato la inapplicabilità delle ordinarie norme impositive una volta che le stesse siano state interpretate teleologicamente – così come peraltro previsto dall'art. 5 dell'*Interpretation Act 1999*<sup>(220)</sup>. In applicazione dell'art. BG 1 l'Amministrazione finanziaria sarebbe, quindi, autorizzata a colmare le lacune del sistema inopportuno sfruttate dal contribuente per ottenere un risparmio d'imposta non conforme alle intenzioni legislative. In altri termini, l'art. BG 1, prendendo le mosse da un fallimento del sistema da riscontrare sul piano interpretativo, consentirebbe di ricondurre a tassazione gli schemi elusivi altrimenti non imponibili<sup>(221)</sup> seguendo un criterio più ampio di quello definito dall'art. 5 dell'*Interpretation Act 1999* secondo cui «*the meaning of an enactment must be ascertained from its text and in the light of its purpose*».

Tuttavia, poiché una simile conclusione viene raggiunta facendo leva sul fatto che il risparmio fiscale elusivo è tale in quanto non conforme alle intenzioni legislative, appare

---

<sup>218</sup> § 109.

<sup>219</sup> Le citate pronunce del 2008 sembrano lasciar intendere una certa compenetrazione tra il criterio della prevalenza della sostanza, in particolare di tipo economico, sulla forma legale dell'operazione e quello del *Parliament test* (ELLIFFE, C., *The Test for Tax Avoidance in New Zealand: A Judicial Sea Change*, in *New Zealand Business Law Quarterly*, 23, 2010, pp. 445-446).

<sup>220</sup> Sul punto PAGONE, G.T., *Aspects of Tax Avoidance: Trans-Tasman observations*, IFA Conference, 12 marzo 2011, pp. 31-32; ELLIFFE, C., PREBBLE, J., *Anti-Avoidance Rules and Double Tax Agreements*, in *Revenue Law Journal*, 1, 2009, p. 5.

<sup>221</sup> PAGONE, G.T., *Aspects of tax avoidance: trans-tasman observations*, in *Australian tax review*, 3, 2011, p. 145.

ragionevole chiedersi se così ragionando non si sta, in effetti, presupponendo un approccio di tipo interpretativo all'elusione fiscale.

Tale ipotesi sembra però essere esclusa dal fatto che gli elementi considerati dai giudici nella predetta sentenza al fine di valutare l'intento parlamentare appaiono estrinseci rispetto al testo normativo di riferimento<sup>(222)</sup> – ci si riferisce, infatti, ad elementi di fatto quali il “*method and timing of payment*”). E, in effetti, secondo parte della dottrina la differenza tra l'uso dell'art. 5 dell'*Interpretation Act* e dell'art. BG 1 starebbe proprio nel fatto che solo per il tramite di quest'ultimo risulterebbe possibile applicare il principio di prevalenza della sostanza sulla forma giungendo a considerare l'operazione realizzata dal contribuente da un punto di vista sostanziale e, quindi, indipendentemente da come le norme, sebbene teleologicamente interpretate, risultino applicabili alle forme legali adottate dal contribuente<sup>(223)</sup>.

In tal senso la sentenza *Ben Nevis* precedentemente citata sarebbe un esempio di utilizzo dell'art. BG 1 in opposizione all'art. 5 dell'*Interpretation Act* in quanto i giudici avrebbero distinto due diversi livelli d'indagine: se è stato dimostrato che il contribuente ha utilizzato le norme invocate conformemente al loro scopo, va tuttavia ulteriormente chiarito se, in virtù delle complessive circostanze e modalità con cui è stata realizzata l'operazione, quest'ultima risulta ancora conforme agli scopi considerati dal Parlamento quando ha varato le norme invocate dal contribuente.

Sul punto la tesi dei giudici risulta, peraltro, piuttosto chiara «*[w]hen, as here, a case involves reliance by the taxpayer on specific provisions, the first inquiry concerns the application of those provisions. The taxpayer must satisfy the Court that the use made of the specific provision is within its intended scope. If that is shown, a further question arises based on the taxpayer's use of the specific provision viewed in the light of the arrangement as a whole. If, when viewed in that light, it is apparent that the taxpayer has used the specific provision, and thereby altered the incidence of income tax, in a way which cannot have been within the contemplation and purpose of Parliament when it enacted the provision, the arrangement will be a tax avoidance arrangement. For example the licence premium was payable for a “right to use land”, according to the ordinary meaning of those words, which of course includes their purpose. But because of additional features, to which we will come, associated primarily with the method and timing of payment, it represented and was part of a tax avoidance arrangement*»<sup>(224)</sup>.

---

<sup>222</sup> Sul punto merita di essere citata ancora una volta la sentenza *Ben Nevis Forestry Ventures Ltd vs Commissioner of Inland Revenue* secondo cui «*[w]e consider Parliament's overall purpose is best served by construing specific tax provisions and the general anti-avoidance provision so as to give appropriate effect to each. They are meant to work in tandem. Each provides a context which assists in determining the meaning and, in particular, the scope of the other. Neither should be regarded as overriding. Rather they work together. The presence in the New Zealand legislation of a general anti-avoidance provision suggests that our Parliament meant it to be the principal vehicle by means of which tax avoidance is addressed. The general anti-avoidance regime is designed for that purpose, whereas individual specific provisions have a focus which is determined primarily by their ordinary meaning, as established through their text in the light of their specific purpose. In short, the purpose of specific provisions must be distinguished from that of the general anti-avoidance provision*» (§ 103).

<sup>223</sup> COLEMAN, J., *Tax Avoidance Law in New Zealand*, New Zealand, 2009, p. 78.

<sup>224</sup> § 107.

Tale conclusione risulta poi ulteriormente confermata sulla base della successiva sentenza *Westpac Banking Corporation* del 7 ottobre 2009: «*I read Ben Nevis as prescribing a combined form and substance test. An analysis of the form or nature of the contractual relationship remains as the starting point in a tax avoidance inquiry; I agree with Mr Farmer that Ben Nevis does not authorise a Court to bypass the legal structure and move straight to a substance assessment*»<sup>(225)</sup>.

Infine la distinzione tra i due livelli di analisi in commento è stata tracciata con ancor più chiarezza nella sentenza *BNZ Investment* del 15 luglio 2009 ove è stato affermato che «*[t]his first step involves determining the ordinary meaning of the specific provisions, as established through their text in the light of their specific purpose as per s 5 Interpretation Act 1999*»<sup>(226)</sup>, mentre «*at step 2 is necessarily an hypothetical one. (...) the Court is essentially asking itself: had Parliament foreseen transactions of this type when enacting the specific provisions deployed in the transactions, would it have viewed them as within the scheme and purpose of those specific provisions?*»<sup>(227)</sup>.

Alla luce di quanto precisato l'applicazione dell'art. 5 dell'*Interpretation Act 1999* verrebbe, quindi, a distinguersi da quella che regola l'art. BG 1 in quanto solo in quest'ultimo caso la conformità agli scopi legislativi deve essere valutata tenendo conto anche dello specifico percorso negoziale complessivamente utilizzato dal contribuente e verificando se questo abbia dato luogo ad un uso improprio delle disposizioni tributarie nonostante una loro interpretazione teleologica. Tale aspetto è peraltro espressamente sottolineato dalla ricordata sentenza *Ben Nevis* in cui la Corte ha affermato che «*[t]he manner in which the arrangement is carried out will often be an important consideration. (...) A classic indicator of a use that is outside Parliamentary contemplation is the structuring of an arrangement so that the taxpayer gains the benefit of the specific provision in an artificial or contrived way. It is not within Parliament's purpose for specific provisions to be used in that manner*»<sup>(228)</sup>.

Pertanto, in base a quanto rilevato, la valutazione della forma con cui il beneficio fiscale è stato conseguito – ossia del “disegno-mezzo” da cui deriva – costituisce un presupposto imprescindibile per la valida applicazione dell'art. BG 1. Infatti, la stessa Amministrazione finanziaria ha riassunto il processo di applicazione dell'art. BG 1 nelle seguenti tre fasi<sup>(229)</sup>: i) “*Verificare il trattamento fiscale reclamato dal contribuente*”: identificare le disposizioni tributarie usate o aggirate in forza dell'operazione realizzata e dei suoi effetti; ii) “*Verificare la realtà commerciale ed economica dell'operazione considerata*”: considerare la realtà commerciale (i.e. *business purpose*) ed economica (i.e. cambiamenti della situazione economica) ed identificare i risultati oggettivamente accertabili, rilevanti ai fini delle disposizioni utilizzate o aggirate, ed effettivamente conseguiti; iii)

---

<sup>225</sup> § 107.

<sup>226</sup> § 118.

<sup>227</sup> § 135.

<sup>228</sup> § 135.

<sup>229</sup> *Inland Revenue, Tax Avoidance and the Interpretation of Section BG 1 and GA 1 of the Income Tax Act 2007*, 13 giugno 2013, pp. 94 e segg.

“*Verificare le intenzioni del legislatore*”: identificare lo scopo legislativo rilevante ai fini degli effetti fiscali delle disposizioni utilizzate o eluse.

#### 2.2.4 *La rilevanza delle valide ragioni economiche nell'applicazione dell'art. BG 1*

Ai sensi di quanto precisato dall'art. YA 1 nell'ambito della definizione di “*tax avoidance arrangement*”, il mancato superamento del *Parliament's purpose test* non implica, di per sé, l'applicabilità dell'art. BG 1. Infatti, qualora il vantaggio fiscale ricercato o conseguito risulti “meramente incidentale” l'art. YA 1 esclude l'integrazione di un *tax avoidance arrangement*. Tuttavia, ciò non significa che la mera presenza di ragioni extrafiscali a supporto della realizzazione dell'*arrangement* debba essere assunta come esimente ai fini dell'applicazione dell'art. BG 1. Secondo l'Amministrazione finanziaria occorre, infatti, verificare se tali ragioni sono rilevanti ai fini del *Parliament's purpose test*, ossia se rientrano o meno nelle circostanze “non fiscali” che il Parlamento aveva in mente, o avrebbe potuto avere in mente, quale presupposto per l'applicazione delle norme tributarie invocate dal contribuente per reclamare un certo beneficio fiscale<sup>(230)</sup>.

Pertanto, ancorché presenti, le ragioni non fiscali a supporto della realizzazione di un certo *arrangement* potrebbero comunque risultare irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. BG 1.

Inoltre, le ragioni in questione devono poter consentire di isolare uno specifico scopo accanto a quello elusivo dell'*arrangement* tale per cui il secondo deve potersi ritenere meramente consequenziale rispetto al primo. Nella citata sentenza *Westpac* i giudici hanno, infatti, affermato che «*[h]owever, when used in conjunction with the word 'incidental', I think the phrase 'not merely' is designed to emphasise that a tax avoidance purpose, if found, will offend s BG 1 unless it naturally attaches or is subordinate or subsidiary to a concurrent legitimate purpose or effect, whether of a commercial or family nature. Identification of a business purpose will not immunise a transaction from scrutiny where tax avoidance can be viewed as 'a significant or actuating purpose which ha[s] been pursued as a goal in itself'. Conversely, a transaction will not offend where tax avoidance naturally attaches to that other acceptable purpose or effect*»<sup>(231)</sup>.

Da questo punto di vista l'approccio suggerito dalla sentenza in commento non sembra totalmente dissimile da quello adottato dalla Corte di Giustizia Europea secondo cui le ragioni e scopi economici per poter essere rilevanti ai fini della disapplicazione della disciplina antielusiva generale altrimenti applicabile devono essere non marginali, ossia tali per cui lo scopo fiscale, eventualmente presente, non può qualificarsi come uno scopo in sé dell'operazione – ossia senza il quale non sarebbe stata realizzata.

---

<sup>230</sup> *Inland Revenue, Tax Avoidance and the Interpretation of Section BG 1 and GA 1 of the Income Tax Act 2007*, 13 giugno 2013, § 364.

<sup>231</sup> *Westpac Banking Corporation vs Commissioner of Inland Revenue*, 7 ottobre 2009, §206.

## 2.2.5 Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie

### A) L'onere della prova

Similmente al caso dell'Australia l'ordinamento neozelandese non prevede alcuna specifica procedura per l'applicazione dell'art. BG 1. Tuttavia, diversamente dall'Australia non è stato istituito alcun organo consultivo da parte dell'Amministrazione finanziaria. L'unico elemento individuante delle procedura applicativa dell'art. BG può essere rivenuto nelle modalità di riparto dell'onere della prova.

In termini generali occorre rilevare che ai sensi del comma 2 dell'art. 149A<sup>(232)</sup> del *Tax Administration Act 1994* l'onere della prova nei casi riconducibili all'evasione fiscale risulta a carico del *Commissioner*, mentre in tutti gli altri casi è a carico del contribuente<sup>(233)</sup>. Al riguardo l'importante sentenza *Ben Nevis* ha precisato che «*it is necessary for the appellants (taxpayers) on whom the burden of proof lies, to persuade the Court that the arrangement is not a tax avoidance arrangement. To do that the appellants (taxpayers) must show that the steps they have taken were within the purpose and contemplation of Parliament when it enacted the specific provisions they rely on*»<sup>(234)</sup>. In senso conforme nella sentenza *Glenharrow* del 19 dicembre 2008, relativa all'applicazione della norma antielusiva generale nel settore delle imposte indirette (*goods and service tax*), i giudici hanno stabilito che: «*in order for the Commissioner to be able to invoke s 76 he must be satisfied that the arrangement which he wishes to treat as void has been "entered into between persons to defeat the intent and application" of the GST Act or of any provision of the Act. Consistent with the approach to interpretation of General Anti-Avoidance Rules (GAARs) in the income tax context (...) this determination requires an assessment that goes beyond the technical legality of the constituent parts of the arrangement. The onus is on the taxpayer to show that the Commissioner could not properly have been satisfied in terms of this section*»<sup>(235)</sup>.

---

<sup>232</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

*“Standard of proof and onus of proof”*

- (1)The standard of proof in civil proceedings relating to the imposition of penalties is the balance of probabilities.
- (2)The onus of proof in civil proceedings (a)relating to evasion or similar act to which section 141E applies or to obstruction rests with the Commissioner: (b)relating to any other matter or thing rests with the taxpayer.
- (3)The standard of proof in criminal proceedings relating to the imposition of penalties is beyond reasonable doubt.
- (4)The onus of proof in criminal proceedings relating to any matter or thing rests with the Commissioner.
- (5)The standard of proof for the purposes of an application for a court order under section 17A is the balance of probabilities.
- (6)The onus of proof for the purposes of an application for a court order under section 17A rests with the Commissioner.

<sup>233</sup> COLEMAN, J., *Tax Avoidance Law in New Zealand*, New Zealand, 2009, p. 60.

<sup>234</sup> §115.

<sup>235</sup> §34.

Pertanto nei casi di elusione fiscale l'onere della prova risulta ricadere interamente a carico del contribuente.

Lo stesso regime probatorio risulta previsto anche nei confronti dell'applicazione della parte G dell'*Income tax act*. Infatti, sempre nella sentenza *Ben Nevis*, si precisa che «*when taxpayers challenge an assessment based on a reconstruction adopted by the Commissioner, the onus is on them to demonstrate, not only that the reconstruction was wrong, but also by how much it was wrong. Unless the taxpayer can demonstrate with reasonable clarity what the correct reconstruction ought to be, the Commissioner's assessment based on his reconstruction must stand. This is settled law*»<sup>(236)</sup>.

Non può, quindi, non rilevarsi come l'impostazione assunta dalla legislazione e giurisprudenza neozelandese sia in controtendenza con gli approcci adottati dai prevalenti ordinamenti precedentemente considerati secondo cui, nei casi di elusione fiscale, deve riconoscersi un equo riparto dell'*onus probandi* tra Amministrazione e contribuente – che, invece, nel caso della Nuova Zelanda viene integralmente spostato in capo a quest'ultimo.

#### D) *Effetti sanzionatori*

##### D.1 *Le sanzioni nei confronti del contribuente*

Sul piano legislativo le condotte elusive contemplate dall'art. BG 1 dell'*Income Tax Act* risultano in primo luogo soggette alla sanzione pecuniaria prevista dall'art. 141B della parte IX del *Tax Administration Act* 1994 per le c.d. *unacceptable tax position*<sup>(237)</sup>. Infatti, il comma 7, lett. a), di tale disposizione precisa che «*the matters that must be considered in determining whether the taxpayer has taken an unacceptable tax position include (...) the actual or potential application to the tax position of all the tax laws that are relevant (including specific or general anti-avoidance provisions)*». Tenuto conto che ai sensi del primo comma del suddetto art. 141B «*a taxpayer takes an unacceptable tax position if, viewed objectively, the tax position fails to meet the standard of being about as likely as not to be correct*». Inoltre, l'art. 141D del *Tax Administration Act* 1994 contiene una specifica sanzione nei confronti delle condotte abusive. A tale riguardo la norma in commento prevede che «*a taxpayer is liable to pay a shortfall penalty if the taxpayer takes an abusive tax position*» dove per “*abusive tax position*” deve intendersi quanto precisato dal 6° e 7°

---

<sup>236</sup> §171.

<sup>237</sup> L'art. 3, comma 2, del *Tax Administration Act* 1994 fornisce la definizione di “*tax position*”:

"Tax position" means a position or approach with regard to tax possible under one or more tax laws, including without limitation (a) A liability for an amount of tax, or the payment of an amount of tax: (b) An obligation to deduct or withhold an amount of tax, or the deduction or withholding of an amount of tax: (c) A right to a tax refund, or to claim or not to claim a tax refund: (d) A right to a credit of tax, or to claim or not to claim a credit of tax: (e) The provision of a tax return, or the non-provision of a tax return: (f) The derivation of an amount of gross income or exempt income or a capital gain, or the inclusion or non-inclusion of an amount in gross income: (g) The incurring of an amount of expenditure or loss, or the allowing or disallowing as a deduction of an amount of expenditure or loss: (h) The availability of net losses, or the offsetting or use of net losses: (i) The attaching of a credit of tax, or the receipt of or lack of entitlement to receive a credit of tax: (j) The balance of a tax account of any type or description, or a debit or credit to such a tax account: (k) The estimation of the provisional tax payable.



comma della medesima disposizione<sup>(238)</sup>).

Rispetto all'art. 141B la norma appena ricordata introduce una distinta e specifica sanzione suscettibile di essere irrogata qualora sia applicato l'art. BG 1 ma anche ove lo stesso non risulti applicabile, ma sia stata assunta una posizione fiscale non accettabile diretta allo scopo dominante di eludere le imposte. Infatti, come precisato dal documento interpretativo rilasciato nel 2005 dall'*Inland Revenue* neozelandese denominato "*Shortfall penalty for taking an abusive tax position*" «*the abusive tax position shortfall penalty is also chargeable in situations where the anti-avoidance provisions do not apply, but the conduct nevertheless shows a dominant purpose of avoiding tax (section 141D(6)(a)). Thus, the term "avoiding tax" is a wider concept than "tax avoidance", to ensure the penalty applies whether or not the anti-avoidance provisions have been invoked. (...) [T]he term "avoiding tax" includes the concept of "tax avoidance" under the general or specific anti-avoidance provisions, and those situations where tax is avoided or is attempted to be avoided, but the general or specific anti-avoidance provisions are not invoked. The term "dominant purpose of avoiding tax" means that the arrangement's (section 141D(7)(b)(i)) or the taxpayer's (section 141D(7)(b)(ii)) most influential and prevailing or ruling purpose is to avoid tax*». Tuttavia, ove risulti applicabile l'art. BG 1 e l'*arrangement* sia stato realizzato con il fine dominante di eludere le imposte, non sembra ci possano essere dubbi circa l'irrogazione della sanzione prevista dall'art. 141D, mentre ove il fine elusivo sia presente, ma non dominante, e, nondimeno, sia stato applicato l'art. BG 1, sembra possa trovare applicazione soltanto la sanzione di cui all'art. 141B<sup>(239)</sup> <sup>(240)</sup>.

Alla luce del quadro appena delineato, un aspetto di particolare interesse può essere rinvenuto nella previsione recata dal primo comma dell'art. 141B secondo cui "*a taxpayer takes an unacceptable tax position if, viewed objectively, the tax position fails to meet the standard of being about as likely as not to be correct*". Infatti, tale definizione di "*unacceptable tax position*", la cui rilevanza si mostra anche ai fini dell'applicazione dell'art. 141D, non sembra assegnare alcuna rilevanza a ciò che il contribuente riteneva di realizzare. Si potrebbe quindi giungere alla conclusione secondo cui la condotta elusiva potrebbe configurarsi come meramente colpevole ma non per questo inidonea ad essere

---

<sup>238</sup> Di seguito il testo di tali disposizioni:

(6) A taxpayer's tax position may be an abusive tax position if the tax position is an incorrect tax position under, or as a result of, either or both of (a) a general tax law; or (b) a specific or general anti-avoidance tax law.

(7) For the purposes of this Part and section 177C, an abusive tax position means a tax position that, (a) is an unacceptable tax position at the time at which the tax position is taken; and (b) viewed objectively, the taxpayer takes (i) in respect, or as a consequence, of an arrangement that is entered into with a dominant purpose of avoiding tax, whether directly or indirectly; or (ii) where the tax position does not relate to an arrangement described in subparagraph (i), with a dominant purpose of avoiding tax, whether directly or indirectly.

<sup>239</sup> *Ben Nevis Forestry Ventures Ltd vs Commissioner of Inland Revenue*, 19 dicembre 2008, § 174 e §§ 204-206.

<sup>240</sup> Sul punto nella citata sentenza *Ben Nevis* la Corte mette, inoltre, in rilievo che la finalità del suddetto regime punitivo è quello di imporre delle sanzioni pecuniarie efficaci ma al contempo proporzionate rispetto alla gravità delle condotte elusive (§§ 177-178).

oggetto di una sanzione (che quindi non richiederebbe né dolo né tantomeno un dolo specifico).

## D.2 *Le sanzioni nei confronti dei “Promotori” di schemi elusivi*

Accanto al regime sanzionatorio appena illustrato, l’ordinamento neozelandese prevede – come nel caso dell’Australia – delle specifiche sanzioni in capo ai promotori degli schemi elusivi. Le disposizioni in commento sono contenute negli art. 141EB<sup>(241)</sup> e 141EC<sup>(242)</sup> *Administration Tax Act* del 1994 e si applicano agli *arrangement* stipulati a partire dal 26 marzo 2003. In particolare l’art. 141ED prevede che un “promotore” sia passibile di una sanzione se: i) un contribuente diventa parte di un *arrangement* e una sanzione per “*abusive tax position*” è irrogata al contribuente quale risultato dell’*arrangement*; e ii) l’*arrangement* viene offerto, venduto, emesse o promosso a 10 o più persone in un anno fiscale.

L’art. 141EC contiene, inoltre, la definizione di “Promotore” stabilendo che è tale: i) una persona che è parte, o è significativamente coinvolto nella formulazione, di un piano o di un programma a partire dal quale viene offerto l’*arrangement*; oppure ii) una persona che è a

---

<sup>241</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

(1)The promoter of an arrangement is liable to a promoter penalty if (a)a taxpayer becomes a party to the arrangement and a shortfall penalty for an abusive tax position is imposed on the taxpayer as a result of the arrangement; and (b)the arrangement is offered, sold, issued or promoted to 10 or more persons in a tax year.

(2)For the purpose of subsection (1)(b), an arrangement is treated as being offered, sold, issued or promoted to 10 or more persons if 10 or more persons claim tax-related benefits as a result of the arrangement.

(3)An arrangement is treated as being offered, sold, issued or promoted to all shareholders of a loss-attributing qualifying company and partners of a partnership if the arrangement is offered, sold, issued or promoted to the loss-attributing qualifying company or partnership respectively.

(4)The amount of the promoter penalty is the greater of nil and the sum of tax shortfalls resulting from taking an abusive tax position on the arrangement, for which the promoter would have been liable if the promoter had (a)been a party to the arrangement in the place of each party to the arrangement to whom the arrangement was offered, sold, issued or promoted; and (b)taken a tax position under which the arrangement is treated as producing for the promoter the taxation-related benefits that were intended by the parties to the arrangement; and (c)had the taxation-related characteristics that would, under the tax position referred to in paragraph (b), produce for the promoter the maximum taxation-related benefits from the arrangement.

(5)A promoter who satisfies paragraph (a) of the definition of promoter in section 141EC is liable for the promoter penalty associated with the arrangement (a)jointly and severally with the other such promoters of the arrangement, for the whole promoter penalty: (b)jointly and severally with each promoter of the arrangement who is liable for part of the promoter penalty under subsection (6), for the part of the promoter penalty for which the other promoter is liable.

(6)A promoter who does not satisfy paragraph (a) of the definition of promoter in section 141EC is jointly and severally liable, with the other promoters of the arrangement, for the portion of the promoter penalty that is associated with the arrangement entered into by taxpayers to whom the promoter offered, sold, issued or promoted the arrangement.

<sup>242</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

(1)In sections 91FC, 91FD, and 141EB, promoter of an arrangement means (a)a person who is a party to, or is significantly involved in formulating, a plan or programme from which an arrangement is offered; or (b)a person who is aware of material and relevant aspects of the arrangement and who sells, issues or promotes the selling or issuing of, the arrangement, whether or not for remuneration.

(2)For the purpose of subsection (1), promoter does not include a person whose involvement with the arrangement is limited to providing legal, accounting, clerical or secretarial services to a promoter.

conoscenza del materiale e degli aspetti rilevanti dell'*arrangement* e che vende, rilascia o promuove la vendita o l'emissione dello stesso, anche se non a pagamento. Tuttavia, – similmente all'omologa norma australiana – la disciplina in commento esclude espressamente dalla nozione di “promotore” le persone che si limitano a fornire supporto legale, contabile, o servizi d'ufficio o di segreteria ad un promotore.

In merito alle condizioni di applicazione del regime sanzionatorio in commento va osservato che, similmente al caso dell'Australia, il Legislatore neozelandese non ha previsto uno specifico obbligo di comunicazione preventiva in capo al promotore degli schemi potenzialmente elusivi e, quindi, passibili di essere sanzionati in applicazione degli art. 141EB e 141EC<sup>(243)</sup>.

### 2.3. *Il Canada*

L'attuale clausola antielusiva presente in Canada è in vigore dal 1988 ed è contenuta nell'art. 245 dell'*Income tax act*<sup>(244)</sup> la cui formulazione è il risultato di una profonda

---

<sup>243</sup> Tale ipotesi era però stata caldeggiata dall'Amministrazione finanziaria che nel documento *Mass-marked Tax Schemes: An Officials' Issues Paper on Suggested Legislative Amendments*, 2002, aveva individuato nella preventiva comunicazione degli schemi diffusi dai promotori e successiva approvazione degli stessi da parte dell'Amministrazione un valido deterrente operante *ex ante* rispetto all'irrogazione di una sanzione. Tuttavia, a causa delle ostilità del modo professionale, tale ipotesi non è stata mai tradotta in legge. Sul punto (TOOMA, *op. cit.*, p. 169).

<sup>244</sup> Si riporta di seguito il contenuto della disposizione:

#### *Definition*

(1) In this section,

“tax benefit”

« *avantage fiscal* »

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty;

“tax consequences”

« *attribut fiscal* »

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction”

« *opération* »

“transaction” includes an arrangement or event.

#### *General anti-avoidance provision*

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

#### *Avoidance transaction*

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

riforma<sup>(245)</sup> della versione previgente del medesimo articolo che si limitava a colpire le deduzioni volte a ridurre in modo artificiale la base imponibile<sup>(246)</sup>. Come per gli altri ordinamenti di *Common Law* è presente una specifica norma antielusiva generale per il

---

*Application of subsection (2)*

(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

(i) this Act,

(ii) the Income Tax Regulations,

(iii) the Income Tax Application Rules,

(iv) a tax treaty, or

(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

*Determination of tax consequences*

(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,

(a) any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, exemption or exclusion, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

*Request for adjustments*

(6) Where with respect to a transaction

(a) a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of subsection 245(2) with respect to the transaction has been sent to a person, or

(b) a notice of determination pursuant to subsection 152(1.11) has been sent to a person with respect to the transaction,

any person (other than a person referred to in paragraph (a) or (b)) shall be entitled, within 180 days after the day of sending of the notice, to request in writing that the Minister make an assessment, reassessment or additional assessment applying subsection (2) or make a determination applying subsection 152(1.11) with respect to that transaction.

*Exception*

(7) Notwithstanding any other provision of this Act, the tax consequences to any person, following the application of this section, shall only be determined through a notice of assessment, reassessment, additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) involving the application of this section.

*Duties of Minister*

(8) On receipt of a request by a person under subsection 245(6), the Minister shall, with all due dispatch, consider the request and, notwithstanding subsection 152(4), assess, reassess or make an additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) with respect to that person, except that an assessment, reassessment, additional assessment or determination may be made under this subsection only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the transaction referred to in subsection 245(6).

<sup>245</sup> Suscitata dagli esiti della sentenza *Stuart Investments Limited* del 7 giugno 1984 (ALARIE, B., BHATIA, S., DUFF, D.G., *Symposium on Tax Avoidance After Canada Trustco and Mathew: Summary of Proceedings*, in *Canadian Tax Journal*, 53, 2005, p. 1010).

<sup>246</sup> INNES, W., BOYLE P., NITIKMAN, J., *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*, Toronto, 2006, p. 8.

settore delle imposte indirette (*goods and service tax*). Tale norma è recata dall'art. 274<sup>(247)</sup>, Subdivision C, Division VII, *Excise Tax Act*, 1985. Tuttavia, come nel caso dell'Australia e

---

<sup>247</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

*Definitions*

(1) In this section,

“tax benefit”

« avantage fiscal »

“tax benefit” means a reduction, an avoidance or a deferral of tax or other amount payable under this Part or an increase in a refund or rebate of tax or other amount under this Part;

“tax consequences”

« attribut fiscal »

“tax consequences” to a person means the amount of tax, net tax, input tax credit, rebate or other amount payable by, or refundable to, the person under this Part, or any other amount that is relevant to the purposes of computing that amount;

“transaction”

« opération »

“transaction” includes an arrangement or event.

*General anti-avoidance provision*

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that include that transaction.

*Avoidance transaction*

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result directly or indirectly in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

*Provision not applicable*

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply in respect of a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result, directly or indirectly, in a misuse of the provisions of this Part or in an abuse having regard to the provisions of this Part (other than this section) read as a whole.

*Determination of tax consequences*

(5) Without restricting the generality of subsection (2), (a) any input tax credit or any deduction in computing tax or net tax payable may be allowed or disallowed, in whole or in part, (b) any such credit or deduction or a part thereof may be allocated to any person, (c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and (d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Part may be ignored, in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

*Request for adjustments*

(6) If, with respect to a transaction, a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of subsection (2) with respect to the transaction has been sent to a person, any person (other than a person to whom such a notice has been sent) is entitled, within 180 days after the day of sending of the notice, to request in writing that the Minister make an assessment, a reassessment or an additional assessment, applying subsection (2) with respect to that transaction.

*Exception*

(7) Notwithstanding any other provision of this Part, the tax consequences to any person following the application of this section shall only be determined through a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of this section.

*Duties of Minister*

della Nuova Zelanda, tale disposizione ha avuto scarsa attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina e, quindi, ai fini delle presente analisi verrà considerato soltanto l'art. 245 dell' *Income tax act*.

### 2.3.2 *La normativa vigente: le disposizioni recate dall'art. 245 dell'Income Tax Act ed il ruolo della categoria dell'abuso del diritto e dell'interpretazione teleologica*

Le disposizioni recate dall'art. 245 dell'*Income Tax Act* 1985 consentono all'Amministrazione finanziaria<sup>(248)</sup> di rideterminare le conseguenze fiscali della condotta posta in essere dal contribuente secondo quanto risulta ragionevole per rimuovere il vantaggio fiscale indebitamente conseguito tenuto conto delle circostanze concrete in cui tale operazione è stata realizzata<sup>(249)</sup>. A tal fine l'art. 245 definisce il concetto di "operazione elusiva" nei termini di un'operazione o serie di operazioni che, direttamente o indirettamente, danno luogo ad un beneficio fiscale, a meno che l'operazione possa ragionevolmente intendersi realizzata o architettata per un scopo primario diverso da quello di ottenere un beneficio fiscale purché tale scopo sia sorretto da buona fede. Anche la nozione di "beneficio fiscale" è definita sul piano legislativo ed è ricondotta ad una qualsiasi riduzione, aggiramento ovvero rinvio, della tassazione o di un qualsiasi altro importo dovuto in accordo con le disposizioni fiscali, ovvero a un maggior rimborso di tasse o di qualsiasi altro importo individuato dalle disposizioni fiscali, ivi inclusi quelli derivanti dall'applicazione dei trattati internazionali contro le doppie imposizioni.

Pertanto, gli elementi essenziali della fattispecie elusiva generale individuata dall'art. 245 risultano essere i seguenti: i) la realizzazione di una qualsiasi operazione o di una serie di operazioni; ii) il conseguimento di un vantaggio fiscale mediante tale operazione o serie di operazioni; iii) l'assenza di uno scopo prevalente non fiscale conseguito secondo buona fede.

Tuttavia, il ricorrere di tali elementi non è di per sé sufficiente per legittimare l'applicazione dell'art. 245.

Infatti, come stabilito dal comma 4° di tale disposizione, è necessario che attraverso l'operazione ritenuta elusiva il contribuente, direttamente o indirettamente, sia pervenuto ad utilizzo improprio di specifiche norme tributarie, ivi incluse quelle pattizie, ovvero ad un abuso del sistema tributario nel suo complesso. Ove tale ulteriore condizione non risulti verificata l'applicazione dell'art. 245 deve, quindi, ritenersi illegittima. Infatti, come

---

(8) On receipt of a request by a person under subsection (6), the Minister shall, with all due dispatch, consider the request and, notwithstanding subsections 298(1) and (2), assess, reassess or make an additional assessment with respect to the person, except that an assessment, a reassessment or an additional assessment may be made under this subsection only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the transaction referred to in subsection (6).

NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts. 1990, c. 45, s. 12; 2010, c. 25, s. 136.

<sup>248</sup> Nella presente sezione dedicata al Canada la locuzione "Amministrazione finanziaria" verrà utilizzata per riferirsi al *Canada Revenue Agency*.

<sup>249</sup> Il comma 2 dell'art. 245 prevede, infatti, che:

where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

affermato nelle *Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax* rilasciate nel giugno 1988 dal *Canada Department of Finance* in occasione dell'introduzione dell'art. 245, il comma 4° di tale disposizione deve essere applicato tenendo presente che la sua *ratio* si basa sulla categoria giuridica dell' "abuso del diritto" presente in altri giurisdizioni.

Tale impostazione è stata espressamente convalidata dalla giurisprudenza della *Supreme Court* che nella importante sentenza *The Queen vs Canada Trustco Mortgage Company* del 19 ottobre 2005 ha precisato che l'art. 245 deve intendersi diretto a negare i vantaggi fiscali derivanti da determinate costruzioni che pur risultando conformi ad una interpretazione letterale delle norme contenute nell' *Income Tax Act*, 1985, costituiscono un abuso delle stesse. Similmente, nella più recente sentenza *Lipson vs The Queen* dell'8 gennaio 2009, la Corte Suprema del Canada ha affermato che l'art. 245 risulta congegnato per frenare la "abusive tax avoidance" e per fare in modo che venga preservata l'equità del sistema fiscale.

Sul punto va però osservato che la citata sentenza *Trustco* ha in un certo senso ricondotto l'applicazione dell'art. 245 nell'alveo di un approccio interpretativo all'elusione fiscale: «[t]he heart of the analysis under s. 245(4) lies in a contextual and purposive interpretation of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer»<sup>(250)</sup>. Ciò non significa però voler ridurre il problema dell'elusione fiscale ad una questione da risolvere in via meramente interpretativa. Nella predetta sentenza viene, infatti, anche affermato che «s. 245(4) imposes a two-part inquiry. The first step is to determine the object, spirit or purpose of the provisions of the Income Tax Act that are relied on for the tax benefit, having regard to the scheme of the Act, the relevant provisions and permissible extrinsic aids. The second step is to examine the factual context of a case in order to determine whether the avoidance transaction defeated or frustrated the object, spirit or purpose of the provisions in issue»<sup>(251)</sup>. Pertanto, l'applicazione dell'art. 245, ancorché trovi nell'interpretazione "ampia" delle norme tributarie un suo imprescindibile presupposto, ne travalica evidentemente i limiti poiché quest'ultima, essendo rivolta – come noto – alla generalità dei casi sussumibili entro una certa norma, non consentirebbe di decidere la sorte di un caso concreto facendo riferimento ad elementi estranei a quelli ricompresi nella fattispecie astratta definita dalla medesima norma, come appunto la presenza di un intento elusivo<sup>(252)</sup>. E in effetti parte della dottrina canadese sembra essersi orientata proprio in questa direzione avendo affermato – come già anticipato dalla giurisprudenza<sup>(253)</sup> – che l'art. 245 dovrebbe essere considerato nei termini di una *provision of last resort* ossia di una norma utilizzabile solo dopo che sia fallita la diretta applicazione delle disposizioni contenute nell' *Income Tax Act*<sup>(254)</sup>.

<sup>250</sup> *Supreme Court*, sentenza "The Queen vs Canada Trustco Mortgage Company", 19 ottobre 2005, § 44.

<sup>251</sup> *Supreme Court*, sentenza "The Queen vs Canada Trustco Mortgage Company", 19 ottobre 2005, § 44.

<sup>252</sup> Sul punto si rinvia nuovamente a MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 243.

<sup>253</sup> INNES, W., BOYLE P., NITIKMAN, J., *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*, Toronto, 2006, p. 69.

<sup>254</sup> JINYAN, L., "Economic Substance": Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance, in *Canadian Tax Journal*, 54, 2006, p. 23.

Quindi, similmente a quanto rilevato con riferimento all’Australia e alla Nuova Zelanda, anche la norma antielusiva generale presente in Canada introdurrebbe un elemento di novità rispetto all’usuale canone dell’interpretazione teleologica delle norme tributarie. In questo senso, quindi, l’introduzione di una clausola antielusiva generale non dovrebbe considerarsi come un inutile doppione di rimedi contro l’elusione fiscale già disponibili al giudice e all’Amministrazione finanziaria.

Ciò detto la dottrina non ha mancato di notare come l’utilizzo del concetto di “abuso”/ “utilizzo improprio” abbia reso largamente indefiniti i confini applicativi dell’art. 245<sup>(255)</sup>. Ed in vero nella giurisprudenza non sembra possano essere rinvenuti particolari chiarimenti sul contenuto di tali categorie concettuali – anche in considerazione della limitata applicazione dell’art. 245 da parte della *Supreme Court* del Canada. Sul punto le pronunce successive<sup>(256)</sup> alla sentenza *Trustco* si limitano, infatti, a ribadire quanto affermato in tale ultimo arresto, ossia che il “test” dell’uso improprio o dell’abuso contenuti nel comma 4 dell’art. 245, deve essere applicato prestando attenzione a cinque aspetti: *i*) i concetti di “abuso” e “utilizzo improprio” non devono essere applicati separatamente, ma in modo unificato; *ii*) per verificare se vi sia stato *misuse/abuse* occorre procedere con un’analisi legale per determinare l’oggetto, lo spirito e lo scopo delle disposizioni utilizzate dal contribuente per reclamare un certo risparmio fiscale e successivamente è necessario compiere un’indagine di tipo fattuale per stabilire se la fattispecie realizzata si ponga o meno in contrasto con lo spirito delle disposizioni esaminate *sub a*) <sup>(257)</sup>; *iii*) eventuali dubbi circa

---

<sup>255</sup> ARNOLD, B., *Policy Forum Confusion Worse Confounded—The Supreme Court’s GAAR Decisions*, in *Canadian Tax Journal*, 54, 2006, p. 167.

<sup>256</sup> Rispetto alla sentenza *Lipson vs The Queen* deve però essere rilevato che la sentenza *Canada Trustco* tende a sottostimare la distinzione posta dal comma 4 dell’art. 245 tra “abuso” e “utilizzo improprio” (*misuse*) delle norme tributarie. Infatti, i giudici della sentenza in commento hanno affermato che «*the determinations of "misuse" and "abuse" under s. 245(4) are not separate inquiries. Section 245(4) requires a single, unified approach to the textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions of the Income Tax Act that are relied upon by the taxpayer in order to determine whether there was abusive tax avoidance*» (§ 43). Ed, in vero, la dottrina ha osservato che, sul piano testuale, l’art. 245 pone una chiara distinzione tra i casi abuso e di utilizzo improprio (*misuse*) della norma tributaria e che, pertanto, la posizione assunta dalla Corte Suprema nella ricordata sentenza del 2005 non può ritenersi molto condivisibile (DUFF, D.G., *The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule: Canada Trustco and Mathew*, in *Tax avoidance in Canada after Canada Trustco and Mathew*, a cura di DUFF, D.G. e ERLICHMAN, H., Toronto, 2007, p. 1).

<sup>257</sup> La *Supreme Court* manca però di fornire indicazione su come il requisito del “*misuse/abuse*” debba essere accertato e, quindi, provato dall’Amministrazione. Al riguardo, l’unica specifica indicazione che è possibile rintracciare riguarda il fatto che sebbene il metodo interpretativo teleologico costituisca il quadro di riferimento entro cui tale requisito deve essere valutato ciò non significa che l’Amministrazione o il giudice possano prendere il largo dal dato testuale delle norme per rifarsi a considerazioni di mera *policy* non riscontrabili sulla base della *littera legis*. Nella sentenza *Trustco* viene, infatti, affermato che «*[t]he courts cannot search for an overriding policy of the Act that is not based on a unified, textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions in issue. First, such a search is incompatible with the roles of reviewing judges. The Income Tax Act is a compendium of highly detailed and often complex provisions. To send the courts on the search for some overarching policy and then to use such a policy to override the wording of the provisions of the Income Tax Act would inappropriately place the formulation of taxation policy in the hands of the judiciary, requiring judges to perform a task to which they are unaccustomed and for which they are not equipped. Did Parliament intend judges to formulate taxation policies that are not grounded in the provisions of the Act and to apply them to override the specific provisions of the Act? Notwithstanding the interpretative challenges that the GAAR presents, we cannot*



l'applicazione dell'art. 245 devono essere risolti in favore del contribuente; iv) l'onere della prova per quanto riguarda gli elementi *sub ii*) spetta all'Amministrazione finanziaria; v) salvo diversa previsione normativa, l'assenza di sostanza economica non può di per sé ritenersi costitutiva di una transazione abusiva ai sensi dell'art. 245.

### 2.3.2 *Il ruolo del business purpose test e della dottrina dell' "economic substance"*

Nella sentenza *Stuart Investments Limited* del 7 giugno 1984 – emanata precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 245 – la Suprema Corte del Canada ha osservato che la dottrina del *business purpose test* potrebbe condurre ad esiti contrari alle politiche adottate dal Parlamento<sup>(258)</sup> e che, pertanto, la verifica finale in merito ai profili elusivi dell'operazione oggetto di accertamento deve essere valutata, come appena visto in relazione al vigente art. 245, nei termini di un approccio teleologico all'interpretazione delle norme tributarie<sup>(259)(260)</sup>.

---

*find a basis for concluding that such a marked departure from judicial and interpretative norms was Parliament's intent»*(§41). Peraltro, secondo la Corte, l'approccio basato sulla ricerca di una *policy* non può essere accolto poiché «*to search for an overriding policy of the Income Tax Act that is not anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit would run counter to the overall policy of Parliament that tax law be certain, predictable and fair, so that taxpayers can intelligently order their affairs. Although Parliament's general purpose in enacting the GAAR was to preserve legitimate tax minimization schemes while prohibiting abusive tax avoidance, Parliament must also be taken to seek consistency, predictability and fairness in tax law. These three latter purposes would be frustrated if the Minister and/or the courts overrode the provisions of the Income Tax Act without any basis in a textual, contextual and purposive interpretation of those provisions»*(§55).

<sup>258</sup> «*A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the taxpayer to undertake or redirect a specific activity. Without the inducement offered by the statute, the activity may not be undertaken by the taxpayer for whom the induced action would otherwise have no bona fide business purpose. Thus, by imposing a positive requirement that there be such a bona fide business purpose, a taxpayer might be barred from undertaking the very activity Parliament wishes to encourage. At minimum, a business purpose requirement might inhibit the taxpayer from undertaking the specified activity which Parliament has invited in order to attain economic and perhaps social policy goals»* (p. 576).

<sup>259</sup> INNES, W., BOYLE P., NITIKMAN, J., *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*, Toronto, 2006, p. 4 e p. 32. Nonché sentenza *Canada Trustco*, p. 2.

<sup>260</sup> Nella sentenza *Stuart Investments Limited* viene, infatti, affermato che «*[i]ndeed, where Parliament is successful and a taxpayer is induced to act in a certain manner by virtue of incentives prescribed in the legislation, it is at least arguable that the taxpayer was attracted to these incentives for the valid business purpose of reducing his cash outlay for taxes to conserve his resources for other business activities. It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions. Such an approach would promote rather than interfere with the administration of the Income Tax Act, supra, in both its aspects without interference with the granting and withdrawal, according to the economic climate, of tax incentives. The desired objective is a simple rule which will provide uniformity of application of the Act across the community, and at the same time, reduce the attraction of elaborate and intricate tax avoidance plans, and reduce the rewards to those best able to afford the services of the tax technicians»* (p. 577).

Sebbene la ricordata sentenza non si sia pronunciata in applicazione dell'attuale art. 245, può comunque osservarsi che in seguito alla riforma di tale articolo il Legislatore non sembra aver espressamente fatto riferimento al *business purpose test*. Infatti, il comma 3, lett. a), dell'attuale art. 245 si riferisce genericamente ai “*bona fide purposes other than to obtain the tax benefit*”. Al riguardo è stato, infatti, osservato che nei lavori preparatori all'introduzione dell'art. 245 il criterio del *business purpose*, seppur considerato, è stato poi abbandonato ritenendo preferibile il riferimento ad un criterio più ampio, quale quello del “*bona fide purpose*”, che fosse in grado, da un lato, di dare spazio a tutte le finalità extrafiscali (come ad es. quelle legate alla famiglia) e, dall'altro, di salvaguardare il ricorso agli incentivi fiscali messi a disposizione dal sistema<sup>(261)</sup>.

Ciò significa, quindi, che il legislatore canadese – lungi dal recepire la sentenza *Stubart Investments* – ha semplicemente ritenuto di utilizzare un criterio più ampio e, quindi, inclusivo del *business purpose test* ma allo stesso tempo non riducibile a quest'ultimo.

Tuttavia, l'oscurità sul punto dell'art. 245 non consente di comprendere in modo immediato il ruolo del *business purposes* ai fini dell'applicazione di tale norma. Un primo tentativo di chiarimento è stato fornito dalla recente sentenza *Canada Trustco* in cui la *Supreme Court*, rispetto al caso *Stubart*, si è occupata direttamente e per la prima volta dell'art. 245 vigente. Il chiarimento offerto dai giudici va nella direzione di assegnare al criterio dello scopo economico, o meglio della sostanza economica<sup>(262)</sup>, un ruolo meramente sussidiario rispetto a quello dell'interpretazione teleologica delle norme tributarie che, a detta dei giudici, costituisce invece – come visto – il cuore dell'applicazione dell'art. 245. Dalle indicazioni fornite dalla sentenza in commento si apprende che il criterio della sostanza economica avrebbe il seguente ruolo: contribuire alla definizione del contesto fattuale di riferimento che dovrà essere poi valutato nell'ambito del suddetto processo interpretativo per verificare l'eventuale frustrazione degli scopi legislativi e, quindi, la presenza di una fattispecie elusiva<sup>(263)</sup>. Per meglio comprendere tale approccio può essere utile osservare che nel caso *sub iudice* l'Amministrazione finanziaria aveva ritenuto di disconoscere la deducibilità di un ammortamento in quanto non controbilanciato dall'assunzione di un rischio economico da parte del titolare del bene acquistato<sup>(264)</sup>. A ciò i giudici hanno però

---

<sup>261</sup> Cfr. INNES, W., BOYLE, P., NITIKMAN, J., *Ibidem*.

<sup>262</sup> Intesa, quindi, non come apprezzamento soggettivo delle finalità di un'operazione, ma come apprezzamento oggettivo della stessa in ragione dei suoi effetti in relazione ad una modificazione della situazione economica del contribuente rispetto a quella di partenza.

<sup>263</sup> «*Whether the transactions were motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4). However, any finding in this respect would form only one part of the underlying facts of a case, and would be insufficient by itself to establish abusive tax avoidance. The central issue is the proper interpretation of the relevant provisions in light of their context and purpose*» (§ 58). Similmente nella precedente sentenza *Shell Canada Ltd. v. Canada* del 199 la *Supreme Court* ha affermato che «*this Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer's bona fide legal relationships. To the contrary, we have held that, absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer's legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect*» (§ 35)

<sup>264</sup> La sentenza riguardava il seguente caso: *Canada Trustco*, attraverso un *mix* di capitale proprio e di capitale a debito, acquista dalla *Transamerica Leasing Inc.* dei rimorchi al prezzo di mercato di 120.000 \$

replicato che le norme in tema di deducibilità degli ammortamento, anche in virtù di una loro interpretazione teleologica, non stabiliscono alcun legame tra questa e la sopportazione di un rischio economico-finanziario<sup>(265)</sup>. Quindi, sebbene la Corte abbia utilizzato il criterio della sostanza economica per comprendere i fatti di causa, lo stesso non è poi stato eretto a presupposto per l'applicazione dell'art. 245 in quanto tale passaggio non è stato giudicato conforme al significato delle norme impositive rilevanti nel caso di specie.

Pertanto, seguendo l'approccio indicato dalla sentenza *Trustco*, il criterio della sostanza economica dovrebbe essere applicato in chiave servente rispetto ai principi ermeneutici, e non viceversa – con la conseguenza che nel caso *sub iudice* doveva farsi riferimento alla nozione legale e non economica di “costo”<sup>(266)</sup>. Tale approccio è stato poi confermato nella sentenza *Matthew* – pronunciata, peraltro, lo stesso giorno del caso *Trustco* –, sebbene questa volta i giudici si siano espressi in favore dell'Amministrazione finanziaria<sup>(267)</sup>.

Sul punto la dottrina ha però osservato che, a voler seguir l'approccio indicato dalla giurisprudenza, occorre tenere presente che ai sensi dell'art. 245, comma 2, gli effetti delle condotte elusive vanno rimossi rideterminando le conseguenze delle operazioni realizzate «*as is reasonable in the circumstances*»<sup>(268)</sup>. In tal senso, il criterio della sostanza economica andrebbe applicato in modo indipendente da quello dell'interpretazione teleologica considerando dei fattori di tipo oggettivo quali: *i*) il profitto ante-imposte; *ii*) i rischi e le forze

---

per poi darli in noleggio alla *Maple Assets Investments Limited* che, a sua volta, li aveva concessi in subnoleggio alla *Transamerica Leasing Inc.* Quest'ultimo aveva, inoltre, provveduto a pagare in anticipo tutti i canoni del noleggio, mentre *Transamerica Leasing Inc.* aveva costituito un deposito di importo pari ai canoni di noleggio al fine di provvedere al loro futuro pagamento e, in aggiunta, aveva costituito un pegno sulle proprie obbligazioni al fine di garantire il pagamento dei canoni a *Canada Trustco*. Per effetto di tale operazione quest'ultimo aveva sensibilmente ridotto i rischi finanziari dell'operazione e aveva potuto considerare il costo dei rimorchi come un costo ammortizzabile di cui, pertanto, aveva reclamato la deduzione. Il vantaggio fiscale dell'operazione era dato dal fatto che la deduzione degli ammortamenti avrebbe compensato i valori imponibili derivanti dai canoni di locazione percepiti da *Transamerica Leasing Inc.* Tuttavia, ad avviso dell'Agenzia delle Entrate, la deduzione in commento non poteva essere riconosciuta poiché *Canada Trustco*, avendo azzerato i rischi finanziari connessi all'operazione, si sarebbe posta nelle condizioni di non sopportare quelle conseguenze economiche che, invece, il Legislatore avrebbe considerato nel riconoscere in via di sistema le predette deduzioni.

<sup>265</sup> §§ 71-72.

<sup>266</sup> La conclusione raggiunta con il caso *Trustco* può, quindi, ritenersi in un certo senso in linea con la giurisprudenza anglosassone precedentemente esaminata secondo cui il principio della prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica può essere utilizzato solo ove le norme invocate dal contribuente facciano uso di concetti economici.

<sup>267</sup> La dottrina ha però espresso più di una perplessità nei confronti di tale approccio (per un esame complessivo si veda JINYAN, L., *"Economic Substance": Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance*, in *Canadian Tax Journal*, 54, 2006, p. 23). In primo luogo è stata rilevata una certa arbitrarietà tra le conclusioni raggiunte con le citate sentenze, visto che in entrambi i casi le operazioni giudicate risultano esclusivamente dirette al conseguimento di un risparmio d'imposta. Il che, in effetti, dovrebbe far sorgere qualche dubbio sull'ipotesi di dover assegnare un ruolo preminente all'interpretazione teleologica quale strumento di contrasto alle condotte elusive – visto che gli scopi legislativi non sempre sono enunciati e, ove mai lo fossero, potrebbero comunque essere soggetti a molteplici letture. Più nello specifico è stato osservato che il concetto di sostanza economica assunto in tali pronunce sarebbe stato definito in modo circolare, ossia affermando che quest'ultima non sussiste ove il riconoscimento di un beneficio fiscale sarebbe contrario allo scopo delle disposizioni legislative.

<sup>268</sup> JINYAN, L., *op. cit.*, p. 72.

di mercato; *iii*) la natura delle parti (indipendenti oppure no) che hanno preso parte all'operazione; *iv*) le operazioni ordinariamente utilizzate per raggiungere risultati simili.

In tal senso dovrebbe ammettersi che il criterio della sostanza economica, oltre ad essere centrale ai fini dell'applicazione dell'art. 245, può essere oggetto di una declinazione in termini obiettivi e, quindi, secondo una modalità maggiormente idonea a separare le operazioni di legittima pianificazione fiscale da quelle elusive. Tuttavia, come osservato dalla dottrina più recente<sup>(269)</sup>, le Corti Canadesi appaiono piuttosto riluttanti nell'adottare il criterio della sostanza economica tanto che si è giunti ad affermare che «*Canada is the "off man out" in terms of its treatment of economic substance in tax avoidance cases. We need to rectify this problem by amending Canada's GAAR to require that our courts evaluate economic substance*»<sup>(270)</sup>.

### 2.3.3 Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie

#### A) Le garanzie procedurali

Con l'introduzione dell'art. 245 alla direzione centrale dell'Amministrazione finanziaria canadese è stato attribuito un potere consultivo preliminare rispetto alla notifica di un avviso di accertamento emesso ai sensi di tale norma<sup>(271)</sup>. Successivamente è stato istituito uno specifico comitato (*GAAR Committee*), anch'esso con finalità consultive e in nessun modo vincolanti, da interpellare obbligatoriamente prima della notifica di un avviso di accertamento emesso ai sensi dell'art. 245, salvo che il predetto Comitato non si sia già pronunciato favorevolmente (all'Amministrazione) su un caso simile. Il contribuente sottoposto ad accertamento può, inoltre, inviare al predetto Comitato delle memorie a proprio favore, ancorché non vi sia alcun diritto per quest'ultimo ad acquisire i pareri del Comitato resi con riferimento ad altri casi nonché ad apparire personalmente al cospetto del Comitato stesso<sup>(272)</sup>. Al termine della procedura di consultazione il contribuente non riceve alcun parere da parte del Comitato, ma soltanto una risposta scritta dal funzionario incaricato dell'accertamento circa l'esito della procedura<sup>(273)</sup>.

Come nel caso dell'Australia non sussiste, quindi, una specifica procedura per applicare la clausola antielusiva generale, né l'attivazione del *GAAR Committee* è idonea a svolgere il ruolo di garanzia in senso forte per il contribuente visto che il suo ruolo è puramente consultivo. Ed, infatti, non sembra sussistano conseguenze negative per l'ufficio accertatore ove quest'ultimo manchi di attivare il predetto organo – sebbene la dottrina

---

<sup>269</sup> Per una sintesi si veda MCMECHAN, R., *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*, Toronto, 2013, pp. 83-137.

<sup>270</sup> MCMECHAN, R., *op. cit.*, p. 299.

<sup>271</sup> *Canada Revenue Agency, Information Circular*, 21 ottobre 1988, n. 88-2, par. 2 ove viene precisato che «*[i]n order to ensure that the rule is applied in a consistent manner, proposed assessments involving the rule will be reviewed by Revenue Canada, Taxation Head Office*».

<sup>272</sup> INNES, W., BOYLE P., NITIKMAN, J., *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*, Toronto, 2006, p. 90.

<sup>273</sup> INNES, W., BOYLE, P., NITIKMAN, J., *op. cit.*, p. 91.

ritenga che il *GAAR Committee* debba essere interpellato obbligatoriamente prima della notifica dell'avviso di accertamento<sup>(274)</sup>.

Sul piano del riparto dell'*onus probandi* non esistono norme specifiche; tuttavia, nella ricordata sentenza *Trustco* i giudici sono giunti alla conclusione secondo cui l'onere della prova in merito agli scopi legislativi e alla loro eventuale frustrazione deve essere rinvenuto in capo all'Amministrazione finanziaria<sup>(275)</sup>.

## B) *Gli effetti sanzionatori*

Prima di esaminare le specifiche disposizioni sanzionatorie previste nei confronti delle condotte elusive può essere utile esaminare quanto affermato dalla *Tax Court of Canada* nella sentenza *Capthorne Holdings Ltd* del 28 agosto 2007. Le riflessioni della Corte sono, infatti, di un qualche interesse rispetto al dibattito, sorto nell'ambito della dottrina italiana, in merito alla natura sostanziale ovvero procedimentale delle clausole antielusive generali.

Nella sentenza *Capthorne Holdings Ltd* è stato, infatti, affermato che «*there is nothing in the GAAR provisions that would allow a taxpayer to self assess on the basis that GAAR applies*». Dunque, per i giudici l'art. 245 andrebbe inquadrato nei termini di una norma procedimentale. Ed, infatti, la conclusione raggiunta dal giudice della sentenza in commento è che «*I do not think that a GAAR assessment can give rise to penalties for non-compliance with the technical sections of the Act (...) a taxpayer cannot self-assess on the basis that GAAR applies (...)*». La sentenza in commento ha, quindi, accolto la tesi dell'appellante secondo cui l'art. 245 può essere applicato solo dall'Agenzia delle Entrate nell'ambito di un procedimento di accertamento. Conseguentemente, la Corte ha escluso che nel caso di specie potesse applicarsi la sanzione prevista dall'art. 227, comma 8, dell'*Income tax act* all'epoca vigente, secondo cui «*every person who in a calendar year has failed to deduct or withhold any amount as required by subsection 153(1) or section 215 is liable to a penalty of (a) 10% of the amount that should have been deducted or withheld*».

Rispetto al ricordato dibattito sorto intorno all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73, va però osservato – come sottolineato al § 78 della sentenza *Caothorne* – che il comma 7 dell'art. 245 dell'*Income tax Act* prevede espressamente che la correzione degli effetti delle operazioni elusive debba essere effettuata solo mediante uno specifico procedimento di accertamento: «*notwithstanding any other provision of this Act, the tax consequences to any person, following the application of this section, shall only be determined through a notice of assessment, reassessment, additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) involving the application of this section*». Pertanto, rispetto al caso dell'art. 37-bis, sembrerebbe sussistere un più chiaro fondamento legislativo<sup>(276)</sup> in favore di una lettura in termini meramente procedimentali dell'art. 245 idonea, quindi, ad escludere che tale articolo – come rilevato nella predetta sentenza – possa essere eretto a presupposto per l'irrogazione delle comuni sanzioni operanti nei confronti delle condotte evasive.

<sup>274</sup> TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008, § 5.2.2.2.

<sup>275</sup> SANDLER, D., *The Minister's Burden under GAAR*, in *Tax avoidance in Canada after Canada Trustco and Mathew*, a cura di DUFF, D.G. e ERLICHMAN, H., Toronto, 2007.

<sup>276</sup> Nonostante nella *Information Circular* n. IC 01-1 dell'8 settembre 2001, l'Amministrazione abbia affermato che «*[t]he Canadian tax system is based on the principle of self-assessment*».

E, in effetti, il legislatore canadese è giunto ad attribuire rilevanza sanzionatoria alle condotte accertabili ai sensi dell'art. 245 non quale automatica conseguenza della sua applicazione – come ad es. previsto dal legislatore francese, australiano o neozelandese. Infatti, il complessivo regime sanzionatorio definito dall' art. 163.2 e dall'art. 237.1 dell'*Income Tax Act* risulta applicabile al ricorrere di condizioni autonome e specifiche rispetto a quelle menzionate dall'art. 245. In particolare l'art. 163.2 prevede una sanzione pecuniaria in capo al promotore di un'operazione, nonché al soggetto che prepara la relativa dichiarazione fiscale, qualora detta operazione sia stata promossa sulla base di assunzioni non corrette o non supportate in merito alle possibili deduzioni<sup>(277)</sup>. Diversamente, l'art. 273.1 ricollega l'irrogazione di una specifica sanzione pecuniaria ai casi in cui il promotore di un "tax shelter"<sup>(278)</sup> non provveda a farne adeguata comunicazione all'Amministrazione finanziaria. Va, infatti, precisato che ai sensi del citato art. 273.1 i promotori di tax shelter sono tenuti a registrare ciascuno di essi presso l'Amministrazione finanziaria la quale, a sua volta, assegnerà un numero identificativo allo stesso e che dovrà essere riportato nella dichiarazione dei redditi in cui tale shelter viene utilizzato. L'art. 273.1 proibisce, quindi, di promuovere tax shelter senza che siano stati preventivamente identificati. Anche questa sanzione si applica, quindi, indipendentemente dal fatto che sia stato applicato l'art. 245 – sebbene la valenza elusiva del tax shelter non possa che essere poi accertata ai sensi dell'art. 245<sup>(279)</sup>.

Rispetto a questo quadro va però segnalato che nel 2013 il legislatore canadese ha introdotto l'art. 273.3 nell'ambito dell'*Income Tax Act*<sup>(280)</sup> con cui è stato definito un diverso

---

<sup>277</sup> TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008, p. 211.

<sup>278</sup> In termini generali per tax shelter ai sensi dell'art. 273.1 intende un arrangement caratterizzato dalla presenza di una donazione o dell'acquisto di una proprietà e all'aquirente o donatario è rappresentato che i benefici fiscali e le deduzioni derivanti da tali operazioni saranno eguali o superiori ai costi sostenuti in seguito alla realizzazione dell'arrangement. Si tratta, quindi, di operazioni sovente utilizzate a fini elusivi per sfruttare, perlopiù, le norme di agevolazione presenti nel sistema tributario.

<sup>279</sup> TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008, pp. 211-212.

<sup>280</sup> Di seguito si riportano gli aspetti più salienti della complessa disciplina definita dall'art. 273.3:

*Definitions*

(1) The following definitions apply in this section.

(omissis)

*Application*

(2) An information return in prescribed form and containing prescribed information in respect of a reportable transaction must be filed with the Minister by (a) every person for whom a tax benefit results, or would result but for section 245, from the reportable transaction, from any other reportable transaction that is part of a series of transactions that includes the reportable transaction or from the series of transactions; (b) every person who has entered into, for the benefit of a person described in paragraph (a), an avoidance transaction that is a reportable transaction; (c) every advisor or promoter in respect of the reportable transaction, or in respect of any other transaction that is part of a series of transactions that includes the reportable transaction, who is or was entitled, either immediately or in the future and either absolutely or contingently, to a fee in respect of any of those transactions that is (i) described in paragraph (a) of the definition "reportable transaction" in subsection (1), or (ii) in respect of contractual protection provided in circumstances described in paragraph (c) of the definition "reportable transaction" in subsection (1); and (d) every person who is not dealing at arm's length with an advisor or promoter in respect of the reportable transaction and who is or was entitled, either immediately or in the future and either absolutely or contingently, to a fee that is referred to in paragraph (c).

*Clarification of reporting transactions in series*

regime sanzionatorio espressamente ricollegato all'applicazione dell'art. 245. Tuttavia, diversamente da quanto ci si potrebbe attendere, la sanzione non è basata sulla diretta rilevanza dell'art. 245 ai fini di una ipotetica dichiarazione infedele ovvero di un carente

---

(3) For greater certainty, and subject to subsection (11), if subsection (2) applies to a person in respect of each reportable transaction that is part of a series of transactions that includes an avoidance transaction, the filing of a prescribed form by the person that reports each transaction in the series is deemed to satisfy the obligation of the person under subsection (2) in respect of each transaction so reported.

*Application*

(4) For the purpose of subsection (2), if any person is required to file an information return in respect of a reportable transaction under that subsection, the filing by any such person of an information return with full and accurate disclosure in prescribed form in respect of the transaction is deemed to have been made by each person to whom subsection (2) applies in respect of the transaction.

*Time for filing return*

(omissis)

*Tax benefits disallowed*

(omissis)

*Assessments*

(omissis)

*Penalty*

(8) Every person who fails to file an information return in respect of a reportable transaction as required under subsection (2) on or before the day required under subsection (5) is liable to a penalty equal to the total of each amount that is a fee to which an advisor or a promoter (or any person who does not deal at arm's length with the advisor or the promoter) in respect of the reportable transaction is or was entitled, either immediately or in the future and either absolutely or contingently, to receive in respect of the reportable transaction, any transaction that is part of the series of transactions that includes the reportable transaction or the series of transactions that includes the reportable transaction, if the fee is (a) described in paragraph (a) of the definition "reportable transaction" in subsection (1); or (b) in respect of contractual protection provided in circumstances described in paragraph (c) of the definition "reportable transaction" in subsection (1).

*Joint and several liability*

(9) If more than one person is liable to a penalty under subsection (8) in respect of a reportable transaction, each of those persons are jointly and severally, or solidarily, liable to pay the penalty.

*Joint and several liability — special cases*

(10) Notwithstanding subsections (8) and (9), the liability of an advisor or a promoter, or a person with whom the advisor or promoter does not deal at arm's length, to a penalty under those subsections in respect of a reportable transaction shall not exceed the total of each amount that is a fee referred to in subsection (8) to which that advisor or promoter, or a person with whom the advisor or promoter does not deal at arm's length, is or was entitled, either immediately or in the future and either absolutely or contingently, to receive in respect of the reportable transaction.

*Due diligence*

(omissis)

*Reporting not an admission*

(omissis)

*Application of sections 231 to 231.3*

(omissis)

*Tax shelters and flow-through shares — penalty*

(omissis)

*Anti-avoidance*

(16) Subsection (14) does not apply to a reportable transaction if it is reasonable, having regard to all of the circumstances, to conclude that one of the main reasons for the acquisition of a tax shelter, or the issuance of a flow-through share, is to avoid the application of this section.

*Marginal note: Solicitor-client privilege*

(17) For greater certainty, for the purpose of this section, a lawyer who is an advisor in respect of a reportable transaction is not required to disclose in an information return in respect of the transaction any information in respect of which the lawyer, on reasonable grounds, believes that a client of the lawyer has solicitor-client privilege.

versamento delle imposte, ma si basa sull'esistenza di un dovere di collaborazione del contribuente, e dei vari soggetti coinvolti nella promozione di uno schema elusivo, rappresentato dall'obbligo di comunicare al Fisco la realizzazione di un'operazione potenzialmente elusiva ai sensi dell'art. 245<sup>(281)</sup>).

Le operazioni soggette al predetto obbligo di comunicazione sono le operazioni elusive – intese come operazioni poste in essere nel proprio interesse o a beneficio di un terzo e che rientrano nel campo di applicazione del citato art. 245 dell'*Income Tax Act* (art. 237.3, comma 1) – che soddisfano almeno due dei seguenti requisiti: a) l'onorario del consulente o del promotore dell'operazione è proporzionato i) all'ammontare di beneficio fiscale, ii) al suo conseguimento e iii) al numero di partecipanti all'operazione; b) il promotore o il consulente ha una protezione, anche di tipo contrattuale, rispetto agli effetti di tale operazione; c) il contribuente ha una protezione, anche di tipo contrattuale, rispetto agli effetti di tale operazione. L'obbligo di comunicazione non riguarda solo il consulente o il "promotore", ovvero delle parti correlate degli stessi, che riceva un compenso per la propria attività, ma investe anche il contribuente in prima persona nonché chiunque abbia preso parte all'operazione elusiva nell'interesse del primo (art. 273.3, comma 2). La comunicazione in questione deve essere effettuata entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui la medesima transazione ha maturato i presupposti per essere considerata una "*reportable transaction*" (art. 273.3, comma 5). In caso di mancata comunicazione la sanzione prevista è determinata in una misura pari al 100% dell'onorario spettante al consulente o promotore per la propria attività (art. 273.3, comma 8).

In conclusione, il complessivo regime sanzionatorio presente in Canada prevede le seguenti sanzioni: (1) in capo ai promotori di schemi potenzialmente elusivi consigliati sulla base di assunzioni false o irragionevoli (art. 163.2); (2) in capo ai promotori di "*tax-shelter*" con riferimenti ai casi di mancata segnalazione degli stessi al Fisco (art. 237.1); (3) in capo ai promotori, contribuente ed altri soggetti coinvolti nell'interesse di quest'ultimo, in merito alla mancata comunicazione di schemi potenzialmente elusivi ai sensi dell'art. 245 (art. 237.3).

---

<sup>281</sup> Un simile regime è, peraltro, attualmente esistente in gran Bretagna ed è stato introdotto dal *Finance Act* 2004, Parte 7 (artt. 306-319), ancorché l'ordinamento sia per il momento sprovvisto di una clausola antielusiva generale di riferimento. Sul punto si veda il documento rilasciato dall'Amministrazione finanziaria *Disclosure of tax avoidance schemes*, Agosto, 2011 (in vigore dal 6 aprile 2011) nonché EDEN, S., *United Kingdom*, in *A comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di Brown, New York, 2011, pp. 330-334; TILEY, J., *The Avoidance Problem*, in *Beyond Boundaries Developing approaches to tax avoidance and tax risk management*, a cura di FREEDMAN, 2008, Oxford, pp. 75-76. In un'ottica comparativa con altri ordinamenti TOOMA, R.A., *op. cit. ult.* Sulla possibilità di utilizzare una tale impostazione quale alternativa all'introduzione di una clausola antielusiva generale – come di fatto avviene oggi nel Regno Unito – si veda RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen: los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Pamplona, 2006, pp. 106 e segg.



## 2.4. *Il Sud Africa*

### 2.4.1 *La vigente clausola antielusiva: tra anormalità dei percorsi negoziali e prevalenza della sostanza economico-commerciale*

L'attuale normativa antielusiva generale presente in Sud Africa è definita dagli articoli da 80A a 80L<sup>(282)</sup> dell'*Income Tax Act* introdotti nel 2006 dall'art. 34, comma 1, lett. a), del

---

<sup>282</sup> Si riporta di seguito il testo degli articoli più rilevanti:

#### 80A. *Impermissible tax avoidance arrangements*

An avoidance arrangement is an impermissible avoidance arrangement if its sole or main purpose was to obtain a tax benefit and—

- a) in the context of business—
  - i) it was entered into or carried out by means or in a manner which would not normally be employed for bona fide business purposes, other than obtaining a tax benefit; or

- ii) it lacks commercial substance, in whole or in part, taking into account the provisions of section 80C;

- b) in a context other than business, it was entered into or carried out by means or in a manner which would not normally be employed for a bona fide purpose, other than obtaining a tax benefit; or c) in any context—
  - i) it has created rights or obligations that would not normally be created between persons dealing at arm's length; or ii) it would result directly or indirectly in the misuse or abuse of the provisions of this Act (including the provisions of this Part).

#### 80B. *Tax consequences of impermissible tax avoidance*

1) The Commissioner may determine the tax consequences under this Act of any impermissible avoidance arrangement for any party by—

- a) disregarding, combining, or re-characterising any steps in or parts of the impermissible avoidance arrangement;
- b) disregarding any accommodating or tax-indifferent party or treating any accommodating or tax-indifferent party and any other party as one and the same person;
- c) deeming persons who are connected persons in relation to each other to be one and the same person for purposes of determining the tax treatment of any amount;
- d) reallocating any gross income, receipt or accrual of a capital nature, expenditure or rebate amongst the parties;
- e) re-characterising any gross income, receipt or accrual of a capital nature or expenditure; or
- f) treating the impermissible avoidance arrangement as if it had not been entered into or carried out, or in such other manner as in the circumstances of the case the Commissioner deems appropriate for the prevention or diminution of the relevant tax benefit.

2) Subject to the time limits imposed by section 79, 79A(2)(a) and 81(2)(b), the Commissioner must make compensating adjustments that he or she is satisfied are necessary and appropriate to ensure the consistent treatment of all parties to the impermissible avoidance arrangement.

#### 80C. *Lack of commercial substance*

1) For purposes of this Part, an avoidance arrangement lacks commercial substance if it would result in a significant tax benefit for a party (but for the provisions of this Part) but does not have a significant effect upon either the business risks or net cash flows of that party apart from any effect attributable to the tax benefit that would be obtained but for the provisions of this Part.

2) For purposes of this Part, characteristics of an avoidance arrangement that are indicative of a lack of commercial substance include but are not limited to—

- a) the legal substance or effect of the avoidance arrangement as a whole is inconsistent with, or differs significantly from, the legal form of its individual steps; or
- b) the inclusion or presence of—
  - i) round trip financing as described in section 80D; or
  - ii) an accommodating or tax indifferent party as described in section 80E; or
  - iii) elements that have the effect of offsetting or cancelling each other.

(omissis)

#### 80G. *Presumption of purpose*

1) An avoidance arrangement is presumed to have been entered into or carried out for the sole or main purpose of obtaining a tax benefit unless and until the party obtaining a tax benefit proves that, reasonably considered in light of the relevant facts and circumstances, obtaining a tax benefit was not the sole or main purpose of the avoidance arrangement.

2) The purpose of a step in or part of an avoidance arrangement may be different from a purpose attributable to the avoidance arrangement as a whole.

#### 80H. *Application to steps in or parts of an arrangement*

The Commissioner may apply the provisions of this Part to steps in or parts of an arrangement.

#### 80I. *Use in the alternative*

*Revenue Laws Amendment Act* n. 20<sup>(283)</sup> con cui è stata sostituita la norma previgente prevista all'art. 103 del medesimo *Act* <sup>(284)</sup>. Le disposizioni previste dagli artt. da 80A a 80L sono applicabili in modo generalizzato alle imposte dirette – sebbene non siano ancora state utilizzate dalle Corti<sup>(285)</sup>; ai fini IVA risulta, invece, operante una distinta clausola antielusiva, prevista dall'art. 73<sup>(286)</sup> del *Value Added Tax Act* 1991, che, tuttavia, salvo

---

The Commissioner may apply the provisions of this Part in the alternative for or in addition to any other basis for raising an assessment.

80J. *Notice*

1) The Commissioner must, prior to determining any liability of a party for tax under section 80B, give the party notice that he or she believes that the provisions of this Part may apply in respect of an arrangement and must set out in the notice his or her reasons therefor.

2) A party who receives notice in terms of subsection (1) may, within 60 days after the date of that notice or such longer period as the Commissioner may allow, submit reasons to the Commissioner why the provisions of this Part should not be applied.

3) The Commissioner must within 180 days of receipt of the reasons or the expiry of the period contemplated in subsection (2) a) request additional information in order to determine whether or not this Part applies in respect of an arrangement; b) give notice to the party that the notice in terms of subsection (1) has been withdrawn; or c) determine the liability of that party for tax in terms of this Part.

4) If at any stage after giving notice to the party in terms of subsection (1), additional information comes to the knowledge of the Commissioner, he or she may revise or modify his or her reasons for applying this Part or, if the notice has been withdrawn, give notice in terms of subsection (1).

80K. *Interest*

Where the Commissioner has applied this Part in determining a party's liability for tax, the Commissioner may not exercise his or her discretion in terms of section 89quat (3) or (3A) to direct that interest is not payable in respect of that portion of any tax which is attributable to the application of this Part.

80L. *Definitions*

For purposes of this Part—'arrangement' means any transaction, operation, scheme, agreement or understanding (whether enforceable or not), including all steps therein or parts thereof, and includes any of the foregoing involving the alienation of property.

<sup>283</sup> Preceduta da una procedura di consultazione avviata la pubblicazione da parte del South African Revenue Services nel novembre 2005 del documento "*Discussion Paper on Tax Avoidance and Section 103 of the Income Tax Act, 1962*" (*Act No. 58 of 1962*)

<sup>284</sup> *Explanatory Memorandum on the Revenue Laws Amendment Bill 2006*, p. 62.

<sup>285</sup> MCMCHAN, R., *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*, Toronto, 2013, p. 254.

<sup>286</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

1) Notwithstanding anything in this Act, whenever the Commissioner is satisfied that any scheme (whether entered into or carried out before or after the commencement of this Act, and including a scheme involving the alienation of property) a) has been entered into or carried out which has the effect of granting a tax benefit to any person; and b) having regard to the substance of the scheme i) was entered into or carried out by means or in a manner which would not normally be employed for bona fide business purposes, other than the obtaining of a tax benefit; or ii) has created rights or obligations which would not normally be created between persons dealing at arm's length; and c) was entered into or carried out solely or mainly for the purpose of obtaining a tax benefit, the Commissioner shall determine the liability for any tax imposed by this Act, and the amount thereof, as if the scheme had not been entered into or carried out, or in such manner as in the circumstances of the case he deems appropriate for the prevention or diminution of such tax benefit.

2) For the purposes of this section "scheme" includes any transaction, operation, scheme or understanding (whether enforceable or not), including all steps and transactions by which it is carried into effect; "tax benefit" includes a) any reduction in the liability of any person to pay tax; or b) any increase in the entitlement of any vendor to a refund of tax; or c) any reduction in the consideration payable by any person in respect of any supply of goods or services; or d) any other avoidance or postponement of liability for the payment of any tax, duty or levy imposed by this Act or by any other law administered by the Commissioner.

alcune peculiarità ricalca i principi alla base della clausola antielusiva prevista ai fini delle imposte dirette e non sarà, quindi, oggetto di specifica analisi.

La riforma della previgente normativa antielusiva generale si è resa necessaria poiché quest'ultima, come avvenuto ad es. in Australia, era stata scarsamente utilizzata anche in virtù di un sua applicazione eccessivamente letterale da parte delle Corti<sup>(287)</sup>. Con riferimento all'art. 103<sup>(288)</sup> dell'*Income Tax Act* si era, infatti, creato un clima di generale insoddisfazione causata, principalmente, dal fatto che l'unico criterio obiettivo per provare la valenza elusiva di una operazione era legato alla sua "anormalità" <sup>(289)</sup> che, tuttavia, doveva essere oggetto di specifica prova da parte dell'Amministrazione finanziaria<sup>(290)</sup>. Tale prova veniva considerata particolarmente difficile da offrire sia perché spesso le operazioni elusive erano costruite da "sotto-operazioni" di per sé dotate di scopo economico-commerciale<sup>(291)</sup>, sia perché operazioni un tempo "anormali", e quindi potenzialmente elusive, finivano col tempo per divenire del tutto "normali" venendo utilizzate con sempre più frequenza<sup>(292)</sup>.

A tal fine, in seguito ad una ampia procedura di consultazione, il legislatore sudafricano ha introdotto i ricordati art. 80A-80L in base ai quali le condotte elusive sono

---

3) Any decision of the Commissioner under this section shall be subject to objection and appeal, and whenever in proceedings relating thereto it is proved that the scheme concerned does or would result in a tax benefit, it shall be presumed, until the contrary is proved that such scheme was entered into or carried out solely or mainly for the purpose of obtaining a tax benefit.

<sup>287</sup> CASSIDY, J., *The holy grail: the search for the optimal GAAR*, in *South African Law Journal*, 126, 2009, pp. 743-744.

<sup>288</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

(1) Whenever the Commissioner is satisfied that any transaction, operation or scheme (whether entered into or carried out before or after the commencement of this Act, and including a transaction, operation or scheme involving the alienation of property) (a) has been entered into or carried out which has the effect of avoiding or postponing liability for the payment of any tax, duty or levy imposed by this Act or any previous Income Tax Act, or of reducing the amount thereof; and (b) having regard to the circumstances under which the transaction, operation or scheme was entered into or carried out (i) was entered into or carried out- (aa) in the case of a transaction, operation or scheme in the context of business, in a manner which would not normally be employed for bona fide business purposes, other than the obtaining of a tax benefit; and (bb) in the case of any other transaction, operation or scheme, being a transaction, operation or scheme not falling within the provisions of item (aa), by means or in a manner which would not normally be employed in the entering into or carrying out of a transaction, operation or scheme of the nature of the transaction, operation or scheme in question; (ii) has created rights or obligations which would not normally be created between persons dealing at arm's length under a transaction, operation or scheme of the nature of the transaction, operation or scheme in question; and was entered into or carried out solely or mainly for the purposes of obtaining a tax benefit, (c) the Commissioner shall determine the liability for any tax, duty or levy imposed by this Act, and the amount thereof, as if the transaction, operation or scheme had not been entered into or carried out, or in such manner as in the circumstances of the case he deems appropriate for the prevention or diminution of such avoidance, postponement or reduction.

<sup>289</sup> *South Africa Revenue Service, Discussion Paper on Tax Avoidance and section 103 of the Income Tax Act 1962 (Act No 58 of 1962)*, 2005, pp. 11-13.

<sup>290</sup> Nella presente sezione dedicata al Sud Africa l'espressione "Amministrazione finanziaria" sarà utilizzata per riferirsi al *South Africa Revenue Service*.

<sup>291</sup> PICKUP, D., *In Relation to General Anti-Avoidance Provisions: A Comparative Study of the Legal Frameworks Used by Different Countries to Protect Their Tax Revenues*, in *Beyond Boundaries. Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management*, a cura di FREEDMAN, J., Oxford, 2008 p. 14.

<sup>292</sup> CASSIDY, J., *The holy grail: the search for the optimal GAAR*, in *South African Law Journal*, 126, 2009, p. 771.

individuare sulla base di elementi oggettivi. Rispetto alla normativa previgente sono stati conservati i riferimenti al fatto che l'operazione elusiva è tale solo se diretta, almeno prevalentemente, al conseguimento di un risparmio fiscale e realizzata secondo modalità inusuali o anormali; tuttavia, tale ultimo requisito è stato oggetto di un particolare ampliamento finalizzato, da un lato a recepire il criterio della sostanza economica, e, dall'altro, a ricondurre le condizioni di applicazione della clausola generale all'esclusivo ricorre di taluni elementi oggettivi comunemente definiti come “*tainted elements*”<sup>(293)</sup>.

L'effetto conseguente all'applicazione delle disposizioni degli art. 80A-80L è individuato nei termini di un generale potere di disconoscimento/riqualificazione degli effetti fiscali dell'operazione posta in essere. A tal fine l'Amministrazione è tenuta a provare l'integrazione dei presupposti per l'applicazione della norma antielusiva, salvo quanto previsto dall'art. 80G che inverte l'onere della prova a carico del contribuente per quanto riguarda la prova dell'esistenza di uno scopo non soltanto fiscale che ha portato alla realizzazione dell'*arrangement*<sup>(294)</sup>.

Alla luce del complesso delle norme recate dagli artt. 80A-80L, gli elementi costitutivi della normativa antielusiva generale sono i seguenti e risultano differentemente modulati a seconda del contesto in cui viene posta in essere la fattispecie elusiva: 1) presenza di un schema da cui discende un beneficio fiscale; 2) lo scopo della condotta è solo o prevalentemente il conseguimento del beneficio fiscale; 3) lo schema che soddisfa (1) e (2) deve presentare un “*tainted element*” (è sufficiente che ne sia presente *almeno* uno)<sup>(295)</sup>. Quest'ultimi sono così individuati dall'art. 80A<sup>(296)</sup>: *i) Contesto “business”*: la transazione a cui si prende parte o che si realizza si caratterizza *i.a)* per l'utilizzo di mezzi o modalità che normalmente non sarebbe impiegati per scopi economici sorretti da buona fede e diversi dall'ottenimento di un risparmio fiscale ovvero *i.b)* per l'assenza, in tutto o in parte, di sostanza commerciale – così come definita all'art. 80C; *ii) Contesto “non-business”*: la transazione a cui si prende parte o che si realizza si caratterizza per l'utilizzo di mezzi o modalità che normalmente non sarebbero impiegati per scopi sorretti da buona fede e diversi dall'ottenimento di un risparmio fiscale; *iii) Qualsiasi contesto: iii.a)* la transazione crea diritti e obbligazioni che non sarebbero normalmente creati tra persone che agiscono secondo il principio dell'*arms length* (cioè tra parti libere ed indipendenti), ovvero *iii.b)* la transazione si caratterizza, direttamente o indirettamente, per un uso improprio o un abuso delle disposizioni fiscali.

---

<sup>293</sup> South Africa Revenue Service, *Discussion Paper on Tax Avoidance and section 103 of the Income Tax Act 1962 (Act No 58 of 1962). Revised proposal*, 2006, §4.

<sup>294</sup> South Africa Revenue Service, *Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2011, p. 23.

<sup>295</sup> South Africa Revenue Service, *Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, *ibidem*.

<sup>296</sup> Rispetto alla omologa normativa australiana, la dottrina ha osservato che nel caso della clausola sudafricana la presenza dei *tainted element* così come indicata dalla norma è condizione necessaria per l'applicazione della clausola; diversamente, la norma australiana impone soltanto di procedere all'accertamento tenendo presenti i criteri oggetti indicati all'art. 177D – quindi l'Amministrazione finanziaria australiana potrebbe riferirsi anche ad altri fattori. Sotto questo profilo si è, quindi, osservato che la norma sudafricana è in grado di garantire una maggior certezza dei confini tra elusione e legittimo risparmio d'imposta (CASSIDY, J., *op. cit.*, p. 774).

Pertanto, ai fini della corretta applicazione della clausola antielusiva, l'accertamento in punto di fatto della ricorrenza di un contesto di tipo commerciale risulta rilevante soltanto ai fini dell'applicazione del diverso criterio previsto dalla lett. a), n. ii) del medesimo art. 80A relativo all'assenza di sostanza economico-commerciale dell'*arrangement* oggetto di considerazione. In tal caso, il criterio in commento opera in via alternativa rispetto a quello riguardante l'anormalità dell'operazione. È stato, infatti, preciso intento del Legislatore introdurre il criterio della "*commercial substance*" al fine di escludere che l'alta frequenza di determinati schemi elusivi potesse preconstituire una prova della loro normalità e, quindi, dell'inapplicabilità della normativa antielusiva generale<sup>(297)</sup>. Sul punto merita di essere sottolineato che secondo l'Amministrazione finanziaria sudafricana, nei contesti di tipo commerciale, il requisito dell'abuso delle forme deve essere inteso dell'ottica del *business purpose test*<sup>(298)</sup>, seppur in un'accezione diversa da quella elaborata dalla giurisprudenza statunitense<sup>(299)</sup>. Viene, infatti, precisato che nel quadro della normativa antielusiva sudafricana tale *test risulta* finalizzato a verificare la anormalità dell'*arrangement* realizzato<sup>(300)</sup>. Si tratta, quindi, di verificare non se l'*arrangement* è stato realizzato in virtù di considerazioni di tipo commerciale indipendenti dal risparmio fiscale, ma di effettuare una comparazione tra il modo in cui nel caso di specie il contribuente ha raggiunto un certo obiettivo economico e quello in cui normalmente ci si sarebbe aspettati che lo avrebbe fatto<sup>(301)</sup>. La dottrina statunitense dell'*economic substance* (in quanto contrapposta a quella del *business purpose*) può, invece, essere nell'art. 80C. Infatti, secondo l'art. 80C, si ha assenza di sostanza commerciale quando la transazione produce un beneficio fiscale per un soggetto ma non ha effetti significativi sui rischi del business o sul cash flow netto dello stesso, salvo gli effetti attribuibili al vantaggio fiscale. La norma fornisce, inoltre, degli elementi indicativi per individuare l'assenza di sostanza commerciale: 1) gli effetti o la sostanza legale dell'operazione nel suo complesso sono inconsistenti o diversi significativamente da quelli della forma legale dei vari passi di tale operazione; 2) presenza di schemi finanziari circolari così come definiti dall'art. 80D ovvero d'interposizione come definiti dall'art. 80E; 3) presenza di elementi che hanno l'effetto di compensarsi o annullarsi reciprocamente.

---

<sup>297</sup> *South Africa Revenue Service, Discussion Paper on Tax Avoidance and section 103 of the Income Tax Act 1962 (Act No 58 of 1962). Revised proposal*, 2006, p. 6.

<sup>298</sup> *South Africa Revenue Service, Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2011, p. 23 e segg.

<sup>299</sup> Secondo la lett. O) dell'art. 7701 recentemente introdotto nel corpo del codice statunitense dallo *Health Care and Education Reconciliation Act of 2010* la dottrina della *substance over form*, di cui il *business purpose test* rappresenta un aspetto (THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003, p. 169), deve essere intesa nel seguente senso: «*in the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if (A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position, and (B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction*». Sul rapporto tra l'art. 80C e la dottrina statunitense si veda *Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2006, p. 4.

<sup>300</sup> VAN DER LINDE, K., *Tax Avoidance: The New Abnormality Requirement in Section 103(1) of the Income Tax Act*, in *Southern Africa Mercantile Law Journal*, 9, 1997, p. 1997.

<sup>301</sup> *South Africa Revenue Service, Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2011, p. 25.

La normativa in commento consente, quindi, di individuare dei criteri per rendere l'accertamento della presenza dello scopo fiscale il più possibile oggettivo<sup>(302)</sup>.

Diversamente, nel caso dell'abuso di forme giuridiche, l'art. 80A non fornisce indicazioni di carattere oggettivo per individuare cosa debba intendersi per utilizzo "normale" delle forme giuridiche. Tuttavia, può essere osservato che la lett. c), n. i) dell'art. 80A attribuisce rilevanza al principio dell' *arm's length*. Considerato che la richiamata norma riguarda le applicazioni della clausola antielusiva in *any context* il principio *de quo* potrebbe ritenersi un criterio guida di tipo generale con riferimento al requisito dell'abuso delle forme giuridiche. In tal senso potrebbe essere citata la sentenza *Hicklin v SIR* del 1980 secondo cui «*in an at arm's length agreement the right and obligations it creates are more likely to be regarded as normal than abnormal in the sense envisaged by s 103(1)(b)(ii). And the means or manner employed in entering into it or carrying it out are also more likely to be normal than abnormal in the sense envisaged by s 103(1)(b)(i)*»<sup>(303)</sup><sup>(304)</sup>.

#### 2.4.2 Il ruolo dell'interpretazione teleologica

Secondo parte della dottrina<sup>(305)</sup> la norma antielusiva in commento apparirebbe, nel suo nucleo centrale, una mera riaffermazione del principio dell'interpretazione teleologica – peraltro già codificato all'art. 39, comma 2°, della Costituzione Sudafricana, secondo cui «*when interpreting any legislation, and when developing the Common Law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights*». Viene, infatti, rilevato che il riferimento compiuto dall'art. 80A, comma 1, lett. c), n. ii) all'abuso ovvero uso improprio delle norme tributarie comporta la necessità di contrastare le condotte elusive applicando le norme tributarie tenendo conto del loro spirito e, quindi, considerando l'obiettivo legislativo che con le stesse s'intendeva raggiungere.

<sup>302</sup> In tale ottica l'approccio che deve essere seguito nell'applicazione della clausola antielusiva appare di tipo oggettivo.

<sup>303</sup> Il previgente art. 103, comma 1, lett. b), n. ii) recitava:

Having regard to the circumstances under which the transaction, operation or scheme was entered into or carried out – (i) was carried out – (aa) in the case of transaction, operation or scheme in the context of business, in a manner which would not normally be employed for bona fide business purposes, other than the obtaining of a tax benefits” e il successivo n. ii) del medesimo articolo recitava “has created rights or obligations which would not normally be created between persons dealing at arm's length under a transaction, operation or scheme of the nature of the transaction, operation or scheme in question.

<sup>304</sup> Il criterio normativo dell'*arm's length* risulterebbe particolarmente utile per evitare che il semplice utilizzo frequente di una certa operazione possa qualificarla come “normale”, anche se elusiva, e quindi come estranea al campo di applicazione del previgente art. 103. Infatti, il criterio dell'*arm's length* non ricollega la “normalità” dell'operazione alla sua frequenza tenendo conto delle circostanze di specie, ma si riferisce al fatto che l'operazione sia stata realizzata tra parti indipendenti. Al riguardo la citata sentenza *Hicklin* precisa, con riferimento al concetto di “*arm's length*”, che «*[i]t connotes that each party is independent of the other and, in so dealing, will strive to get the utmost possible advantage out of the transaction for himself (...)* Hence, in at arm's length agreement the rights and obligations it creates are more likely to be regarded as normal than abnormal in the sense envisaged by s 103(1)(b)(ii)». Sul punto si veda VANDER LINDE, *op. cit.*, p. 59-60.

<sup>305</sup> CILLIERS, J., *Thou shalt not peep at thy neighbour's wife: section 80A(c)(ii) of the Income Tax Act and the abuse of rights (part one)*, in *The taxpayer*, 57, 2008, p. 87.

Ad avviso di altra dottrina<sup>(306)</sup>, invece, la clausola antielusiva riformata non si tradurrebbe in una pleonastica riaffermazione del criterio d'interpretazione teleologica. Più correttamente, l'art. 80A, comma 1, lett. c), n. ii) dovrebbe essere inteso nell'ottica di un ampliamento, rispetto alla formulazione del previgente art. 103, del campo di applicazione della clausola in commento<sup>(307)</sup> – applicabile, ora, *anche* ai casi in cui l'elusione sia individuabile nei termini di un mancato raggiungimento degli scopi che il Legislatore si era prefisso attraverso l'introduzione delle norme invocate dal contribuente-elusore.

Tale diversa lettura dell'art. 80A, comma 1, lett. c), n. ii) appare condivisa anche dalla stessa Amministrazione finanziaria secondo cui «*although it is accepted that where the substantive tax provision is clearly articulated and free from ambiguity, a departure from the ordinary meaning of the language used is not required, the misuse or abuse requirement in the GAAR nevertheless requires that the intention of the legislator is considered in determining whether the provisions of the Income Tax Act are applied in a manner which is intended. The introduction of the misuse or abuse concept is intended to reinforce the emerging trend in South Africa (which mirrors similar trends in other jurisdictions) towards a “contextual and purposive” approach to tax statutes “in order to find a meaning that harmonises the wording, object and spirit and purpose of [their] provisions”*»<sup>(308)</sup>.

Nel complesso, quindi, più che ad una mera riaffermazione del principio dell'interpretazione teleologica, l'introduzione dall'art. 80A, comma 1, lett. c), n. ii) sembrerebbe diretta ad un “rafforzamento” di tale criterio stabilendone le sue specificità ai fini antielusivi<sup>(309)</sup>.

Da questo punto visto, e similmente a quanto visto con riferimento ad altri ordinamenti, l'interpretazione teleologica costituisce una delle condizioni di applicazione della clausola antielusiva generale poiché quest'ultima potrà essere utilizzata dopo che la fattispecie considerata sarà stata giuridicamente qualificata tenendo conto anche dello scopo delle norme tributarie a tal fine rilevanti.

Ad ogni modo ciò che sembra indiscutibile, come rilevato dalla dottrina<sup>(310)</sup>, è che l'introduzione del criterio dell'abuso delle norme tributarie non reca particolari novità rispetto a quanto già stabilito dalla giurisprudenza con la sentenza *Glen Anil Development Corporation Ltd v SIR* del 1975 in cui la natura elusiva dell'operazione veniva decisa proprio ricorrendo una interpretazione teleologica delle norme tributarie – che, quindi, dovevano intendersi impropriamente utilizzate dal contribuente.

Ciò posto merita di essere sottolineato il particolare ruolo assegnato al requisito dell'abuso delle norme tributarie all'interno dell'art. 80A, comma 1, lett. c), n. ii) rispetto a quanto previsto al riguardo dalla clausola antielusiva generale vigente in Canada. Infatti,

---

<sup>306</sup>KUJINGA, B., *Analysis of misuse and abuse in terms of the South African general anti-avoidance rule: lessons from Canada*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 45, 2012, p. 47.

<sup>307</sup> Si veda *Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2011, p. 23.

<sup>308</sup> South Africa Revenue Service, *Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2011, pp. 40-41.

<sup>309</sup> Si veda al riguardo il documento *Revised Proposals on Tax Avoidance and Section 103 of the Income Tax Act 58 of 1962*, 2006, p. 16.

<sup>310</sup> KUJINGA, B., *op. cit.*, p. 45.

nell'*Explanatory Memorandum on the Revenue Laws Amendment Bill 2006* (p. 63) il legislatore sudafricano menziona espressamente la norma canadese come fonte d'ispirazione quanto all'introduzione del requisito relativo all' *abuse* e *misuse* delle norme tributarie – requisito non presente nel previgente art. 103. Tuttavia, nel caso della norma antielusiva canadese il requisito del *misuse* ovvero *abuse* rappresenta una condizione necessaria per la sua applicazione, mentre nel caso della norma sudafricana si tratta soltanto di una delle diverse (ed alternative) condizioni per la sua applicazione<sup>(311)</sup>. Si è visto, infatti, che nell'ambito della normativa canadese il requisito in commento svolge il ruolo di clausola di salvaguardia rispetto ad un possibile uso *in terrorem* della clausola antielusiva generale. Pertanto, pur avendo recepito il criterio presente nella norma canadese il legislatore sudafricano risulta averne stravolto il ruolo, qualificandolo non come limite all'applicazione della clausola antielusiva ma come suo indipendente ed autonomo presupposto di applicazione

#### 2.4.3 L'Alternatività tra simulazione ed elusione fiscale

Ancorché non risulti essersi formato un orientamento giurisprudenziale con riferimento alla nuova clausola antielusiva, è possibile osservare che in merito alla norma previgente recata dall'art. 103 dell'*Income Tax Act* era stata ammessa la possibilità di motivare l'avviso di accertamento facendo riferimento, in chiave di reciproca alternatività, sia all'art. 103 che alla simulazione. Ciò spiegherebbe quanto previsto all'attuale art. 80I secondo cui «*the Commissioner may apply the provisions of this Part in the alternative for or in addition to any other basis for raising an assessment*».

Il suddetto principio di "alternatività" è rintracciabile nella sentenza *SARS v NWK Ltd* della Corte Suprema del Sud Africa del 1° dicembre 2010, secondo cui «*[t]here appears to me to be no reason why an invalid transaction cannot also be abnormal and concluded for the purpose of avoiding tax. Had the Commissioner not proved that the loan was a simulated contract, it would have been open to the Tax Court to consider the soundness of an assessment under s 103*»<sup>(312)</sup>. Sulla base di tale conclusione la *Supreme Court* sembrerebbe, quindi, aver superato il precedente indiritto ravvisabile nella sentenza *ABC Limited v SARS* del 4 luglio 2008 secondo cui «*[t]he Commissioner's satisfaction with regard to the tax avoidance effect of a transaction is clearly a precondition to the Commissioner's right to apply his extraordinary powers under the section. As the main ground of assessment is that the transaction is a simulated one it follows that the Commissioner could not at the same time have been satisfied that such transaction had a tax avoidance effect. To have been so satisfied presupposes the validity of the transaction. In the present circumstances the Commissioner may not invoke section 103 in the alternative*»<sup>(313)</sup>.

Tuttavia, come sottolineato dalla dottrina<sup>(314)</sup>, un siffatto cambiamento di orientamento appare di difficile giustificazione, atteso che la simulazione presuppone

<sup>311</sup> KUJINGA, B., *op. cit.*, p. 49.

<sup>312</sup> § 93.

<sup>313</sup> § 105.

<sup>314</sup> MAZANSKY, E., *A New GAAR for South Africa: The Duke of Westminster is Struck a Blow*, in *Bulletin for International Taxation*, 3, 2003, p. 130.



l'invalidità dell'*arrangement*, mentre l'elusione viene, tipicamente, ricollegata alla realizzazione di un'operazione civilisticamente valida; se dunque, nel motivare l'accertamento, l'Amministrazione ritiene di poter dedurre la natura simulata dell'*arrangement* non sembra logico che allo stesso tempo possa, seppur in subordine, ritenere altrettanto corretta l'applicazione della norma antielusiva generale.

Per tentare di spiegare la *ratio* della sentenza *SARS v NWK Ltd* si potrebbe ritenere che la Suprema Corte, sulla scorta della giurisprudenza statunitense, abbia assunto un concetto di simulazione contiguo a quello di *economic sham transaction* (in quanto contrapposto a quello di *sham in fact*) e che, pertanto, di fronte ad un'operazione elusiva in quanto priva di sostanza economica sia giunta a qualificare quest'ultima come un caso particolare di simulazione ove l'elemento specializzante veniva rinvenuto nel fine di ridurre il carico fiscale (rispetto ai tradizionali fini della simulazione).

Muovendo da questo punto di vista si potrebbe, quindi, ottenere una spiegazione del perché la Corte abbia ritenuto ammissibile motivare l'avviso di accertamento in chiave di alternatività tra simulazione ed elusione fiscale ai sensi del previgente art. 103 dell'*Income Tax Act*.

E, in effetti, nella sentenza in commento viene affermato che «*the test to determine simulation cannot simply be whether there is an intention to give effect to a contract in accordance with its terms. (...) The test should thus go further, and require an examination of the commercial sense of the transaction: of its real substance and purpose. If the purpose of the transaction is only to achieve an object that allows the evasion of tax, or of a peremptory law, then it will be regarded as simulated*»<sup>(315)</sup>.

Appare, quindi, evidente – sebbene manchi un espresso richiamo – come la *Supreme Court* abbia assunto il concetto di simulazione attraverso una prospettiva non dissimile da quella delle *sham transaction* elaborata dalla giurisprudenza statunitense – e che, come rilevato, differisce profondamente dal concetto di simulazione accolto dagli ordinamenti di *Civil Law*. Tuttavia, l'art. 80I enuncia una regola di tipo generale, mentre il principio affermato dalla giurisprudenza appena considerata dovrebbe considerarsi valido soltanto ove sia applicato il criterio della sostanza economica di cui all'art. 80C. In tal senso, l'art. 80I potrebbe leggersi non come una semplice codificazione del principio di alternatività, ma come una sua – discutibile<sup>(316)</sup> – generalizzazione.

#### 2.4.4 Le modalità applicative della vigente clausola antielusiva generale e le sue conseguenze sanzionatorie

##### A) Le garanzie procedimentali

Rispetto al previgente art. 103 la riformata clausola antielusiva generale prevede, all'art. 80J, uno specifico procedimento ai fini della corretta emanazione dell'avviso di accertamento fondato sull'applicazione dei poteri previsti dall'art. 80B. Tale procedimento non prevede però l'intervento di un organo *ad hoc* preposto alla valutazione delle

---

<sup>315</sup> § 55.

<sup>316</sup> Visto che il principio dell'alternatività sembrerebbe ammissibile solo con riferimento alle *sham transaction* ove l'alternativa sia posta in termini di simulazione ed elusione fiscale.

contestazioni di tipo antielusivo, ma si fonda soltanto sull'instaurazione di un particolare contraddittorio tra Amministrazione e contribuente. Tale previsione è stata giustificata con il fine di introdurre una «*statutory safeguard to taxpayers against arbitrary application of the GAAR*»<sup>317</sup>).

Gli aspetti essenziali della procedura in commento risultano essere i seguenti:

- i) Notifica al contribuente di un atto avente carattere informativo circa l'avvio da parte dell'Amministrazione di un accertamento ai sensi della normativa antielusiva con contestuale indicazione delle ragioni per cui la si ritiene applicabile;
- ii) Diritto di replica da parte del contribuente entro 60 giorni dalla suddetta notifica;
- iii) Obbligo dell'Amministrazione, entro 180 giorni dal ricevimento delle repliche del contribuente, di rispondere alle stesse o con una ulteriore richiesta di informazioni oppure con atto di rinuncia all'accertamento ovvero con atto recante le maggiori imposti dovute in forza dell'applicazione della clausola antielusiva.

Viene inoltre disposto (cfr. comma 4, art. 80J) che ove l'Amministrazione entri in possesso di nuove informazioni tali da ritenere di dover modificare le ragioni a fondamento dell'applicazione della clausola antielusiva la stessa è tenuta a darne notizia al contribuente rispettando le formalità previste per l'atto di comunicazione dell'avvio del procedimento.

La procedura così definita non sembra, tuttavia, particolarmente soddisfacente rispetto allo scopo di fornire una garanzia dalle applicazioni arbitrarie della clausola antielusiva. Non si prevede, infatti, uno specifico obbligo di motivazione dell'avviso sulla base delle repliche addotte dal contribuente ove si ritenga di giudicarle non soddisfacenti ai fini dell'applicazione della norma antielusiva. Ciò comporta che l'Amministrazione potrà sentirsi libera di disattenderle minando, quindi, alla radice la funzione garantista del procedimento *de quo*. Pertanto, non sembra che le disposizioni contenute all'art. 80J siano particolarmente efficaci sotto il piano della tutela del contribuente. Infatti, l'attenzione risulta concentrata perlopiù sul piano dell'acquisizione delle opportune informazioni da parte dell'Amministrazione affinché l'atto di accertamento risulti ben fondato. In questi termini la partecipazione del contribuente all'accertamento appare più che altro di tipo collaborativo più che difensivo.

Deve, tuttavia, essere rilevato che ai sensi del comma 2 dell'art. 80J l'Amministrazione è obbligata ad inviare la comunicazione prevista dal primo comma dell'art. 80J, mentre il contribuente ha la facoltà e non l'obbligo di far pervenire le proprie repliche (cfr. comma 2), art. 80J). In tal senso, come precisato dalla stessa Amministrazione finanziaria<sup>318</sup>, la norma consentirebbe al contribuente di provare, in via anticipata rispetto al contenzioso, la sussistenza di scopi economici diversi dal mero risparmio fiscale quale ragione giustificatrice della realizzazione dell'operazione oggetto di accertamento.

---

<sup>317</sup> South Africa Revenue Service, *Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2011, p. 48.

<sup>318</sup> South Africa Revenue Service, *Draft Comprehensive Guide to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 2011, *ibidem*.

Ad ogni modo, il fatto che non vi sia alcuno obbligo di specifica motivazione dell'avviso in merito ai chiarimenti forniti dal contribuente mina fortemente l'efficacia di tale previsione sul piano di un'effettiva difesa anticipata dal parte del contribuente rispetto ad una eventuale fase contenziosa.

Per quanto riguarda, invece, il riparto dell'*onus probandi*, l'art. 80G prevede un regime in linea con quello accolto dalla prevalenza degli ordinamenti – eccezion fatta per l'Australia. Viene, infatti, previsto che l'Amministrazione è tenuta a provare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie elusiva, salvo quello relativo alla presenza dello scopo di ridurre le imposte. Quest'ultimo dovrà, invece, essere provato dal contribuente. Va però osservato che il regime così definito opera per il tramite di una presunzione relativa di elusività: ove l'Amministrazione assolva al proprio onere probatorio la presenza del fine elusivo è presunta salvo che il contribuente non provi il contrario<sup>(319)</sup>. Sul punto merita, inoltre, di essere osservato che per l'Amministrazione finanziaria sudafricana assume una certa rilevanza, ai fini della prova spettante in capo al contribuente, l'accertamento delle intenzioni con cui è stata realizzata l'operazione reputata elusiva<sup>(320)</sup>. Tale ipotesi rischia, tuttavia, di minare l'approccio oggettivo alla base della normativa antielusiva generale nel suo complesso, in quanto l'attenzione verrebbe spostata dallo scopo dell'*arrangement* in quanto tale ai motivi per cui lo stesso è stato posto in essere<sup>(321)</sup>.

## B) *Effetti sanzionatori*

L'approccio sudafricano ai profili sanzionatori dell'elusione fiscale appare in parte simile a quello adottato dal Canada. Non risulta, infatti, prevista una espressa sanzione nei confronti delle condotte elusive e dei loro autori. È, tuttavia, stato previsto un regime sanzionatorio in merito al mancato adempimento di specifici obblighi di comunicazione nei confronti del Fisco. Tale disciplina è attualmente recata dagli art. da 34 a 37<sup>(322)</sup> e dell'art.

---

<sup>319</sup> CASSIDY, J., *The holy grail: the search for the optimal GAAR*, in *South African Law Journal*, 126, 2009, p. 740 pp. 763-764.

<sup>320</sup> *Revised Proposals on Tax Avoidance and Section 103 of the Income Tax Act 58 of 1962*, 2006, p. 21.

<sup>321</sup> CASSIDY, J., *The holy grail: the search for the optimal GAAR*, in *South African Law Journal*, 2009, 126, p. 768.

<sup>322</sup> Art. 34 *Definitions*

In this Part and in section 212, unless the context indicates otherwise, the following terms, if in single quotation marks, have the following meanings:

'arrangement' means any transaction, operation, scheme, agreement or understanding (whether enforceable or not);

'financial benefit' means a reduction in the cost of finance, including interest, finance charges, costs, fees and discounts on a redemption amount;

'financial reporting standards' means, in the case of a company required to submit financial statements in terms of the Companies Act, 2008 (Act No. 71 of 2008), financial reporting standards prescribed by that Act, or, in any other case, the Generally Accepted Accounting Practice or appropriate financial reporting standards that provide a fair presentation of the financial results and position of the taxpayer;

'participant' in relation to an 'arrangement', means a) a 'promoter'; or b) a company or trust which directly or indirectly derives or assumes that it derives a 'tax benefit' or 'financial benefit' by virtue of an 'arrangement'; c) 'pre-tax profit' in relation to an 'arrangement', means the profit of a 'participant' resulting from that 'arrangement' before deducting normal tax, which profit must be determined in accordance with 'financial reporting standards' after taking into account all costs and expenditure incurred by the 'participant' in connection with the 'arrangement' and after deducting any foreign tax paid or payable by the 'participant' in connection with the 'arrangement';

---

‘promoter’

in relation to an ‘arrangement’, means a person who is principally responsible for organising, designing, selling, financing or managing the reportable arrangement;

‘tax benefit’ includes avoidance, postponement or reduction of a liability for tax.

#### Art. 35 *Reportable arrangements*

1) An ‘arrangement’ is a reportable arrangement if it is listed in terms of subsection (2) or if a ‘tax benefit’ is or will be derived or is assumed to be derived by any ‘participant’ by virtue of the ‘arrangement’ and the ‘arrangement’ a) contains provisions in terms of which the calculation of interest as defined in section 24J of the Income Tax Act, finance costs, fees or any other charges is wholly or partly dependent on the assumptions relating to the tax treatment of that ‘arrangement’ (otherwise than by reason of any change in the provisions of a tax Act); b) has any of the characteristics contemplated in section 80C(2)(b) of the Income Tax Act, or substantially similar characteristics; c) gives rise to an amount that is or will be disclosed by any ‘participant’ in any year of assessment or over the term of the ‘arrangement’ as i) a deduction for purposes of the Income Tax Act but not as an expense for purposes of ‘financial reporting standards’; or ii) revenue for purposes of ‘financial reporting standards’ but not as gross income for purposes of the Income Tax Act; d) does not result in a reasonable expectation of a ‘pre-tax profit’ for any ‘participant’; or e) results in a reasonable expectation of a ‘pre-tax profit’ for any ‘participant’ that is less than the value of that ‘tax benefit’ to that ‘participant’ if both are discounted to a present value at the end of the first year of assessment when that ‘tax benefit’ is or will be derived or is assumed to be derived, using consistent assumptions and a reasonable discount rate for that ‘participant’.

2) The Commissioner may list an ‘arrangement’ by public notice, if satisfied that the ‘arrangement’ may lead to an undue ‘tax benefit’.

3) This section does not apply to an excluded ‘arrangement’ referred to in section 36.

#### Art. 36 *Excluded arrangements*

1) An ‘arrangement’ is an excluded ‘arrangement’ if it is a) a loan, advance or debt in terms of which i) the borrower receives or will receive an amount of cash and agrees to repay at least the same amount of cash to the lender at a determinable future date; or ii) the borrower receives or will receive a fungible asset and agrees to return an asset of the same kind and of the same or equivalent quantity and quality to the lender at a determinable future date; b) a lease; c) a transaction undertaken through an exchange regulated in terms of the Securities Services Act, 2004 (Act No. 36 of 2004); or d) a transaction in participatory interests in a scheme regulated in terms of the Collective Investment Schemes Control Act, 2002 (Act No. 45 of 2002).

2) Subsection (1) applies only to an ‘arrangement’ that a) is undertaken on a stand-alone basis and is not directly or indirectly connected to any other ‘arrangement’ (whether entered into between the same or different parties); or b) would have qualified as having been undertaken on a stand-alone basis as required by paragraph (a), were it not for a connected ‘arrangement’ that is entered into for the sole purpose of providing security and if no ‘tax benefit’ is obtained or enhanced by virtue of the security ‘arrangement’.

3) Subsection (1) does not apply to an ‘arrangement’ that is entered into a) with the main purpose or one of its main purposes of obtaining or enhancing a ‘tax benefit’; or b) in a specific manner or form that enhances or will enhance a ‘tax benefit’.

4) The Commissioner may determine an ‘arrangement’ to be an excluded ‘arrangement’ by public notice, if satisfied that the ‘arrangement’ is not likely to lead to an undue ‘tax benefit’.

#### Art. 37 *Disclosure obligation*

1) The ‘promoter’ must disclose the information referred to in section 38 in respect of a reportable arrangement.

2) If there is no ‘promoter’ in relation to the ‘arrangement’ or if the ‘promoter’ is not a resident, all other ‘participants’ must disclose the information.

3) A ‘participant’ need not disclose the information in respect of the ‘arrangement’ if the ‘participant’ obtains a written statement from a) the ‘promoter’ that the ‘promoter’ has disclosed the ‘arrangement’; or b) any other ‘participant’, if subsection (2) applies, that the other ‘participant’ has disclosed the ‘arrangement’.

4) The ‘arrangement’ must be disclosed within 45 business days after an amount is first received by or has accrued to a ‘participant’ or is first paid or actually incurred by a ‘participant’ in terms of the ‘arrangement’.

5) SARS may grant extension for disclosure for a further 45 business days, if reasonable grounds exist for the extension.

#### Art. 38 *Information to be submitted*

212<sup>(323)</sup>) del *Tax Administration Act* 2011 con cui è stata inasprita la previgente disciplina di cui agli artt. 80M – 80T dell'*Income Tax Act*. Con riferimento alle operazioni elusive, ai sensi dell'art. 35 si considerano “*reportable arrangement*” – e sono quindi soggetti al predetto obbligo di comunicazione – quelle operazioni che: a) rientrano in una lista di operazioni elusive da pubblicarsi a cura del *Revenue Service*; b) possiedono le caratteristiche di cui all'art. 80C, comma 2, lett. b)<sup>(324)</sup>; c) non conducono ad un “*pre-tax profit*” ragionevole per ognuno dei soggetti partecipati all'operazione ovvero si basano su una ragionevole aspettativa dello stesso ma il medesimo è comunque inferiore al beneficio fiscale ricavato. Diversamente dall'omologo regime canadese, la disciplina in esame definisce in modo piuttosto vago il concetto di “promotore” che ai sensi dell'art. 35 viene individuato in «*a person who is principally responsible for organising, designing, selling, financing or managing the reportable arrangement*». Per quanto riguarda, invece, l'obbligo di comunicazione quest'ultimo va osservato entro 45 lavorativi dal primo pagamento effettuato ai sensi dell'operazione da segnalare (art. 37, comma 4) ed è riferito, in via generale, in capo al promotore dell'operazione, ma, ove questo non sia residente, l'obbligo si trasferisce in capo a tutti partecipanti all'operazione (art. 37, commi 1-3). In caso di mancata comunicazione la sanzione è prevista in misura ridotta per i soggetti diversi dal promotore a cui invece si applica una sanzione doppia (art. 212, comma 1). Inoltre, la pena così definita può essere aumentata fino a tre volte il suo importo iniziale ove il *quantum* di risparmio fiscale superi determinate soglie quantitative (art. 212, comma 2). Il regime così definito risulta

---

The ‘promoter’ or ‘participant’ must submit, in relation to a reportable arrangement, in the prescribed form and manner and by the date specified a) a detailed description of all its steps and key features, including, in the case of an ‘arrangement’ that is a step or part of a larger ‘arrangement’, all the steps and key features of the larger ‘arrangement’; b) a detailed description of the assumed ‘tax benefits’ for all ‘participants’, including, but not limited to, tax deductions and deferred income; c) the names, registration numbers, and registered addresses of all ‘participants’; d) a list of all its agreements; and e) any financial model that embodies its projected tax treatment.

*Art. 39 Reportable arrangement reference number*

SARS must, after receipt of the information contemplated in section 38, issue a reportable arrangement reference number to each ‘participant’ for administrative purposes only.

<sup>323</sup> *Art. 212 Reportable arrangement penalty*

1) A ‘participant’ who fails to disclose the information in respect of a reportable arrangement as required by section 37 is liable to a ‘penalty’, for each month that the failure continues (up to 12 months), in the amount of a) R50 000, in the case of a ‘participant’ other than the ‘promoter’; or b) R100 000, in the case of the ‘promoter’.

2) The amount of ‘penalty’ determined under subsection (1) is doubled if the amount of anticipated ‘tax benefit’ for the ‘participant’ by reason of the arrangement (within the meaning of section 35) exceeds R5 000 000, and is tripled if the benefit exceeds R10 000 000.

<sup>324</sup> *Art. 80C. Lack of commercial substance*

1) For purposes of this Part, an avoidance arrangement lacks commercial substance if it would result in a significant tax benefit for a party (but for the provisions of this Part) but does not have a significant effect upon either the business risks or net cash flows of that party apart from any effect attributable to the tax benefit that would be obtained but for the provisions of this Part.

2) For purposes of this Part, characteristics of an avoidance arrangement that are indicative of a lack of commercial substance include but are not limited to a) the legal substance or effect of the avoidance arrangement as a whole is inconsistent with, or differs significantly from, the legal form of its individual steps; or b) the inclusion or presence of i) round trip financing as described in section 80D; or ii) an accommodating or tax indifferent party as described in section 80E; or iii) elements that have the effect of offsetting or cancelling each other.

particolarmente severo anche perché la sanzione *de qua* è applicata su base mensile, ossia per ciascun mese di ritardo a partire dallo spirare del termine per la comunicazione (art. 212, comma 1).

## - Capitolo V -

### PROSPETTIVE DI CONVERGENZA: ALCUNI SPUNTI *DE IURE CONDENDO*

SOMMARIO: **1.** La questione della clausola antielusiva generale come problema di codificazione di principi e dottrine giurisprudenziali. – **1.1.** Il modello di codificazione adottato dagli Stati Uniti: presupposti ed elementi di criticità. – **1.2.** Codificazione e profili procedurali: la via intrapresa dal Legislatore nazionale. – **2.** L’abuso del diritto come superamento della dicotomia tra frode alla legge e sostanza economica? – **2.1** Segnali di convergenza: verso il criterio della sostanza economica. – **2.2** Il contenuto del “linguaggio dell’abuso del diritto” e il suo possibile ruolo nell’ambito di un’opera di codificazione. – **3.** La punibilità dell’elusione fiscale: un modello sanzionatorio a più livelli? – **3.1** Dubbi in merito alle soluzioni adottate in Spagna e Francia. – **3.2** Le “*disclosure penalties*” adottate da alcuni ordinamenti di *Common Law* – **3.3** Un’ipotesi di sintesi.

#### 1. LA QUESTIONE DELLA CLAUSOLA ANTIELUSIVA GENERALE COME PROBLEMA DI CODIFICAZIONE DI PRINCIPI E DOTTRINE GIURISPRUDENZIALI

L’esperienza maturata dai prevalenti ordinamenti stranieri testimonia, con una certa uniformità di casi, come la questione della clausola antielusiva generale debba essere affrontata *in primis* nei termini di un problema di codificazione di principi e dottrine di fonte giurisprudenziale.

Si è osservato, infatti, che nella prevalenza degli ordinamenti dotati di una simile clausola quest’ultima è stata introdotta proprio in virtù di un preciso confronto, o meglio di uno “scontro”, con gli orientamenti della giurisprudenza in materia di elusione fiscale<sup>325</sup>). Non può così essere trascurato come la quasi totalità degli esempi precedentemente considerati – eccezion fatta per la Nuova Zelanda – abbia riguardato Paesi in cui era da tempo presente una clausola antielusiva generale che, tuttavia, sotto i colpi della giurisprudenza è stata progressivamente superata e messa da parte. Il legislatore straniero è stato, quindi, costretto ad un nuovo intervento normativo quasi come se stesse rincorrendo la giurisprudenza. Paesi come la Francia, la Spagna ed il Belgio – similmente al caso dell’Australia, del Sud Africa e del Canada – sono, infatti, giunti a riformulare le rispettive clausole antielusive proprio a causa del tipo di atteggiamento assunto nei loro confronti dalla giurisprudenza che, quasi agendo in un’ottica surrogatoria rispetto al ruolo del legislatore, ne aveva determinato o una sorta di paralisi – come nel caso del Belgio, dell’Australia ed in parte della Spagna – ovvero un tendenziale superamento in favore di strumenti alternativi e di più agevole applicazione – come accaduto ad es. in Francia.

Da questo punto di vista l’attuale situazione che sta interessando l’ordinamento nazionale in seguito all’affermazione pretoria del principio dell’abuso del diritto appare, tutto sommato, in linea con quanto accaduto nei principali ordinamenti stranieri. Non dovrebbe,

---

<sup>325</sup> Con riferimento all’Italia tale circostanza è segnalata da GARBARINO, C., *Italy*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012 pp. 212-213.

quindi, destare particolare meraviglia l'ipotesi, recentemente avanzata dal Legislatore<sup>326</sup>), di una riforma dell'art. 37-bis volta a recepire ed integrare le istanze di fonte giurisprudenziale in tema di abuso del diritto<sup>327</sup>).

Al riguardo non può però tacersi che se è vero che le vicende degli ordinamenti stranieri indicano la via della codificazione come una strada quasi obbligata, ciò non toglie che una simile opera non sembra idonea a fornire una soluzione stabile e definitiva al problema dell'elusione fiscale. Le vicende poc'anzi ricordate dimostrano, infatti, che le norme antielusive generali via via adottate dal legislatore straniero sono state nel tempo progressivamente sovvertite e superate dalla giurisprudenza. E tale fenomeno, vale la pena sottolinearlo, pare aver interessato con maggior vigore proprio i paesi di *Civil Law*<sup>328</sup>). Non sembra, quindi che il diverso ruolo giocato nei paesi di *Civil Law* dalla giurisprudenza rispetto a quelli di *Common Law* abbia comportato un maggior grado di tutela e

---

<sup>326</sup> Ci si riferisce al Disegno di Legge Delega, 25 settembre 2013, n. 1058. L'iter del provvedimento è iniziato alla Camera il 26 giugno 2013, quando la Commissione Finanze ha avviato l'esame di alcune proposte di legge in materia fiscale (in particolare: le proposte di legge A.C. 282 (15 marzo 2013), A.C. 1122 (31 maggio 2013) e A.C. 1339 (9 luglio 2013), recanti norme in materia di revisione del sistema fiscale mediante delega al Governo; la proposta di legge A.C. 950 (15 maggio 2013), recante norme in materia di contrasto all'elusione fiscale e abuso del diritto. Quest'ultima proposta di legge ripropone in larga parte quanto previsto in tema di abuso del diritto dal precedente disegno di legge 15 giugno 2012, n. 5291).

<sup>327</sup> Peraltro, il tipo di approccio che sarà possibile adottare appare fortemente condizionato dalla stessa tipologia di atteggiamento assunto della giurisprudenza. Nei paesi in cui quest'ultima si è non solo disinteressata delle norme antielusive generali adottate dal Legislatore, ma si è mostrata anche incapace di contrastare in modo adeguato le condotte elusive – come ad es. avvenuto in Belgio, Australia, Canada e Sud Africa –, l'intervento del Legislatore non potrà che assumere la forma di un vero e proprio intervento riformatore. L'ipotesi di una codificazione di principi e dottrine giurisprudenziali non consentirebbe, infatti, di apportare alcun beneficio rispetto alla situazione preesistente. Diversamente, in tutti quei casi in cui – come accaduto in Francia – l'atteggiamento della giurisprudenza si sia mostrato particolarmente attivo nei confronti dell'elusione fiscale ed abbia, quindi, nel tempo sviluppato degli specifici rimedi antielusivi l'ipotesi di un intervento legislativo volto ad una loro codificazione e chiarificazione sul piano del diritto positivo appare quasi una strada obbligata. La soluzione opposta finirebbe, infatti, per riprodurre il medesimo problema di partenza rinnovando con ciò le possibili asimmetrie tra l'approccio legislativo e quello giurisprudenziale all'elusione fiscale. Inoltre, – come si è ad es. tentato di fare negli Stati Uniti con la recente codificazione della dottrina dell'*economic substance* – l'ipotesi della codificazione consentirebbe di conservare gli eventuali aspetti positivi dei rimedi di fonte giurisprudenziale, precisandone però i confini ed il contenuto nell'obiettivo di renderne la corrispondente applicazione maggiormente stabile ed uniforme. In questo senso, il principale contribuente di una clausola antielusiva generale di tal fatta verrebbe a manifestarsi proprio sul piano della certezza dei rapporti tributari offrendo una sorta di guida alla giurisprudenza nella sua opera di contrasto alle condotte elusive. Muovendo dalla prospettiva appena delineata, la complessità dei rapporti tra giurisprudenza e legislatore nell'ambito della disciplina antielusiva generale verrebbe a manifestarsi quale risultato di diverse ed opposte tendenze riassumibili in una sorta di trasversale (rispetto alle tradizioni di *Civil Law* e *Common Law*), seppur storicamente condizionato, dualismo tra istanze di natura codificatoria, con cui offrire una chiarificazione e sistematizzazione delle preesistenti elaborazioni giurisprudenziali, ed istanze più propriamente riformatrici finalizzate a definire una disciplina alternativa ed innovativa rispetto alla posizione fino a quel momento assunta dalla giurisprudenza.

<sup>328</sup> Nel caso dell'Australia, Sud Africa, e del Canada la reazione giurisprudenziale alla prima introduzione della clausola antielusiva generale non sembra essersi configurata nei termini di uno scollamento rispetto alla soluzione legislative in forza del rinvenimento di autonomi ed ulteriori strumenti di contrasto all'elusione fiscale; piuttosto, le istanze di riforma hanno tratto origine da un atteggiamento di tendenziale disinteresse della giurisprudenza nei confronti di tali norme che sono così state applicate molto raramente cadendo quasi in disuso.



conservazione dei modelli di clausola antielusiva generale adottati di volta in volta dal legislatore. Di ciò ne è chiara evidenza – oltre al caso dell’Italia – l’esperienza vissuta dalla Francia in cui, come rilevato, l’approccio giurisprudenziale all’elusione fiscale si era tradotto in una sostanziale obliterazione della *Generalklausel* definita dal legislatore comportando, altresì, l’insorgenza di una situazione di costitutiva asimmetria ed iniquità sul piano delle garanzie procedimentali e delle sanzioni.

E, in effetti, un tale fenomeno pare avere radici autonome e strettamente connesse alla intrinseca natura delle clausole generali – siano esse o meno a finalità antielusiva.

Come osservato in precedenza tali norme poggiano, infatti, sull’utilizzo di concetti elastici, spesso ai limiti della indeterminatezza, la cui precisazione non può che passare per una importante attività di “integrazione valutativa” da parte dei vari soggetti chiamati ad applicarle<sup>329</sup>).

Appare, quindi, più che naturale – e le esperienze internazionali lo confermano – che a fronte di un’opera di codificazione la giurisprudenza continui ad avere ampi margini di intervento ai limiti dello stravolgimento delle soluzioni legislative preesistenti.

Tale circostanza non dovrebbe, tuttavia, indurre a sottovalutare gli aspetti positivi della codificazione e a lasciare, quindi, alla sola giurisprudenza il compito di disciplinare i fenomeni elusivi. Come di seguito chiarito le opere di codificazione appaiono in un certo senso indispensabili. E ciò per almeno due buone ragioni. In primo luogo, perché attraverso una “chiarificazione” dei principi e delle dottrine elaborate dalla giurisprudenza il Legislatore è in grado, seppur in modo non definitivo, di migliorare la stabilità e prevedibilità del sistema tributario nel suo complesso. In secondo luogo perché nell’ambito dell’opera di codificazione il Legislatore può altresì assoggettare l’utilizzo dei rimedi antielusivi di origine giurisprudenziale ad uno specifico procedimento applicativo al fine di evitare che i giudizi di elusività si traducano in giudizi sommari sulla ragionevolezza delle scelte imprenditoriali del contribuente.

In questo senso, come segnalato dalla dottrina, appare più che opportuno che nel caso dell’ordinamento nazionale il Legislatore intervenga quanto prima per ricucire lo “strappo” progressivamente causato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione rispetto alle scelte legislative alla base dell’art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73<sup>330</sup>).

C’è, però, da chiedersi verso quale direzione debba in concreto dirigersi l’azione del Legislatore. A tale riguardo può rivelarsi di una qualche utilità svolgere alcune riflessioni intorno alla recente codificazione della dottrina della sostanza economica attuata dal legislatore statunitense.

### 1.1 *Il modello di codificazione adottato dagli Stati Uniti: presupposti ed elementi di criticità*

In primo luogo va ricordato che tale opera di codificazione è stata pensata con lo specifico obiettivo di fissare in modo chiaro ed univoco gli elementi costitutivi della

---

<sup>329</sup> *Supra*, Cap. I, § 1.1.

<sup>330</sup> BEGHIN, M., *L’abuso e l’elusione fiscale tra regole «scritte», giustizia tributaria e certezza del diritto*, in *Corr. trib.*, 40, 2009, p. 3288.

*economic substance doctrine* di origine giurisprudenziale<sup>(331)</sup>). Infatti, come chiarito in precedenza, le Corti statunitensi avevano mostrato più di una incertezza sulle condizioni di applicazione di tale dottrina. In particolare, gli orientamenti dei giudici si dividevano tra chi riteneva necessaria la compresenza di due diversi elementi, uno oggettivo e l'altro soggettivo, rispettivamente dati dagli effetti dell'operazione sulla posizione economica del contribuente e dalla presenza di un *business purpose* dell'operazione, e chi riteneva, invece, preferibile un approccio disgiuntivo in cui era sufficiente la presenza di almeno uno dei due elementi in questione<sup>(332)</sup>. Volendo porre fine a questa diatriba, il legislatore statunitense, con l'art. 1409, lett. a), del *Patient Protection and Affordable Care Act* del 23 marzo 2010, ha introdotto la lett. o) all'interno dell'art. 7701<sup>(333)</sup> dell'*Internal Revenue Code*, rubricata

---

<sup>331</sup> *Tecnical Explanation of the Revenue Provisions of the "Reconciliation Act 2010" as Amended, in Combination with the "Patient Protection and Affordable Care Act"*, 21 marzo 2010, p. 154.

<sup>332</sup> *Supra*, Cap. I, § 2.3.1.

<sup>333</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione:

*Clarification of economic substance doctrine*

(1) *Application of doctrine*

In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if (A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position, and (B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.

(2) *Special rule where taxpayer relies on profit potential*

(A) *In general*

The potential for profit of a transaction shall be taken into account in determining whether the requirements of subparagraphs (A) and (B) of paragraph (1) are met with respect to the transaction only if the present value of the reasonably expected pre-tax profit from the transaction is substantial in relation to the present value of the expected net tax benefits that would be allowed if the transaction were respected.

(B) *Treatment of fees and foreign taxes*

Fees and other transaction expenses shall be taken into account as expenses in determining pre-tax profit under subparagraph (A). The Secretary shall issue regulations requiring foreign taxes to be treated as expenses in determining pre-tax profit in appropriate cases.

(3) *State and local tax benefits*

For purposes of paragraph (1), any State or local income tax effect which is related to a Federal income tax effect shall be treated in the same manner as a Federal income tax effect.

(4) *Financial accounting benefits*

For purposes of paragraph (1)(B), achieving a financial accounting benefit shall not be taken into account as a purpose for entering into a transaction if the origin of such financial accounting benefit is a reduction of Federal income tax.

(5) *Definitions and special rules*

For purposes of this subsection—

(A) *Economic substance doctrine*

The term "economic substance doctrine" means the common law doctrine under which tax benefits under subtitle A with respect to a transaction are not allowable if the transaction does not have economic substance or lacks a business purpose.

(B) *Exception for personal transactions of individuals*

In the case of an individual, paragraph (1) shall apply only to transactions entered into in connection with a trade or business or an activity engaged in for the production of income.

(C) *Determination of application of doctrine not affected*

The determination of whether the economic substance doctrine is relevant to a transaction shall be made in the same manner as if this subsection had never been enacted.

(D) *Transaction*

The term "transaction" includes a series of transactions.

“*Clarification of economic substance doctrine*”, secondo cui, con riferimento alle operazioni per le quali la dottrina della sostanza economica risulta rilevante, le stesse devono essere trattate come aventi sostanza economica solo se incidono in modo significativo (a parte gli effetti delle imposte sul reddito) sulla posizione economica del contribuente e sono state realizzate da quest’ultimo in vista di uno scopo sostanziale (diverso da quello meramente fiscale). Tuttavia, per espressa previsione normativa, la disciplina così introdotta non ha comportato alcuna restrizione alla libertà dei giudici di decidere se applicare o meno l’*economic substance doctrine*, occupandosi soltanto di prevedere che, ove tale dottrina sia giudicata applicabile, la stessa deve essere applicata in accordo con le indicazioni fornite dall’art. 7701, lett. o). Lo scopo perseguito da tale normativa è, infatti, soltanto quello di risolvere le segnalate incertezze giurisprudenziali chiarendo una volta per tutte che la dottrina dell’*economic substance*, ove giudicata applicabile, deve essere applicata verificando la compresenza dei due elementi di tipo oggettivo e soggettivo precedentemente ricordati<sup>334</sup>).

Da una prospettiva più generale si può però osservare come l’intervento di codificazione approntato dal legislatore statunitense risponda ad una finalità di più ampio respiro. Nel documento *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act 2010” as Amended, in Combination with the “Patient Protection and Affordable Care Act”*, predisposto dal *Joint Committee on Taxation* istituito presso il Congresso degli Stati Uniti, viene, infatti, osservato che le dottrine sviluppate dalla giurisprudenza per contrastare le condotte elusive, seppur utili nell’amministrazione di un sistema fiscale, risultano per certi versi in contrasto con l’obiettivo di un sistema di tassazione “*rule-based*” come quello statunitense<sup>335</sup>). In tal senso il legislatore statunitense appare pienamente consapevole del fatto che l’opera di codificazione – come già anticipato – è utile ed efficace nella misura in cui risulti capace di rimuovere gli effetti distorsivi degli approcci giurisprudenziali rispetto al ruolo delle regole scritte quale fonte insostituibile di prevedibilità e certezza sulle conseguenze fiscali delle operazioni poste in essere dal contribuente e sui cui quest’ultimo, evidentemente, è portato a fare affidamento nel decidere quale corso di azione intraprendere.

Lo scopo di fondo della codificazione dell’*economic substance doctrine* può, quindi, essere rinvenuto nell’obiettivo di introdurre un correttivo che, seppur operante in via settoriale, dovrebbe contribuire a migliorare la stabilità e affidabilità del sistema fiscale nel suo complesso.

Senonché, la proposta codificazione della dottrina della sostanza economica non sembra essere stata congegnata in modo adeguato rispetto ad un simile obiettivo. L’aspetto che ha destato maggiori preoccupazioni è rappresentato dal fatto che l’art. 7701, lett. o), non

---

<sup>334</sup> La normativa in questione chiarisce, inoltre, la presenza di un *pre-tax profit* può considerarsi prova dell’esistenza di una sostanza economica a condizione che quest’ultimo sia computato al netto degli oneri accessori dell’operazione realizzata dal contribuente (tra cui possono essere incluse le imposte pagate all’estero, previa emanazione di un apposito regolamento sul punto) e il valore attuale del profitto ante imposte così determinato risulti sostanziale rispetto al valore attuale del beneficio fiscale che si otterrebbe qualora l’operazione integrata dal contribuente fosse conservata così come realizzata.

<sup>335</sup> *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act 2010” as Amended, in Combination with the “Patient Protection and Affordable Care Act”*, 21 marzo 2010, p. 142.

solo lascia liberi i giudici di scegliere se applicare o meno la dottrina della sostanza economica, ma inoltre non fornisce nessuna indicazione in merito alle condizioni a cui tale dottrina deve ritenersi “rilevante” rispetto all’operazione realizzata<sup>(336)</sup>. Ed, infatti, per ovviare alle incertezze causate da tale circostanza era stata avanzata la richiesta – respinta dal Tesoro<sup>(337)</sup> – di istituire una *angel list*, ossia un elenco di operazioni non accertabili ai sensi della dottrina oggetto di codificazione<sup>(338)</sup>. Ragionando in questi termini si ha l’impressione che il modello di codificazione approntato dal legislatore statunitense non ponga su un terreno stabile e sicuro l’obiettivo ricercato di rimuovere gli effetti distorsivi delle dottrine giurisprudenziali rispetto ai presupposti di un sistema fiscale “*rule-based*”. Infatti, come osservato dalla dottrina una siffatta opera di codificazione finisce per lasciare del tutto indeterminati i confini di applicazione della normativa così varata che, pertanto, non può che risultare inservibile rispetto ai suoi fini<sup>(339)</sup>. Tale circostanza risulta poi aggravata dal fatto che l’art. 7701, lett. o) è ricco di termini dai connotati estremamente vaghi, come “modificare in modo *significativo* la posizione economica del contribuente” oppure “il profitto potenziale d’una operazione deve essere preso in considerazione ... solo se il valore attuale del profitto ante-imposte che è ragionevole attendersi è *sostanziale* rispetto al valore attuale del profitto netto atteso che si sarebbe ottenuto se l’operazione fosse stata rispettata”<sup>(340)</sup>. L’opera di codificazione così congegnata finisce, quindi, per sollevare numerosi interrogativi mancando di fornire una “guida” chiara ed univoca per i vari operatori – i giudici *in primis* – chiamati ad applicare l’*economic substance doctrine*.

Volendo trarre insegnamento dall’esperienza statunitense appena considerata non può che osservarsi come un’ipotetica proposta di codificazione del principio dell’abuso del diritto nell’ambito dell’ordinamento nazionale dovrebbe quanto meno evitare di tradursi in una mera trasposizione legislativa di quanto affermato dalla giurisprudenza; piuttosto appare opportuno un intervento volto a fornire dei seri e concreti elementi con cui orientare l’azione giurisprudenziale – oltre che amministrativa – nell’applicazione del principio *de quo*. Un utile esempio in tal senso potrebbe essere rinvenuto, più che nell’esperienza Francese, nella normativa antielusiva generale adottata dall’Australia<sup>(341)</sup> – sebbene in tal caso non si possa

---

<sup>336</sup> SULAMI, O., *Tax Abuse - Lessons from abroad*, in *Southern Methodist University Law Review*, 65, 2012, p. 38; American Bar Association, Section of Taxation, *Comments on Notice 2010-62*, 18 gennaio 2011, pp. 2 e segg.

<sup>337</sup> ELLIOT, A.S., *Economic Substance Guidance May Address Rules of Disclosure*, *Treasury Official Says*, in *Tax Notes Today*, 10 giugno 2010, p. 111.

<sup>338</sup> MONTE, J., A., *Jackel Urges Tax Professionals to Comment on Economic Substance Codification*, in *Tax Notes Today*, 14 giugno 2010, p. 114.

<sup>339</sup> PROKUP, J.M., *Codification of the Economic Substance Doctrine- A Legislative Paradox*, in *Taxes*, 89, 2011, p. 19.

<sup>340</sup> GIVNER, B., BARISH, K., *Economic Substance Doctrine: The Curious Case of Codification*, in *Journal of Tax Practice & Procedure*, 12, 2010, p. 24; LIBIN, J.B., *Congress should address tax avoidance head-on: the Internal Revenue Code needs a GAAR*, in *Virginia Tax Review*, 2010, 30, p. 350.

<sup>341</sup> In tal senso è stato affermato che «[a]n outsider looking at the Australian provision would (...) suggest that the eight indicia must be helpful guidance to all the concerned parties in a transaction which may potentially be subject to the GAAR» (*Report to the New Zealand Government*, 2011, § 1.6 predisposta dal *Taxation Committee della New Zealand Law Society*, dal *Corporate Taxpayers Group* e dall’*Institute of Chartered Accountants*, reperibile al seguente indirizzo: <http://email.business.auckland.ac.nz/2011/1121-tax-avoidance>).

parlare di un'opera di codificazione di preesistenti principi giurisprudenziali. Come visto, infatti, l'art. 177D appartenente alla *Part IV A* dell'*Income Tax Act* precisa che per stabilire se una certa operazione è stata o meno realizzata col fine prevalente di eludere le imposte è necessario considerare otto fattori indicati dalla stessa norma<sup>(342)</sup>. Nella stessa ottica può inoltre, essere considerata la clausola antielusiva generale presente in Sud Africa che, come osservato, indica cinque fattori oggettivi che devono essere considerati per stabilire se una certa transazione può o meno considerarsi "normale"<sup>(343)</sup>. Naturalmente, il contenuto di tali fattori cui si riferisce la norma australiana è opinabile e suscettibile di miglioramenti, tuttavia, sul piano del metodo l'ipotesi di indicare degli elementi obiettivi, inerenti anche alla struttura stessa dell'operazione – ad es. sul piano della tempistica –, può evidentemente fornire un valido contributo non solo come mera guida per i giudici e l'Amministrazione, ma anche come mezzo per evitare che i giudizi di elusività vengano presi sulla base di considerazioni arbitrarie e in modo, quindi, non uniforme al variare dei casi. L'accoglimento di una simile impostazione avrebbe, inoltre, importanti ricadute anche sul piano della motivazione degli avvisi di accertamento e quindi della difesa del contribuente, visto che l'Amministrazione dovrebbe approntare la giustificazione dell'accertamento dando conto, con riferimento alle peculiarità del caso concreto, della valutazione di ciascuno dei fattori di giudizio indicati dalla norma antielusiva generale. L'importanza di un tale approccio pare poi essere ulteriormente confermata dal fatto che nell'ambito della ricordata raccomandazione n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, la Commissione UE ha invitato gli Stati membri ad adottare una clausola generale antiabuso fondata sul concetto di costruzione artificiosa richiedendo altresì che venga previsto un elenco di fattori obiettivi sulla base dei quali poter verificare la presenza di una simile costruzione<sup>(344)</sup>.

---

<sup>342</sup> Di seguito si riporta un estratto della norma: «(a) the manner in which the scheme was entered into or carried out; (b) the form and substance of the scheme; (c) the time at which the scheme was entered into and the length of the period during which the scheme was carried out; (d) the result in relation to the operation of this Act that, but for this Part, would be achieved by the scheme; (e) any change in the financial position of the relevant taxpayer that has resulted, will result, or may reasonably be expected to result, from the scheme; (f) any change in the financial position of any person who has, or has had, any connection (whether of a business, family or other nature) with the relevant taxpayer, being a change that has resulted, will result or may reasonably be expected to result, from the scheme; (g) any other consequence for the relevant taxpayer, or for any person referred to in paragraph (f), of the scheme having been entered into or carried out; (h) the nature of any connection (whether of a business, family or other nature) between the relevant taxpayer and any person referred to in paragraph (f)».

<sup>343</sup> Art. 80C, *Income Tax Act* 1962.

<sup>344</sup> Si riporta di seguito la disposizione in commento contenuta all'art. 4.4 della citata raccomandazione: «per determinare se la costruzione o la serie di costruzioni è artificiosa, le autorità nazionali sono invitate a valutare se presenta una o più delle seguenti situazioni: (a) la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme; (b) la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale; (c) la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente; (d) le operazioni concluse sono di natura circolare; (e) la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa; (f) le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali».

## 1.2 Codificazione e profili procedurali: la via intrapresa dal Legislatore nazionale

Come anticipato appare però eccessivamente semplicistica la visione secondo cui i problemi dell'elusione fiscale, anche con specifico riferimento alle difficoltà sollevate dall'affermazione pretoria del principio dell'abuso del diritto, possano essere risolti con un semplice intervento di codificazione. Infatti, al di là delle intrinseche imperfezioni dell'opera di codificazione, sono i suoi stessi presupposti ad essere poco saldi. Se si pensa, infatti, al contesto nazionale, dove il principio dell'abuso del diritto – come visto in precedenza – ha trovato una giustificazione sovraordinata rispetto alla legge (e agli atti aventi forza di legge), non sembra possa escludersi che la giurisprudenza, facendo diretta applicazione della carta costituzionale, possa giungere nuovamente a scavalcare le disposizioni legislative con cui si tentava di orientare l'azione della stessa giurisprudenza. Certamente, un'opera di codificazione potrebbe rendere meno agevole questo tipo di reazione, soprattutto laddove – come suggerito dalla dottrina<sup>345</sup> – la codificazione *de qua* venga attuata mediante una legge costituzionale<sup>346</sup>. Tuttavia, come già osservato, una qualsivoglia opera di codificazione di una clausola generale si presta ad assumere vita propria nelle mani dei vari soggetti di volta in volta chiamati ad applicarla. È evidente, infatti, che per quanto ben formulata una clausola antielusiva generale – sia pure di codificazione di principi e dottrine giurisprudenziali di lunga tradizione – è pur sempre una norma a fattispecie aperta che per essere applicata richiede un particolare, e non semplice, esercizio di integrazione valutativa con cui riempire di contenuto, rispetto alle peculiarità del caso concreto, i concetti da cui dipende la stessa portata espansiva di tali norme e da cui deriva, come sottolineato, la loro stessa funzione di “valvole” rispetto alle naturali rigidità di un qualsiasi sistema normativo – soprattutto ove quest'ultimo mostri una costruzione di tipo casistico come nel caso dell'attuale sistema tributario nazionale. Non sembra, quindi, del tutto inappropriata l'opinione espressa da parte della dottrina secondo cui «*la certezza del diritto in materia di elusione non può essere soddisfatta irrigidendo le norme, ma aumentando gradatamente la sensibilità di chi deve applicarle*»<sup>347</sup>.

Muovendo da questa prospettiva appare di centrale importanza che l'opera di codificazione si concentri anche – e forse in modo prevalente – sui profili procedurali inerenti l'applicazione al caso concreto della clausola generale.

Se è vero, infatti, che per poter applicare tali clausole è necessario – come poc'anzi ricordato – una particolare attività di integrazione valutativa da parte dei vari soggetti chiamati ad applicarla, tra cui sicuramente anche l'Amministrazione finanziaria, appare di estrema utilità, al fine di garantire un controllo preventivo su tale attività, prevedere che l'applicazione del principio dell'abuso del diritto sia possibile solo nell'ambito di un preventivo ed ineludibile spazio di confronto tra Fisco e contribuente. Infatti, ancorché una mera opera di chiarificazione del principio dell'abuso non possa che aumentare – rispetto ad

---

<sup>345</sup> FEDELE, A., *Assetti negoziali e forme d'impresa tra opponibilità, simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 12, 2010, pp. 1119-1120.

<sup>346</sup> Ipotesi che, tuttavia, non risulta ancora essere stata presa in considerazione dal Legislatore.

<sup>347</sup> LUPI, R., *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999p. 276.

una soluzione interamente affidata alla giurisprudenza – il grado di certezza del sistema tributario nel suo complesso<sup>348</sup>), offrendo, soprattutto nei sistemi basati sull'autotassazione (come quello nazionale), un importante elemento di orientamento per il contribuente chiamato a liquidare le proprie imposte<sup>349</sup>), ciò non toglie che in assenza di uno spazio di confronto, legislativamente previsto e dettagliatamente disciplinato, tra Fisco e contribuente tali norme finirebbero per essere applicate in modo “cieco” ed autoreferenziale. Pertanto, in assenza di una specifica disciplina procedimentale, verrebbe a mancare in primo luogo un opportuno banco di prova per la “sensibilità” giuridico-economica dell'Amministrazione finanziaria di fronte alle opposte istanze avanzate dal contribuente prima che questa si traduca in una pretesa impositiva definitiva; in aggiunta verrebbe a mancare l'indicazione legislativa in merito alle *modalità* di applicazione del principio in commento al fine di garantire un bilanciamento tra l'interesse dell'Amministrazione ad un'azione efficiente e l'interesse del contribuente di essere opportunamente tutelato rispetto all'esercizio di un potere di accertamento particolarmente penetrante come quello fondato sul principio *de quo*.

Rispetto all'ipotesi di una estensione al nostro ordinamento dell'approccio statunitense si ritiene che l'opera di codificazione non debba limitarsi ad una “chiarificazione” dei rimedi antielusivi individuati dalla giurisprudenza, ma che debba altresì provvedere ad un loro inquadramento all'interno di una disciplina di più ampio respiro attenta anche agli aspetti procedurali.

In questo senso può considerarsi particolarmente istruttiva l'esperienza francese. Nel caso della Francia, infatti, sebbene l'opera di codificazione in senso stretto del principio dell'abuso del diritto possa ritenersi eccessivamente accondiscendente nei confronti della posizione della giurisprudenza, può sicuramente affermarsi che sul piano del procedimento il legislatore ha assunto una posizione di chiara discontinuità riconducendo il principio *de quo* nell'alveo di uno specifico procedimento caratterizzato dalla presenza di talune importanti garanzie per il contribuente – peraltro potenziate rispetto a quelle preesistenti grazie alla nuova composizione del Comitato per l'abuso del diritto fiscale (ora partecipato non solo da membri di nomina governativa, come avveniva in passato, ma anche da componenti delle professioni contabili e giuridiche).

Un simile conesto sembra, peraltro, aver ispirato lo stesso Legislatore nazionale del Disegno di Legge “*Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente ed orientato alla crescita*”, n. 5291 presentato il 15 giugno 2012 ed approvato dalla Camera il 12 ottobre 2012. Nella relazione illustrativa alla versione presentata il 15 giugno 2012 veniva, infatti, affermato che «[l]e esperienze maturate in altri Paesi (come Francia e Germania) mostrano che la codificazione della nozione di abuso è la via maestra per dare alle imprese un quadro di certezza e stabilità normative e amministrative. In questi Paesi si è intervenuti legislativamente: è stata ampliata la portata delle norme antielusive esistenti e sono state al contempo rafforzate le garanzie procedurali per i contribuenti»<sup>350</sup>).

<sup>348</sup> COOPER, G.S., *International experience with general anti-avoidance rules*, in *Southern Methodist University Law Review*, 54, 2011, p. 83.

<sup>349</sup> LUPI, R., *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999 p. 278.

<sup>350</sup> Disegno di Legge, 15 giugno 2012, n. 5291, p. 6.

Tuttavia, i criteri e i principi direttivi considerati nel citato disegno di legge non sembrano aggiungere molto rispetto al concetto di abuso del diritto elaborato dalla Cassazione. Con riferimento all'enunciazione del principio dell'abuso del diritto – di cui il presente disegno di legge propone una “definizione” – il Legislatore delegante risulta, infatti, essersi attestato su una posizione di passivo recepimento della formulazione datane dai giudici di legittimità<sup>(351)</sup>. Similmente, il concetto di valida ragione extrafiscale risulta totalmente appiattito su quello individuato dalla Cassazione a partire dalla sentenza n. 1372/2011<sup>(352)</sup>.

Ala luce di questo sostanziale appiattimento sulla posizione della giurisprudenza, il disegno di legge delega in commento – ove mai fosse stato attuato – avrebbe probabilmente mancato il proprio obiettivo di «*contemperare l'aspettativa delle imprese di operare in un quadro più stabile e certo con la necessità per il fisco di disporre di uno strumento più efficace per la lotta ai fenomeni elusivi*»<sup>(353)</sup>.

Peraltro, anche sul piano procedimentale il disegno di legge in commento appare solo in parte conforme alle aspettative. Se è vero, infatti, che con i principi e criteri direttivi indicati alle lett. dalla d) alla f) del comma 1 dell'art. 3 del predetto Disegno di legge il principio dell'abuso del diritto viene ricondotto nell'alveo di un procedimento applicativo unificato dotato di alcune importanti garanzie per il contribuente, come una espressa disciplina dell'*onus probandi* e l'obbligatorietà del contraddittorio procedimentale, è pur vero che rispetto all'esperienza francese, in cui tali garanzie sono state nettamente potenziate in seguito all'intervento di riforma dell'art. L 64 del *Livres des procédures fiscal*, il disegno di legge in esame ne comporta, invece, una sensibile riduzione rispetto a quanto ad oggi offerto dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73. Non può, infatti, non rilevarsi che, nella sua versione definitiva, il testo in commento non prevede più né la postergazione della riscossione delle sanzioni e degli interessi dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale<sup>(354)</sup>, né la tutela del diritto di difesa del contribuente in ogni stato e grado del giudizio – presenti, invece, nella versione del 15 giugno 2012 del medesimo disegno<sup>(355)</sup>.

---

<sup>351</sup> La lett. a), comma 1, dell'art. 3 del disegno di legge delega in commento prevede infatti che «[i]l Governo è delegato ad attuare, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di introdurre il principio generale del divieto dell'abuso del diritto, esteso ai tributi non armonizzati, in applicazione dei seguenti principi e criteri direttivi: a) definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione».

<sup>352</sup> La lett. b), n. 2), del medesimo comma del citato art. 3 prevede, infatti, che si considerano “ragioni extrafiscali” anche «*quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente*».

<sup>353</sup> Disegno di Legge, 15 giugno 2012, n. 5291, p. 5. Curiosamente, una tale difficoltà viene segnalata anche nel dossier n. 140/2012 del Servizio del Bilancio del Senato predisposto con riferimento all'esame da parte del Senato del citato disegno di legge n. 5291 (Atto Senato n. 3519), ove si legge che «*la non univocità e la genericità dei criteri di delega indicati rendono probabile che residuerà ancora spazio alla giurisprudenza nella definizione della fattispecie dell'abuso del diritto*».

<sup>354</sup> Tale disposizione è stata eliminata in seguito al parere della Commissione Giustizia secondo cui «*l'articolo 3 [già articolo 5], comma 1, lettera g), nel prevedere il pagamento di “sanzioni”, si pone in contrasto con il principio di legalità, dal momento che finirebbe per configurare l'esistenza di un illecito tributario in assenza di un precetto determinato dalla cui violazione far discendere la sanzione stessa e che non potrebbe certo essere sostituito da un principio di portata generale non idoneo ad assicurare la*



È facile, quindi, osservare come – ove mai tale proposta di codificazione avesse trovato una concreta traduzione legislativa – la stessa non avrebbe affatto risolto i problemi precedentemente segnalati con riferimento al cosiddetto “abuso dell’abuso del diritto” lasciando, in particolare, del tutto impregiudicata la possibilità del giudice di rilevare *ex officio* la natura abusiva della fattispecie sottoposta alla sua attenzione (vanificando, quindi, la stessa iniziativa legislativa di introdurre un procedimento applicativo per l’abuso del diritto dotato di specifiche ed inderogabile garanzie a tutela della posizione del contribuente). In altri termini, seguendo l’approccio alla base della proposta di codificazione in commento, il Legislatore, preso atto della crisi del modello di clausola antielusiva recato dall’art. 37-bis, avrebbe finito per accogliere in modo quasi del tutto passivo il diverso modello di clausola antielusiva suggerito dalla Corte di Cassazione e capace di operare in modo del tutto autonomo rispetto all’esistenza di uno specifico procedimento applicativo operante sul piano dell’azione amministrativa<sup>(356)</sup>.

Peraltro, così operando il Legislatore nazionale pare muoversi in una direzione opposta a quella indicata dalle varie esperienze straniere precedentemente considerate. Oltre al caso della Francia si è, infatti, osservato che le modalità con cui Paesi come la Spagna ed il Canada – ed in parte anche l’Australia – hanno disciplinato le modalità applicative delle rispettive clausole antielusive generali testimoniano una tendenziale ritrosia ad ammettere che tali norme possano essere applicate in modo diretto dal giudice. In particolare, come evidenziato in precedenza, negli ordinamenti appena citati risulta istituito – seppur a vario titolo – un apposito organo consultivo per l’applicazione della clausola antielusiva generale. Nel caso specifico della Francia e della Spagna tale organo riveste inoltre una funzione non soltanto consultiva, atteso che ha il compito di rilasciare pareri che, nel caso della Spagna, hanno un effetto vincolante per il destinatario, mentre nel caso della Francia producono

---

“certezza del diritto”» (p. 8). Tuttavia, così operando, pare essersi riprodotta la situazione preesistente in cui, stante il silenzio del Legislatore, risultava dubbia la legittimità delle sanzioni nei confronti degli autori delle condotte elusive.

<sup>355</sup> Si riporta di seguito il testo della disposizione in commento nella sua versione originale: «f) prevedere specifiche regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l’amministrazione finanziaria e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento e in ogni stato e grado del giudizio tributario; f) prevedere specifiche regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l’amministrazione finanziaria e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento tributario. g) prevedere che, in caso di ricorso, le sanzioni e gli interessi sono riscuotibili dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale» (p. 8).

<sup>356</sup> Sul punto il Comitato per la Legislazione, in seguito all’esame dell’originario disegno di legge presentato in data 15 giugno 2012, aveva inoltre espresso una perplessità di fondo in merito alla portata della proposta codificazione. In particolare, nel parere rilasciato dal predetto Comitato, si legge che «l’articolo 3 [già articolo 5], comma 1, che contiene la delega ad attuare la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell’abuso del diritto, non appare sufficientemente determinato alla luce del diritto vivente che contempla due forme di elusione tributaria e cioè quella “codificata” e di cui all’articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 600/1973 e quella del cosiddetto “abuso non codificato”; non risulta chiaro se la volontà del legislatore delegante sia rivolta ad eliminare l’elencazione tassativa delle operazioni cui è collegata l’inopponibilità al fisco, sostituendola con una disposizione di carattere generale contenente, in via di principio, il divieto di ricorrere ad operazioni elusive ovvero ad affiancare alla disciplina vigente anche una norma di principio di tale portata». In seguito a tali osservazioni la versione definitiva del disegno di legge in commento non si riferisce più alla mera “introduzione” del principio dell’abuso del diritto, ma più correttamente all’ “unificazione” dell’attuale normativa antielusiva al contenuto del principio in commento.

l'effetto di invertire l'onere della prova in capo al soggetto (Fisco o contribuente) che non vi si adegui. Nel caso della Spagna, inoltre, l'Amministrazione è tenuta ad interpellare tale organo prima di applicare la clausola antielusiva generale, mentre nel caso della Francia l'attivazione di tale organo è facoltativa sebbene – diversamente dal caso della Spagna – possa essere richiesta anche dal contribuente stesso. Ad ogni modo, in entrambi i Paesi appena citati l'attivazione del predetto organo consultivo deve essere tassativamente espletata nell'ambito dello procedimento di accertamento e non in un contesto parallelo e del tutto eventuale. Ne discende che così concepito il procedimento di accertamento antielusivo viene ad assumere un maggior grado di imparzialità rispetto ad un modello, come ad es. quello recato dall'attuale art. 37-bis, basato soltanto sull'attivazione di un contraddittorio endoprocedimentale tra Fisco e contribuente. È evidente, infatti, che in tale ultima ipotesi, per quanto venga ad essere definita una importante ed irrinunciabile occasione di partecipazione in chiave difensiva del contribuente all'attività di accertamento del Fisco, il confronto tra quest'ultimo ed il contribuente continua a rimanere del tutto sfornito di un adeguato elemento di controllo di natura esterna rispetto agli interessi in gioco. In tal senso, rispetto ad una possibile ipotesi di codificazione del principio dell'abuso del diritto, le soluzioni procedurali adottate dalla Spagna e dalla Francia appaiono di particolare interesse e potrebbero costituire dei validi modelli di confronto per giungere ad un tendenziale miglioramento dell'attuale assetto che contraddistingue il contesto nazionale<sup>357</sup>). Meno interessanti sembrano, invece, essere gli spunti provenienti dall'Australia, Canada e Sud Africa. Come visto, infatti, nel caso del Sud Africa risulta del tutto assente la figura del "GAAR Committee" ossia di un organo terzo, anche solo con funzione consultiva, capace di inserirsi nell'ambito del procedimento di accertamento al fine di vagliare in chiave critica ed imparziale la posizione del Fisco. Piuttosto, il legislatore sudafricano risulta aver adottato un modello non poi così distante da quello alla base dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73 in

---

<sup>357</sup> In particolare, tali esempi potrebbero essere considerati al fine di rivalutare l'esperienza dell'ormai soppresso Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive (disposta dall'art. 29 co. 4 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223). In particolare, la figura di un simile comitato potrebbe essere riconsiderata prevedendone l'esistenza non come organo di seconda istanza attivabile nell'ambito soltanto in via eventuale nell'ambito di una particolare procedura d'interpello, bensì come organo necessario del procedimento di accertamento. Infatti, in forza della normativa previgente, il Comitato poteva essere attivato soltanto previa istanza di interpello ai sensi dell'art. 21, L. 30 dicembre 1991, n. 413 da indirizzare alla Direzione centrale normativa e contenzioso dell'Agenzia delle Entrate e a condizione che quest'ultima abbia mancato di rispondere entro il termine di 60 giorni oppure ove abbia risposto ma il contribuente non intenda uniformarsi al parere così reso dall'Agenzia (ZOPPINI, G., *Lo strano caso delle procedure di interpello in materia di elusione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2002, p. 993). Viceversa, volendo trarre spunto dalle esperienze di Francia e Spagna, il ruolo di un simile comitato dovrebbe essere quello di rilasciare un parere all'Amministrazione finanziaria senza il quale quest'ultima non può ritenersi legittimata ad applicare la clausola antielusiva generale e, quindi, a confezionare il relativo avviso di accertamento. Quanto agli effetti di un simile parere va osservato che il regime previgente si era già orientato in una direzione conforme all'approccio francese prevedendo che nella fase contenziosa l'onere della prova fosse posto a carico della parte che non si era uniformata al parere (art. 21, comma 3, L. 413/1991). Sulla ipotetica terzietà di tale Comitato rispetto all'Amministrazione finanziaria la dottrina si è espressa in senso negativo osservando che ai sensi del comma 1 dell'art. 21 citato tale organo risulta alla dipendere direttamente del Ministero delle finanze e i suoi componenti sono nominati con apposito decreto del predetto ministro (ZOPPINI, G., *op. cit.*, p. 1006; ZIZZO, G., *Diritto d'interpello e ruling*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1992, p. 50; CONSOLO, G., *I "pareri" del comitato per l'applicazione della normativa antielusiva e la loro sfuggente efficacia*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1993, p. 961).

quanto il procedimento previsto viene ad esaurirsi nella previsione di uno spazio di confronto tra Fisco e contribuente. Il ricordato art. 80J dell'*Income Tax Act* prevede, infatti, che prima di applicare la clausola antielusiva l'Amministrazione deve notificare un'apposita informativa al contribuente nei cui confronti quest'ultimo può compiere entro 60 giorni delle osservazioni scritte rispetto alle quali l'Amministrazione, se ritiene di procedere con l'accertamento, è tenuta a rispondere entro 180 giorni dalla loro ricezione. In tal senso il modello procedimentale desumibile dall'ordinamento sudafricano non sembra dotato di particolari elementi di novità rispetto al contesto nazionale. Ancor meno interessante è il caso dell'Australia dove il *GAAR Committee* – al di là del fatto che non risulta neanche previsto a livello legislativo, ma è stato attivato su iniziativa dell'Amministrazione finanziaria – ha funzioni puramente consultive non potendo, inoltre, essere invocato dal contribuente ma soltanto dall'Amministrazione che, in aggiunta, non è in alcun modo vincolata a seguirne le determinazioni. Pertanto, come già sottolineato, l'esempio australiano appare del tutto inservibile rispetto allo scopo di definire delle opportune garanzie procedurali ai fini dell'applicazione della clausola antielusiva generale. Similmente, anche rispetto all'esempio del Canada, le impostazioni adottate in Francia e Spagna appaiono di maggior interesse. Anche in questo caso, infatti, benché l'attivazione del *GAAR Committee* sia tassativa ed operante in via preliminare rispetto alla notifica dell'avviso di accertamento, non può non sfuggire come l'effetto dei pareri rilasciati da tale Comitato, oltre a non essere vincolante per l'Amministrazione finanziaria, non sortisce nemmeno un'inversione dell'onere della prova a carico del soggetto che ritenga di non uniformarsi. In tal senso l'apporto di una simile impostazione rispetto all'obiettivo di migliorare l'imparzialità ed il controllo preventivo della procedura amministrativa di applicazione della clausola antielusiva generale appare assai limitato.

Sembra, quindi, preferibile che nell'ambito della prospettata operazione di codificazione il Legislatore volga la propria attenzione ad un modello di procedimento caratterizzato, come nel caso della Spagna e della Francia, dalla garanzia di un ineludibile contraddittorio endoprocedimentale (e con finalità collaborativo-difensiva) arricchito dal necessario intervento di un organo terzo diretto a valutare da una prospettiva il più possibile imparziale la posizione del Fisco rilasciando pareri con effetti non puramente consultivi<sup>358</sup>). A tale scopo, come previsto in Francia, appare essenziale che i componenti di un simile organo non siano scelti soltanto tra i funzionari di ruolo dell'Agenzia delle Entrate, ma che siano viceversa presenti anche esponenti del mondo accademico e delle professioni.

Ciò posto, e tornato ai profili sostanziali dell'opera di codificazione in commento, si ritiene opportuno sottolineare come le future proposte legislative dovranno confrontarsi in modo piuttosto diretto con l'indirizzo espresso dalla Commissione UE nella ricordata raccomandazione n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012. Va, infatti, ricordato che con tale intervento la Commissione ha invitato gli stati ad adottare la seguente clausola generale: *«una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio*

---

<sup>358</sup> In questo senso anche AARONSON, G., *A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system*, 2011, pp 26 e segg.

*fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro “sostanza economica”»*<sup>359</sup>). Il confronto del Legislatore nazionale con le indicazioni della Commissione appare di non trascurabile importanza in quanto potrebbe offrire l’occasione per vagliare in modo critico l’approccio della Corte di Cassazione all’abuso del diritto evitando, quindi, che la prospettata opera di codificazione si traduca in uno sterile appiattimento sulla nozione di abuso del diritto individuata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>360</sup>).

Sul punto è intervenuto il Disegno di Legge 25 settembre 2013, n. 1058, con cui viene riproposta, seppur con alcune modifiche, la delega per la riforma del sistema fiscale di cui al precedente disegno di legge n. 3519/2012. Con tale disegno viene ribadita la strada della codificazione del principio dell’abuso del diritto ma all’art. 5, rubricato “*disciplina dell’abuso del diritto ed elusione fiscale*”, viene ora precisato che il Legislatore delegato dovrà coordinare i principi ed i criteri direttivi della delega con quelli contenuti nella ricordata raccomandazione n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012. Ciò dovrebbe, quindi, condurre ad un adeguamento del concetto di abuso del diritto mutuato dalla Corte di Cassazione – e di cui si rinviene implicito richiamo all’art. 5, comma 1, lett. a) del disegno di legge in commento – con il criterio della sostanza economica considerato dalla Commissione Europea tramite il concetto di costruzione di puro artificio. Procedendo lungo questa linea il Legislatore nazionale dovrebbe, pertanto, orientarsi verso una tendenziale rimodulazione del concetto di abuso del diritto alla luce della nozione di costruzione di puro artificio ad oggi non espressamente utilizzata dalla Corte di Cassazione ai fini della formulazione della nozione di abuso del diritto fondata sull’art. 53 Cost.

## 2. L’ABUSO DEL DIRITTO COME SUPERAMENTO DELLA DICOTOMIA TRA FRODE ALLA LEGGE E SOSTANZA ECONOMICA?

### 2.1 *Segnali di convergenza: verso il criterio della sostanza economica*

Seguendo le indicazioni recate dalla citata raccomandazione della Commissione Europea non sembra irragionevole affermare che l’adozione del “linguaggio dell’abuso del diritto” nell’ambito delle clausole antielusive dei vari Paesi membri comporti una tendenziale ridefinizione delle usuali categorie con cui il legislatore era abituato ad inquadrare i fenomeni elusivi. In particolare, gli Stati membri, rispetto ad un generale rinvio

---

<sup>359</sup> Al riguardo, nel corso dell’audizione presso la Commissione finanze della Camera dei deputati del 6 giugno 2013, il Direttore dell’Agenzia delle entrate ha affermato che lo schema di norma antiabuso suggerito dalla Commissione UE si giustificherebbe alla luce di due esigenze: i) «*elasticità della fattispecie al fine di consentire un continuo adattamento della norma antiabuso alle forme di pianificazione fiscale scorretta, sempre in evoluzione*»; ii) «*tendenziale allineamento al modello comunitario di clausola antiabuso, in modo da garantire unità di risposta da parte di tutti gli Stati membri di fronte alle condotte abusive*».

<sup>360</sup> Sul punto merita di essere ricordato che il criterio della sostanza economica cui si riferisce la presente Raccomandazione trova origine nell’evoluzione dell’orientamento della Corte di Giustizia in tema di abuso del diritto nel settore delle imposta non armonizzate. In tale ambito il riferimento alle costruzioni di puro artificio quale criterio per discriminare le condotte abusive rispetto a quelle lecite si giustifica, come visto (*supra* 1.1.2), in ragione del fatto che le libertà protette dal Trattato, in quanto funzionali alla tutela del singolo ed unico mercato comunitario, non possono essere invocate per reclamare protezione nei confronti di operazioni prive di “realità” economica e giustificate, invece, dal mero fine di ottenere un risparmio fiscale.

alla categoria della frode alla legge, dovrebbero riferirsi in modo espresso al criterio della sostanza economica così come declinato nell'ambito della nozione di costruzione di puro artificio elaborata dalla Corte di Giustizia Europea.

E, in effetti, le riforme precedentemente considerate sembrano in parte aver già preparato il terreno ad un simile processo.

Nel caso del Belgio, ad esempio, si è visto che il Legislatore ha inteso riformare l'art. 344 del *Code des impôts sur le revenu* facendo espresso riferimento alla nozione di abuso del diritto e precisando altresì che tale nozione deve essere interpretata in continuità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, facendo riferimento al concetto di “*construction purement artificielle*”. Appare, quindi, piuttosto evidente che l'art. 344 debba essere applicato assegnando una certa rilevanza al criterio della sostanza economica in quanto alla base del concetto di costruzione di puro artificio.

Ad una simile conclusione sembra possibile giungere anche con riferimento al caso della Francia. Non può, infatti, sfuggire che con la ricordata sentenza *Sté Sagal* del 2005 la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, a cui il Legislatore ha fatto espresso riferimento nell'ambito della riforma dell'art. 64, aveva fatto espresso riferimento alla nozione di “costruzione di puro artificio” per giustificare la compatibilità dell'allora vigente clausola antielusiva con il diritto comunitario. A maggior ragione, quindi, l'attuale versione dell'art. L 64 A dovrà essere applicato tenendo presente il significato attribuito dalla giurisprudenza comunitaria al concetto di “costruzione di puro artificio” e, quindi, attribuendo una certa rilevanza al criterio della sostanza economica.

Anche nel caso della Spagna è riscontrabile una certa apertura nei confronti criterio della sostanza economica – sebbene in un'ottica lievemente diversa da quella appena riscontrata. Si è visto, infatti, che l'attuale versione dell'art. 15 della *Ley General Tributaria* contiene un espresso riferimento agli “*efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal*”. Pertanto, la norma *de qua* introduce un espresso riferimento alla sostanza economica quale (ulteriore) *discrimen* tra condotte elusive e legittimo risparmio d'imposta (*economía d'opcion*)<sup>361</sup>. Tuttavia, tenuto conto del fatto che il predetto art. 15 si riferisce in modo paritetico anche agli effetti giuridici, appare più appropriato inquadrare il caso della Spagna nel più ampio contesto della dottrina della *substance over form* <sup>(362)</sup> – di cui evidentemente il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma è un aspetto particolare. In questo senso la posizione della Spagna appare, come già rilevato, più vicina a quella della giurisprudenza britannica ove la prevalenza della sostanza economica non è un dato indiscutibile ed applicabile sempre e comunque, risultando invece utilizzabile soltanto ove i fatti imponibili siano stati costruiti dal legislatore in termini economici.

---

<sup>361</sup> Peraltro, come già osservato, il criterio della sostanza economica non era sconosciuto al legislatore spagnolo atteso che ai sensi del previgente art. 25, poi abrogato dalla L. n. 25/1995, «*el impuesto se exigirá con arreglo la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible*»; la stessa norma precisava, inoltre, che «*cuando el hecho imponible se delimite atendiendo a conceptos económicos el criterio para calificarlos tenderá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las forma jurídicas que se utilicen*».

<sup>362</sup> PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, p. 168.

Gli esempi appena considerati sembrerebbero, quindi, dare atto di una certa convergenza (seppur settoriale) nell'individuazione dei presupposti applicativi della clausola antielusiva facendo riferimento a dei criteri non lontani da quello della sostanza economica cui si riferisce la ricordata raccomandazione del 6 dicembre 2012 della Commissione UE.

L'aver riscontrato una simile convergenza verso il criterio della sostanza economica potrebbe, tuttavia, essere interpretato come il sintomo di un tendenziale assottigliamento dei tradizionali elementi di demarcazione tra gli ordinamenti di *Civil Law* e *Common Law* in tema di elusione fiscale. Ciò confermerebbe l'ipotesi precedentemente avanzata secondo cui, pur non essendo ravvisabile un modello comune di clausola antielusiva generale, risulterebbe comunque possibile ravvisare una circolazione di *modelli* tributari testimoniata dalla presenza di taluni punti di convergenza – come quello verso il criterio della sostanza economica – operanti tra norme antielusive di diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche.

Tale conclusione non dovrebbe però far perdere di vista che nonostante questi “punti di convergenza” le clausole dei paesi di *Civil Law* rimangono pur sempre legate ad una tradizione giuridica in cui il concetto di frode alla legge ha giocato un ruolo preponderante nella progressiva elaborazione del concetto di elusione fiscale e dei connesse rimedi.

Una riprova di tale conclusione può essere rinvenuta riflettendo sulle modalità in cui il medesimo criterio della sostanza economica è utilizzato nell'ambito delle clausole antielusive di tradizione *Common Law* rispetto a quelle di *Civil Law*. Non può, infatti, sfuggire che in Paesi di *Common Law* come l'Australia e la Nuova Zelanda e, più recentemente, la Gran Bretagna, il criterio della sostanza economica finisce per assumere i connotati di un autonomo criterio di tassazione. Infatti, nell'ambito delle clausole adottate da tali Paesi, le imposte eluse non vengono ad essere individuate – come nel caso della Paesi di *Civil Law* (Italia inclusa) – rinviando alle norme aggirate, ma riferendosi agli effetti fiscali che sarebbe ragionevole attendersi considerando direttamente il contenuto economico dei fatti economici ed ignorando la forma giuridica adottata per realizzare l'operazione elusiva<sup>363</sup>). È chiaro, quindi, che l'aver preso atto dell'esistenza di un punto di convergenza con riferimento al criterio della sostanza economica non sembra sufficiente per affermare una sorta di uniformità di approcci tra le clausole presenti nei Paesi di *Common Law* e *Civil Law*.

## 2.2 *Il contenuto del “linguaggio dell'abuso del diritto” e il suo possibile ruolo nell'ambito di un'opera di codificazione*

La conclusione appena raggiunta non sembra essere inficiata dal fatto che alcuni Paesi di *Common Law*, come il Canada, il Sud Africa ed il Regno Unito, abbiano riformulato le previgenti clausole antielusive adottando il “linguaggio dell'abuso del diritto” tipico dei paesi di *Civil Law*. Come visto, infatti, il concetto di “abuso” non viene utilizzato per

---

<sup>363</sup> Per quanto riguarda l'Australia si vedano gli artt. 177C e 177D dell'*Income Tax Act*; con riferimento alla Nuova Zelanda si veda l'art. GA 1 dell'*Income Tax Act*, mentre per quanto concerne la Gran Bretagna si veda l'art. 209 del *Finance Act 2013*, secondo cui «*if there are tax arrangements that are abusive, the tax advantages that would (ignoring this Part) arise from the arrangements are to be counteracted by the making of adjustments. The adjustments required to be made to counteract the tax advantages are such as are just and reasonable*».

definire un particolare rimedio all'elusione fiscale desunto dalla tradizione giuridica continentale di tal ché si possa parlare di uniformità di approcci tra i Paesi di *Civil Law* e di *Common Law*; piuttosto, si è osservato come nei Paesi di *Common Law* il linguaggio dell'abuso del diritto venga perlopiù utilizzato come un semplice rafforzativo, operante sul piano del diritto positivo, di un approccio in larga parte già consolidato sul piano giurisprudenziale e che rinviene nell'interpretazione teleologica, e nell'apprezzamento del *Parliament's intent*, il quadro di riferimento in cui calare l'applicazione della clausola antielusiva<sup>(364)</sup>. Peraltro, anche nei Paesi di *Civil Law* il "linguaggio dell'abuso del diritto" non sembra essere utilizzato per veicolare il riferimento ad unitario e particolare approccio all'elusione fiscale avente carattere di novità rispetto ai rimedi già esistenti. Anzi, come osservato dalla dottrina il concetto di abuso viene usato perlopiù come un «*“catch-all” principle*»<sup>(365)</sup>, ossia come una sorta di contenitore amorfo di diversi criteri con cui discriminare l'elusione fiscale rispetto al legittimo risparmio d'imposta. Ad esempio nel caso della Francia l'abuso del diritto ricomprende sia la simulazione che gli atti "artificiosi" in quanto anormali e realizzati al solo fine di eludere o ridurre le imposte, mentre in Belgio tale concetto è utilizzato con riferimento soltanto a tale ultima ipotesi, ma senza l'ulteriore requisito dello scopo esclusivamente fiscale; similmente, in Germania il concetto di abuso non ricomprende in alcun modo la diversa categoria della simulazione<sup>(366)</sup>, ma si riferisce soltanto all' "abuso delle varietà di forme giuridiche" (*Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*)<sup>(367)</sup> ove per "abuso" – come desumibile dal testo del § 42 dell'*Abgabenordnung* – deve intendersi l'inadeguatezza tra forma giuridica prescelta e risultato economico-sostanziale realizzato<sup>(368)</sup>. Ulteriore esempio in tal senso può essere rivenuto nella recente clausola antiabuso introdotta nel Regno Unito con il *Finance Act* 2013. In tal caso, infatti, il legislatore risulta aver fatto uso di una nozione del tutto peculiare di abuso del diritto, operante quasi come una sorta di sintesi delle varie esperienze europee. In particolare, gli *arrangements* sono definiti abusivi se appaiono irragionevoli rispetto alle circostanze dei casi oggetto di considerazione tenuto conto, da un lato, della coerenza dei loro effetti sostanziali rispetto alle norme tributarie rilevanti e ai principi da esse desumibili e, dall'altro, del fatto che tali effetti siano stati conseguiti con mezzi anomali o tortuosi e abbiano sfruttato delle imperfezioni delle predette disposizioni<sup>(369)</sup>.

<sup>364</sup> KUJINGA, B., *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>365</sup> DE MONÉS, S., DURAND, P. H., MANDELBAUM, J. F., KLEIN, M., NIEMANN, A., MANZITTI, A., CANALEJO LASARTE, G., MARÍN BENÍTEZ, G., J. AIRS, G., *Abuse of Tax Law across Europe (pt. I)*, in *EC Tax Review*, 2, 2010, p. 85.

<sup>366</sup> MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 239.

<sup>367</sup> Si è adottata la traduzione in italiano presente in MELIS, G., *ibidem*.

<sup>368</sup> VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1606.

<sup>369</sup> Art. 207, comma 2: «[t]ax arrangements are "abusive" if they are arrangements the entering into or carrying out of which cannot reasonably be regarded as a reasonable course of action in relation to the relevant tax provisions, having regard to all the circumstances including (a) whether the substantive results of the arrangements are consistent with any principles on which those provisions are based (whether express or implied) and the policy objectives of those provisions, (b) whether the means of achieving those results involves one or more contrived or abnormal steps, and (c) whether the arrangements are intended to exploit any shortcomings in those provisions».

Le considerazioni appena svolte offrono, tuttavia, l'occasione per rilevare come l'utilizzo del concetto di abuso del diritto, pur risultando non univoco, appaia comunque snodarsi lungo due elementi fondamentali: l'anormalità delle forme giuridiche e la carenza di una sottostante sostanza economica (sovente apprezzata dal lato teleologico come assenza di un prevalente scopo diverso da quello del perseguimento di un risparmio d'imposta). Vi sarebbe, dunque, una certa conferma di quanto ipotizzato in precedenza (*supra* Cap. I, § 2.1.2) secondo cui le diverse prospettive dell'anomalia delle forme negoziali e dello scopo economico (o della una sostanza economica) non sembrerebbero tra loro in contraddizione, ma costituiscono diverse prospettive da cui poter cogliere il medesimo fenomeno dell'elusione fiscale: l'anormalità delle forme giuridiche vale a segnalare la possibile assenza di uno scopo economico e quest'ultimo (se presente) serve per accertare l'eventuale giustificazione extrafiscale di tale anomalia cosicché possa essere esclusa la sottostante presenza di una finalità elusiva. Aspetto, questo, che sembra essere confermato dalla stessa formulazione del principio dell'abuso del diritto offerta dalla Corte di Cassazione atteso che quest'ultimo si risolve in un generale di divieto di trarre indebiti vantaggi fiscali mediante l'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 giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

Peraltro, come sottolineato con riferimento alla clausola antielusiva presente in Sud Africa<sup>(370)</sup>, l'esclusivo riferimento al criterio dell'anormalità delle forme giuridiche potrebbe rivelarsi non pienamente efficace. Infatti, le operazioni un tempo qualificabili "anormali", e quindi potenzialmente elusive, finiscono progressivamente per divenire del tutto "normali" in forza di una crescente diffusione e circolazione dei modelli elusivi che porta sempre più a strutturare determinate operazioni secondo dei medesimi e ricorrenti schemi negoziali. In tal senso un esclusivo riferimento al concetto di "anormalità delle forme giuridiche" quale criterio guida per circoscrivere le condotte elusive appare destinato a perdere, progressivamente, la sua rilevanza visto che ciò che un tempo si mostrava come "atipico" si presta, sovente, a diventare il mezzo "tipico" per raggiungere determinati risultati al crescere delle complessità e della sofisticazione delle esigenze economiche dei vari operatori presenti sul mercato<sup>(371)</sup>. Viceversa, è solo in connessione con il criterio della sostanza economica – come testimoniato proprio dall'esempio del Sud Africa<sup>(372)</sup> – che l'ulteriore criterio dell'anormalità delle forme giuridiche – come suggerito in precedenza – può acquistare e conservare l'utilità che gli è propria.

In questo senso un'ipotetica operazione di codificazione dell'abuso del diritto sembra destinata a concretizzarsi, in linea con quanto avvenuto nei citati ordinamenti stranieri,

---

<sup>370</sup> Si veda CASSIDY, J., *The holy grail: the search for the optimal GAAR*, in *South African Law Journal*, 126, 2009, p. 740.

<sup>371</sup> Si pensi ad es. al caso delle operazioni di *leverage buy out* un tempo isolate ed ora diffusamente utilizzate, e quindi difficilmente qualificabile come "anormali", nelle operazioni di acquisizione e riorganizzazione aziendale. Per un recente esame della questione si veda ROSSI, L., *Leveraged buy out. Gli illegittimi accertamenti del fisco italiano*, in *Boll. Trib.*, 1, 2013, p. 18.

<sup>372</sup> Si ricorda, infatti, che la formulazione della previgente clausola antielusiva sudafricana si basava soltanto sul criterio della anomalia delle forme giuridiche, senza porre alcun riferimento alla sostanza economica sottostante (cfr. *supra* Cap. IV, § 2.4.1).



assegnando al concetto di abuso il ruolo di punto di convergenza delle due diverse prospettive dell'anomalia delle forme giuridiche e della carenza di scopo economico o sostanza economica (o comunque extra fiscale). Solo in questa particolarissima accezione – ossia come momento di sintesi tra “anomalia delle forme giuridiche” e “carenza di scopo economico” – sembra potersi affermare che il “linguaggio dell'abuso del diritto” ha contribuito a veicolare una diversa visione dei fenomeni elusivi superando in un certo qual senso la tradizionale dicotomia tra frode alla legge e ruolo della sostanza economica.

### 3. LA PUNIBILITÀ DELL'ELUSIONE FISCALE: UN MODELLO SANZIONATORIO A PIÙ LIVELLI?

La questione dei profili di diritto punitivo connessi all'introduzione di una clausola antielusiva generale si presenta senza dubbio come uno degli aspetti di maggior criticità nell'ambito di una disciplina antielusiva generale. Come osservato in precedenza sussistono, infatti, non pochi dubbi in merito alla possibilità di utilizzare l'attuale art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73 come punto di partenza per attribuire una qualche rilevanza sanzionatoria alle fattispecie elusive di tipo generale. In particolare, di non semplice soluzione appare il problema connesso alla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie ricavate in modo diretto ed automatico dall'applicazione dell'art. 37-bis o di una norma (scritta) antielusiva generale formulata in modo simile<sup>(373)</sup>. Tale ipotesi, come rilevato, è stata sostenuta dalla Corte di Cassazione a partire dalle sentenze n. 25537/2011 e n. 7739/2012 secondo cui le ipotesi di “elusione codificata” accertabili in base ad una norma quale l'art. 37-bis rientrerebbero nell'ambito di applicazione della sanzione, sia amministrativa che penale, per dichiarazione infedele.

La questione sembra peraltro porsi in termini dilemmatici ove si volesse continuare a mantenere un approccio – accolto ad es. in Francia – in termini di equivalenza tra fattispecie rilevanti sul piano dell'accertamento e quelle rilevanti ai fini punitivi – soprattutto in ambito penale. È, infatti, evidente come l'idea stessa di una clausola antielusiva generale imponga di definire la fattispecie astratta di riferimento in termini ampli<sup>(374)</sup>, 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<sup>(375)</sup>.

---

<sup>373</sup> A tale riguardo può essere utile ricordare che simili perplessità sono state espresse, come già ricordato, anche dal *Comitato per la legislazione* in seguito all'esame della versione originale del disegno di legge delega n. 5291/2012 poi recuperato con il successivo disegno n. 1058/2013. Va, infatti, ricordato che con riferimento a quanto previsto dall'originaria formulazione dei criteri di delega in materia di riforma dell'abuso del diritto, il citato Comitato osservare che «l'articolo 3, comma 1, lettera g), nel prevedere il pagamento di “sanzioni”, si pone in contrasto con il principio di legalità, dal momento che finirebbe per configurare l'esistenza di un illecito tributario in assenza di un precetto determinato dalla cui violazione far discendere la sanzione stessa e che non potrebbe certo essere sostituito da un principio di portata generale non idoneo ad assicurare la “certezza del diritto”» (p. 8).

<sup>374</sup> Sul punto ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrines as a means of controlling tax avoidance: which is better (What would John Tiley think?)*, *Comparative Perspectives on Revenue Law. Essays in Honour of John Tiley*, Cambridge University Press, 2008, p. 18.

<sup>375</sup> Cfr. LUNGHINI, G., *Elusione e principio di legalità: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Riv. dir. trib.*, III, 5, 2006, p. 669.

### 3.1 Dubbi in merito alle soluzioni adottate in Spagna e Francia

Per superare una tale *impasse* una prima – e radicale – ipotesi di lavoro potrebbe trarre ispirazione dalla scelta compiuta dal legislatore spagnolo che con l'art. 15, ultimo periodo, della *Ley General Tributaria*, ha espressamente escluso – salvo alcune incertezze sul piano penalistico<sup>(376)</sup> – che dall'applicazione della clausola antielusiva generale possa discendere l'irrogazione di una qualsiasi sanzione<sup>(377)</sup>.

Un tale approccio, per quanto garantista, non sembra una risposta adeguata al problema in questione. È chiaro, infatti, che in tal caso non vi sarebbe alcun deterrente alla realizzazione di schemi elusivi, la cui “convenienza” rispetto alle condotte evasive risulterebbe, quindi, d'immediata comprensione: in caso di accertamento il contribuente dovrà semplicemente restituire quanto non pagato, ma nel frattempo avrà potuto lucrare sul flusso di cassa generato dal risparmio fiscale conseguito<sup>(378)</sup>. Inoltre, di fronte alla chiara rilevanza sanzionatoria delle condotte evasive, quelle elusive, ancorché idonee, come le prime, a pregiudicare la corretta percezione del tributo, finirebbero per risultare del tutto estranee all'area degli illeciti tributari. Il sistema sanzionatorio risulterebbe, perciò, oltre che inefficiente, anche non proporzionato ed iniquo atteso che, sul piano dell'effetto, l'elusione, al pari dell'evasione, determina pur sempre un pregiudizio all'erario.

Esigenze di maggior proporzionalità rispetto alle sanzioni irrogate nei confronti delle condotte evasive potrebbero, tuttavia, far propendere per una diversa impostazione del problema fondata su una diretta rilevanza sanzionatoria delle condotte elusive<sup>(379)</sup>. Si potrebbe così ritenere preferibile un approccio fondato sull'introduzione, da un lato, di una norma sanzionatoria espressa per l'elusione (codificata) e, dall'altro, di adeguati elementi specializzanti all'interno della clausola antielusiva generale in modo tale da rendere ben determinate le fattispecie oggetto della predetta sanzione. Una simile impostazione può essere rivenuta nell'ordinamento francese ove ai sensi dell'art. 1729 del *Code Général des Impôts* viene disposta l'espressa punibilità in via amministrativa delle condotte elusive individuate dalla clausola generale prevista dall'art. 64 A del *Livre des procédures fiscales* che, a sua volta, risulta applicabile – con riferimento agli atti non fittizi – soltanto ove le condotte considerate non risultino giustificate da nessun altro motivo se non quello di evitare o attenuare l'onere fiscale. Pertanto, ancorché la fattispecie astratta definita dal citato art.

<sup>376</sup> Si veda *supra* Cap. IV, § 1.3.4.

<sup>377</sup> Sono, tuttavia, sorti dubbi sull'ambito di tale previsione – ossia se debba intendersi riferita anche alle sanzioni penali. Sul punto PALAO TABOADA, C., *La Aplicación de Las Normas Tributarias Y la Elusión Fiscal*, Valladolid, 2009, p. 188 e segg.

<sup>378</sup> Sul punto si veda il documento rilasciato in data 11 marzo 2011 dall'Amministrazione finanziaria britannica denominato *Tackling tax avoidance* (in particolare p. 9) nonché il *report* finale *Tax Avoidance: a General Anti-Avoidance Rule (GAAR) – background history*, p. 13, pubblicato dalla *House of Commons* il 3 maggio 2012.

<sup>379</sup> Si noti, peraltro, che l'ipotesi di escludere *ex lege* l'elusione fiscale dal novero delle condotte illecite sul piano penale era stata considerata anche dal Legislatore nazionale in una prima stesura del Disegno di legge delega per la riforma del sistema fiscale, 15 giugno 2012, n. 5291 (Sul punto DE MITA, E., *I confini dell'abuso del diritto e la rilevanza penale dei comportamenti elusivi*, in *Corr. trib.*, 33, 2012, p. 2509). Tale ipotesi, come si vedrà meglio in seguito, è stata sostituita da un diverso approccio in cui non viene esclusa sotto ogni profilo la rilevanza sanzionatoria dell'elusione fiscale sebbene, ai fini penali, venga richiesto un intervento volto a precisare i confini che separato l'elusione dall'evasione.

1729 non risulti modellata in modo specifico sui tratti oggettivi delle condotte elusive, la sua applicazione nei confronti delle condotte elusive potrebbe comunque ritenersi in linea con il requisito di determinatezza poiché, per effetto del rinvio all'art. 64 A, verrebbe comunque limitata ai soli casi in cui la condotta assunta dal contribuente sia motivata in via esclusiva da finalità fiscali. Si noti, peraltro, che ai sensi del secondo comma dell'art. 64 A del *Livre des procédures fiscales* il contribuente, in caso di disaccordo con il contenuto dell'avviso di accertamento ricevuto, ha la facoltà di rivolgersi ad un apposito Comitato per l'abuso del diritto al cui parere l'Amministrazione dovrà uniformarsi. Pertanto, anche da un punto di vista procedimentale, l'irrogazione della predetta sanzione verrebbe ad essere disposta solo dopo un'attenta ed imparziale valutazione del caso concreto. Un tale approccio potrebbe, quindi, ritenersi idoneo a fugare, o quanto meno attenuare, anche le perplessità di chi intravede della rilevanza sanzionatoria delle clausole antielusive generali il rischio che le stesse siano utilizzate in chiave aggressiva e non meramente difensiva da parte del Fisco<sup>(380)</sup>.

Tuttavia, una possibile difficoltà dell'approccio appena segnalato potrebbe essere rinvenuta sul piano di una generale perdita di efficacia<sup>(381)</sup> della clausola antielusiva generale. È chiaro, infatti, che i casi in cui l'elusione fiscale viene a realizzarsi per il tramite di comportamenti del tutto privi di una qualsivoglia ragione economica, diversa dal mero risparmio fiscale, sono assai ridotti rispetto a quelli dove invece si assiste ad una commistione di ragioni con prevalenza, evidentemente, di quelle di matrice fiscale. Pertanto, almeno in linea di principio, l'ipotesi in commento non può che condurre ad una tendenziale perdita di efficacia, sul piano dei poteri di accertamento, della clausola antielusiva. Peraltro, sotto il profilo degli elementi specializzanti da prendere in considerazione per attribuire la necessaria determinatezza al fatto illecito da elusione fiscale, sembra più opportuno agire sul piano oggettivo più che soggettivo – provvedendo, ad esempio, ad indicare degli schemi elusivi “tipo”<sup>(382)</sup>. Un tale correttivo non farebbe però che restringere ulteriormente il campo

---

<sup>380</sup> Tali perplessità sono state, ad esempio, sollevate in un recente studio commissionato dall'amministrazione finanziaria del Regno Unito per valutare l'opportunità di introdurre una norma antielusiva generale – poi in effetti introdotta col *Finance Act* 2013. Sul punto AARONSON, G., *A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system*, 2011, p. 39 – proprio con riferimento ai regimi sanzionatori presenti in Nuova Zelanda, Australia e Sud Africa.

<sup>381</sup> Nonché di conformità all'orientamento della Corte di Giustizia Europea secondo cui ai fini dell'integrazione di una fattispecie elusivo-abusiva, i connessi profili soggettivi devono ritenersi soddisfatti anche nel caso in cui lo scopo fiscale perseguito non sia esclusivo, ma soltanto prevalente rispetto agli altri scopi cui l'operazione realizzata risulta diretta (Sentenza 21 febbraio 2008, “*Part Service*”, C-425/06). Peraltro, tale impostazione è stata accolta anche dalla Commissione Europea che, con la raccomandazione del 6 dicembre 2012, C(2012)8806, sulla pianificazione fiscale aggressiva ha esortato gli Stati membri ad adottare una clausola antiabuso generale fondata, *inter alia*, sul concetto di “costruzione di puro artificio” così definitivo al § 4.2 «una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata». Sul punto la Commissione precisa, altresì, che «ai fini del punto 4.2, una data finalità deve essere considerata fondamentale se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembra perlopiù irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso». Da questo punto di vista, quindi, lo scopo di conseguire un risparmio fiscale viene ad assumere rilevanza non solo quando è esclusivo ma anche quando, concorrendo con altri scopi, risulti comunque quello prevalente.

<sup>382</sup> A tale riguardo può essere opportuno osservare che l'idea di riferirsi a degli schemi elusivi “tipo” ha assunto una qualche rilevanza nell'ambito del nuovo contesto definito dalla citata opera di codificazione

di applicazione della clausola antielusiva generale e, quindi, la sua efficacia sul piano accertativo.

Pertanto, l'ipotesi appena considerata più che una soluzione sembrerebbe essere una conferma del dilemma precedentemente segnalato, visto che la rilevanza sanzionatoria dell'elusione codificata verrebbe ad essere salvaguardata attraverso una perdita di generalità (ed efficacia) della clausola antielusiva<sup>(383)</sup>.

Inoltre, con una recente pronuncia la Corte Costituzionale francese (29 dicembre 2013, n. 685, §§112-119) ha dichiarato incostituzionale, per violazione del principio di legalità operante in materia di sanzioni, la proposta legislativa<sup>(384)</sup> di modificare la vigente clausola antielusiva generale, recata dall'art. 64 L del *Livre des procédures fiscales*, al fine di consentire che la stessa fosse applicabile anche nei casi in cui lo scopo di eludere l'imposta fosse risultato soltanto predominante – e non esclusivo come invece richiede la norma vigente. La Corte Costituzionale francese sembra, quindi, aver ricollegato al proposto allargamento delle condizioni di applicazione della clausola antielusiva generale un deterioramento dei confini del corrispondente illecito da elusione fiscale secondo una misura non compatibile con il principio di legalità. Va, infatti, ricordato che la sanzione in commento, prevista dall'art. 1729 del *Code Général des Impôts*, non definisce l'illecito amministrativo da elusione fiscale in modo autonomo, ma mediante un mero rinvio all'art. L 64. È, quindi, evidente che una ridefinizione delle condizioni di applicazione di tale articolo non potrà che tradursi in una immediata ridefinizione dei confini dell'illecito previsto dall'art. 1729 del *Code Général des Impôts*.

### 3.2 *Le “disclosure penalties” adottate da alcuni ordinamenti di Common Law*

Alla luce delle difficoltà appena segnalate potrebbe essere considerato il diverso modello sanzionatorio adottato da alcuni Paesi di *Common Law*, come il Canada, il Sud Africa ed il Regno Unito in cui – come in parte da tempo già previsto negli Stati Uniti d'America<sup>(385)</sup> – 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. Tuttavia, in tali ordinamenti – come già sottolineato – non viene prevista una

---

dell'*economic substance doctrine* recata dall'art. 7701(o) dell'*Internal Revenue Code* statunitense. Infatti, ancorché il citato articolo non menzioni alcun schema elusivo “tipo”, nella direttiva *Guidance for Examiners and Managers on the Codified Economic Substance Doctrine and Related Penalties*, rilasciata il 15 luglio 2011 dall'*Internal Revenue Service*, vengono invece considerate delle operazioni “tipo” suddivise in due distinte categorie, da un lato, le operazioni che potrebbero rendere appropriata l'applicazione di tale dottrina e, dall'altro, le operazioni che non renderebbero appropriato il suo utilizzo.

<sup>383</sup> Le conseguenze estreme di un tale approccio sono ravvisabili nella posizione di chi ritiene che l'elusione fiscale possa assumere rilevanza sul piano punitivo soltanto ove trasformata in evasione a tutti gli effetti mediante norme antielusive speciali. Al riguardo si veda LUNGHINI, G., *Elusione e principio di legalità: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Riv. dir. trib.*, III, 5, 2006, pp. 669-670.

<sup>384</sup> Art. 100 del *Project de Loi des finances pour 2014* definitivamente approvato dall'*Assemblée Nationale* il 19 dicembre 2013.

<sup>385</sup> KAYE, T.A., *United States*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, pp. 355-372.

specifica sanzione quale diretta ed immediata conseguenza dell'applicazione della vigente clausola antielusiva generale.

In particolare, nel caso del Regno Unito – ancor prima di introdurre la ricordata clausola antielusiva generale varata con il *Finance Act 2013* – è stato introdotto un particolare regime sanzionatorio, chiamato “*Disclosure of Tax Avoidance Schemes*” (in sigle “DOTAS”), la cui disciplina è stata originariamente<sup>(386)</sup> introdotta dagli articoli contenuti nella Parte VII del *Finance Act 2006*<sup>(387)</sup>, ed in forza del quale i promotori<sup>(388)</sup> di schemi elusivi, ovvero – in assenza di un promotore – chiunque altro prenda parte allo schema<sup>(389)</sup>, sono tenuti a darne tempestiva comunicazione al Fisco allorché tali schemi presentino alcuni “tratti distintivi” (*hallmark*). Questi ultimi, per effetto di quanto previsto dal primo comma dell’art. 306, del citato *Finance Act*, vengono ad essere individuate dal *Treasury* mediante appositi regolamenti ed attualmente viene fatto riferimento alla presenza<sup>(390)</sup>: i) di accordi di riservatezza, sia nei confronti di altri promotori che del Fisco, in merito alle modalità con cui la particolare struttura dell’operazione risulterebbe in grado di garantire un certo risparmio fiscale; ii) di una ragionevole aspettativa in merito alla spettanza di una remunerazione per l’attività del promotore o di qualsiasi altro soggetto ad esso collegato<sup>(391)</sup> (salvo i vantaggi fiscali non siano riferiti ad un’impresa di piccola o media dimensione); iii) di uno schema che rientra nella categoria dei “*mass marketed schemes*”, la cui caratteristica fondamentale è quella di essere un “prodotto fiscale standardizzato” ossia venduto sul mercato e

<sup>386</sup> Per una sintesi dell’evoluzione normativa di tale disciplina si veda <http://www.hmrc.gov.uk/aiu/legislation.htm>.

<sup>387</sup> Si segnala che nel corso del 2012 l’Amministrazione finanziaria del Regno Unito ha avanzato una proposta di riforma del regime in questione al fine di migliorare, le modalità con cui sono attualmente identificate le operazioni soggette all’obbligo di comunicazione. Sul punto si veda il documento *Lifting the Lid on Tax Avoidance Schemes*, 23 luglio 2012.

<sup>388</sup> Ai sensi dell’art. 307 il concetto di “promotore” viene definito come segue «(1)For the purposes of this Part a person is a promoter (a)in relation to a notifiable proposal, if, in the course of a relevant business (i)he is to any extent responsible for the design of the proposed arrangements, or (ii)he makes the notifiable proposal available for implementation by other persons, and (b)in relation to notifiable arrangements, if he is by virtue of paragraph (a)(ii) a promoter in relation to a notifiable proposal which is implemented by those arrangements or if, in the course of a relevant business, he is to any extent responsible for (i)the design of the arrangements, or (ii)the organisation or management of the arrangements. (2)In this section “relevant business” means any trade, profession or business which (a)involves the provision to other persons of services relating to taxation, or (b)is carried on by a bank, as defined by section 840A of the Taxes Act 1988, or by a securities house, as defined by section 209A(4) of that Act. (3)For the purposes of this section anything done by a company is to be taken to be done in the course of a relevant business if it is done for the purposes of a relevant business falling within subsection (2)(b) carried on by another company which is a member of the same group. (4)Section 170 of the Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (c. 12) has effect for determining for the purposes of subsection (3) whether two companies are members of the same group, but as if in that section (a)for each of the references to a 75 per cent subsidiary there were substituted a reference to a 51 per cent subsidiary, and (b)subsection (3)(b) and subsections (6) to (8) were omitted. (5)A person is not to be treated as a promoter for the purposes of this Part by reason of anything done in prescribed circumstances».

<sup>389</sup> Art. 310, *Finance Act 2004*. Sul punto EDEN, S., *United Kingdom*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, p. 231.

<sup>390</sup> Sul punto si veda il documento rilasciato dall’Amministrazione finanziaria *Disclosure of tax avoidance schemes*, 23 ottobre 2012.

<sup>391</sup> «The question is whether it might reasonably be expected that a promoter could charge a premium fee if he wished to do so. That a promoter does not charge a premium fee is not conclusive, though the hallmark would be met if he does» (*Disclosure of tax avoidance schemes*, 23 ottobre 2012, p. 39).

preconfezionato in modo tale che possa essere usato dal “cliente finale” senza particolari interventi di adattamento rispetto alle transazioni in cui consiste (es. diventare soci di una certa *partnership* ed in seguito contrarre un certo mutuo per poi acquistare determinati strumenti finanziari); iv) di transazioni volte a generare delle perdite fiscali utilizzabili in compensazione con altri redditi del soggetto che ha sottoscritto lo schema; v) di contratti di locazione di lunga durata di impianti industriali e attrezzatura con cui il locatore viene sostanzialmente sollevato dai propri rischi e, in aggiunta, una delle parti avrebbe diritto alla deduzione degli ammortamenti mentre l'altra risulta non soggetta ad imposte. Qualora un certo schema soddisfi uno di questi requisiti quest'ultimo non solo dovrà essere comunicato al Fisco, ma in aggiunta il soggetto tenuto alla predetta comunicazione, a seguito della quale lo schema viene identificato mediante un codice numerico, dovrà provvedere a fornire, su base trimestrale, i dettagli dei soggetti che hanno sottoscritto tale schema e quest'ultimi, una volta utilizzato lo schema, dovranno riportarne il relativo codice identificativo nella propria dichiarazione dei redditi (o altro apposito modulo) relativa all'anno fiscale di utilizzo. A tutela dei predetti obblighi di comunicazione e segnalazione sono previste tre distinte tipologie di sanzioni<sup>(392)</sup>: a) *Disclosure penalties* – applicabile solo in via giudiziale ed in tutti i casi in cui non venga dato seguito all'obbligo di segnalazione al Fisco dello schema; b) *Information penalties* – applicabile solo in via giudiziale ove il promotore non abbia fornito al suo cliente il codice identificativo assegnato alla schema oppure in tutti quei casi in cui lo stesso abbia mancato di fornire informazioni al Fisco sul cliente; c) *User penalties* – applicate direttamente dal Fisco ove nella dichiarazione dei redditi non venga indicato il codice identificativo della schema utilizzato. In questo modo il Fisco non solo è posto nelle condizioni di conoscere in anticipo quali schemi elusivi sono stati offerti e a chi, ma è anche in grado di ricollegare – attraverso il meccanismo dell'identificazione numerica e dei connessi obblighi dichiarativi in caso di utilizzo di uno schema – il conseguimento di un certo vantaggio fiscale all'utilizzo, da parte di un determinato soggetto, di un preciso schema elusivo a sua volta “promosso” da un soggetto che ne aveva segnalato al Fisco l'esistenza<sup>(393)</sup>.

---

<sup>392</sup> L'ammontare di tali sanzioni viene, tuttavia, giudicato come eccessivamente contenuto (EDEN, S., *United Kingdom*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012, p. 333).

<sup>393</sup> Sulla base dei dati ufficiali diffusi dall'Agenzia delle Entrate britannica il regime “DOTAS” avrebbe comportato una significativa riduzione degli schemi elusivi (op. cit.) – tanto che per lungo tempo è stata ritenuta un'alternativa all'introduzione di una apposita clausola antielusiva generale (RUIZ ALMENDRAL, *El fraude a la ley tributaria a examen: los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Pamplona, 2006, pp. 106 e segg.). Tuttavia, come testimoniato dai lavori preparatori all'introduzione della clausola antielusiva generale poi varata con il ricordato *Finance Act 2013*, l'ipotesi di basare la lotta all'elusione fiscale soltanto sul regime DOTAS è parsa non pienamente soddisfacente in quanto da un lato le forme più raffinate di elusione sono ben capaci di sfuggire a tale disciplina e dall'altro il continuo evolversi degli schemi elusivi pone tale disciplina sempre in un rapporto di “ricorsa” e capace, quindi, di intervenire solo dopo che tali schemi abbiano già cominciato a produrre in modo abbastanza strutturale delle indebite sottrazioni di imponibile. Sul punto si veda SEELY, A., *Tax avoidance: a General Anti-Abuse Rule - Commons Library Standard Note*, 11 ottobre 2013 (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN06265/tax-avoidance-a-general-antiabuse-rule>).

Similmente a questa impostazione si è visto che in Canada, il complessivo regime sanzionatorio definito dall' art. 163.2 e dall'art. 237.1 dell'*Income Tax Act*, definisce una serie di obblighi di segnalazione nei confronti del Fisco degli schemi elusivi. In particolare, l'art. 273.1 ricollega l'irrogazione di una specifica sanzione pecuniaria ai casi in cui il promotore di un "tax shelter" non provveda a farne adeguata comunicazione all'Amministrazione finanziaria. Va, infatti, ricordato che ai sensi del citato art. 273.1 i promotori di tax shelter sono tenuti a registrare ciascuno di essi presso l'Amministrazione finanziaria la quale, a sua volta, assegnerà un numero identificativo allo stesso e che dovrà essere riportato nella dichiarazione dei redditi in cui tale shelter viene utilizzato. L'art. 273.1 proibisce, quindi, di promuovere tax shelter senza che siano stati preventivamente identificati. Inoltre, ed in maggior continuità con l'approccio adottato dal legislatore britannico, si può osservare che per effetto dello specifico regime sanzionatorio recato dall'art. 273.3 dell' *Income Tax Act* è stato previsto – come chiarito in precedenza – uno specifico dovere di collaborazione del contribuente, e dei vari soggetti coinvolti nella promozione di uno schema elusivo, rappresentato dall'obbligo di comunicare al Fisco la realizzazione di un'operazione potenzialmente elusiva ai sensi dell'art. 245 dell'*Income Tax Act*. Come visto, le operazioni soggette al regime dell'art. 273.3 sono quelle che, rientrando potenzialmente nel campo di applicazione della clausola antielusiva generale prevista dal citato art. 245, presentano – in modo non dissimile a quanto previsto dal regime "DOTAS" – almeno due dei seguenti "tratti distintivi": a) l'onorario del consulente o del promotore dell'operazione è proporzionato i) all'ammontare di beneficio fiscale, ii) al suo conseguimento e iii) al numero di partecipanti all'operazione; b) il promotore o il consulente ha una protezione, anche di tipo contrattuale, rispetto agli effetti di tale operazione; c) il contribuente ha una protezione, anche di tipo contrattuale, rispetto agli effetti di tale operazione.

Allo stesso modo si è osservato che nel caso del Sud Africa è stato adottato un modello sanzionatorio non dissimile da quello canadese. In forza degli art. da 34 a 37 e dell'art. 212 del *Tax Administration Act* 2011 viene previsto uno specifico obbligo di segnalazione al Fisco dei cosiddetti "reportable arrangement" ossia quelle operazioni che: a) rientrano in una lista di operazioni elusive da pubblicarsi a cura del *Revenue Service*; b) risultano carenti di sostanza commerciale ai sensi dell'art. 80C, comma 2, lett. b); c) non conducono ad un "pre-tax profit" ragionevole per ognuno dei soggetti partecipati all'operazione ovvero si basano su una ragionevole aspettativa dello stesso ma il medesimo è comunque inferiore al beneficio fiscale ricavato.

Tuttavia, un simile approccio alla punibilità delle condotte elusive potrebbe comunque essere ritenuto non adeguato. Infatti, la totale assenza di una sanzione *ad hoc* per le condotte elusive, ossia da applicare quale conseguenza del loro (definitivo) accertamento, potrebbe ritenersi non perfettamente proporzionata – soprattutto se si considerano le ipotesi elusive particolarmente sfacciate – rispetto alle usuali sanzioni operanti in ambito evasivo.

Si è però visto che la suddetta ipotesi di una sanzione *ad hoc* nei confronti delle condotte elusive potrebbe incorrere o in un problema di indeterminatezza, ove sia appiattita – come nell'ipotesi avanzata dalla Corte di Cassazione italiana – sulla formulazione di una

clausola antielusiva generale definita in termini piuttosto ampi, oppure – come nel caso della Francia – potrebbe comportare – pena la sua incostituzionalità rispetto al parametro del principio di legalità – un restringimento dei presupposti applicativi della clausola antielusiva generale determinandone una perdita di efficacia ai fini dell'accertamento.

### 3.3 *Un'ipotesi di sintesi*

Sulla scorta delle riflessioni appena svolte sembrerebbe, quindi, preferibile una diversa ipotesi in cui, in primo luogo, pur considerando come un dato indiscutibile l'introduzione di una norma sanzionatoria *ad hoc* per le condotte elusive codificate, venga ad essere abbandonata l'ipotesi – alla base tanto dell'approccio della Corte di Cassazione che del legislatore francese – di una corrispondenza biunivoca tra le condizioni di applicazione della sanzione e quelle per l'applicazione della clausola antielusiva generale. L'idea, in altri termini, sarebbe quella di introdurre una sanzione specifica per l'elusione (codificata) definendo la fattispecie illecita in modo autonomo<sup>(394)</sup> e, in particolare, attraverso l'introduzione di ulteriori elementi "tipizzanti"<sup>(395)</sup> rispetto a quelli ad oggi considerati

---

<sup>394</sup> Sotto questo profilo la fattispecie sanzionatoria verrebbe a configurarsi secondo un modulo giuridico maggiormente coerente con l'impostazione di fondo alla base del vigente sistema sanzionatorio tributario, soprattutto di tipo penale. Si deve, infatti, ricordare che nell'introdurre l'attuale sistema penal tributario il Legislatore, con il D.Lgs. n. 74/2000, ha inteso definire le fattispecie illecite in modo autonomo rispetto a quelle impositive, limitando il più possibile l'utilizzo della tecnica del rinvio alle disposizioni tributarie sostanziali quale espediente per la definizione della fattispecie criminosa. Come rilevato dalla dottrina tale impostazione è imputabile alla volontà di sottrarre l'accertamento di una violazione penale alla complessa e mutevole, nonché spesso incerta, legislazione fiscale (SANTAMARIA, B., *La Frode Fiscale*, Milano, 2011, p. 54).

<sup>395</sup> A tale riguardo si potrebbe considerare l'ipotesi di ricollegare tali elementi specializzanti della fattispecie illecita alla predisposizione e realizzazione di quelle "costruzioni di puro artificio" alla cui presenza, come ricordato, la Corte di Giustizia UE ha storicamente legato l'integrazione di una condotta abusiva. Muovendo da questa prospettiva il Legislatore potrebbe, quindi, arricchire la fattispecie illecita da elusione fiscale indicando non soltanto gli elementi tipo delle costruzioni di puro artificio ma, selezionando, tra questi, quelli rivelatori di una condotta elusiva particolarmente grave e, pertanto, meritevole di essere punita anche sotto il profilo penale. Naturalmente tale compito dovrebbe essere svolto evitando di confondere, attraverso il concetto di "costruzioni di puro artificio", l'elusione fiscale con la simulazione e, quindi, con l'evasione (Cfr. SALVINI, L., *L'elusione IVA nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Corr. trib.*, 39, 2006, p. 3098 e p. 3101). C'è da chiedersi, tuttavia, se proseguendo lungo questa linea la sanzione così definita debba essere o meno sganciata dal concetto di infedeltà della dichiarazione per essere, invece, individuata su basi distinte e recuperando – in netta controtendenza con l'attuale impostazione assunta con il D.Lgs. n. 74/2000 – la rilevanza dei fatti e comportamenti prodromici a quelli evasivi. Sul punto si veda BASILAVECCHIA, M., *Presupposti ed effetti della sanzionabilità dell'elusione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 4, 2012, pp. 801-802. Ulteriori dubbi sulla possibilità di utilizzare la tradizionale sanzione per dichiarazione infedele possono essere rinvenuti in GALLO, F., *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. trib.*, 2, 2001, p. 328 secondo cui, come già citato, «può presentarsi infatti molto difficile - se non in certi casi addirittura impossibile - per il contribuente individuare, in sede di dichiarazione, la disciplina alternativa che l'ufficio stesso potrebbe andare ad applicare in sede di accertamento». Da questo punto di vista una eventuale sanzione per dichiarazione infedele potrebbe ritenersi inadeguata in quanto incapace di essere evitata in anticipo da parte del contribuente. Per tale ragione ove si ritenesse di seguire la strada della sanzione per dichiarazione infedele il rapporto tra Fisco e contribuente dovrebbe essere ulteriormente rafforzato non solo sul piano del contraddittorio preventivo, ma anche sotto il profilo delle forme di conoscenza anticipata da parte del contribuente dei giudizi di "elusività" dell'Amministrazione finanziaria (BASILAVECCHIA, M., *Metodi di accertamento e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2012, 5, p. 1107 e pp. 1113-1114). Diversamente il contribuente potrebbe sentirsi obbligato a scegliere la via fiscale più onerosa tra quelle disponibili in modo da porsi con maggior certezza al sicuro dalla predetta sanzione. Merita, inoltre, di essere ricordato che ad avviso di altra dottrina, ove la condotta elusiva venga a perpetrarsi



dall'art. 37-bis. In questo modo sarebbe, infatti, possibile aumentare liberamente il grado di determinatezza della fattispecie illecita senza alcuna ricaduta in termini di perdita di generalità, e quindi di efficacia, della clausola antielusiva generale.

Inoltre, operando in tal senso, lo strumento della sanzione verrebbe ad essere applicato non soltanto in ipotesi ben precise e, quindi, determinate, ma anche in quelle ritenute di maggior gravità dal Legislatore rispetto al complesso delle fattispecie elusive accertabili ai sensi dell'art. 37-bis.

Ciò posto si potrebbe poi valutare l'ipotesi di inserire la sanzione così definita nell'ambito di un più ampio regime sanzionatorio antielusivo "a doppio livello" in cui alla diretta punibilità delle condotte elusive di maggior gravità – che verrebbero ad essere colpite mediante la sanzione *ad hoc* appena considerata – venga a sovrapporsi un generale dovere di segnalazione al Fisco<sup>(396)</sup> delle operazioni potenzialmente elusive la cui rilevanza, sul piano sanzionatorio, verrebbe ad essere garantita da una specifica, e più mite, pena di natura pecuniaria da irrogarsi – come nel caso degli ordinamenti di *Common Law* precedentemente considerati – in tutti i casi in cui tale segnalazione non venga effettuata e, quindi, a prescindere dall'effettiva applicazione della clausola antielusiva. In tal modo sarebbe possibile prevedere un primo e più lieve livello sanzionatorio con cui favorire in via anticipata il rispetto e l'efficacia della clausola antielusiva generale, a cui andrebbe affiancarsi, nei casi di maggior gravità, un secondo e più deciso livello sanzionatorio da definirsi a partire da una norma punitiva *ad hoc* – eventualmente anche con rilevanza penale – dal campo di applicazione più ristretto e ben individuato rispetto a quello della clausola antielusiva generale.

Ragionando in questi termini si potrebbe intravedere la possibilità di un generale ripensamento della questione della punibilità delle condotte elusive senza dover giungere alla facile conclusione di una "depenalizzazione" dell'elusione fiscale. È chiaro, infatti, che esigenze di giustizia e proporzionalità impongono una reazione anche di tipo sanzionatorio nei confronti delle condotte elusive, visto che, al pari di quelle evasive, determinano pur sempre un pregiudizio alla corretta percezione dei tributi da parte del Fisco. In tal senso non sembra irragionevole affermare che, in una prospettiva *de iure condendo*, le criticità connesse all'approccio seguito dalla Corte di Cassazione potrebbero essere superate abbandonando, come suggerito *supra*, l'idea di una perfetta coincidenza tra le fattispecie accertabili di una futura norma di codificazione del principio dell'abuso del diritto e quelle rilevanti sotto il profilo sanzionatorio. In tal modo si potrebbe, infatti, giungere ad una definizione sufficientemente precisa dell'illecito da elusione senza dover rinunciare alla

---

mediante l'utilizzo di un artificio – come potrebbe accadere nel caso dell'utilizzo di costruzioni artificiali particolarmente sofisticate –, la sanzione applicabile dovrebbe essere non quella per la dichiarazione infedele (art. 4) ma quella prevista per la dichiarazione fraudolenta (art. 3) del D. Lgs n. 74/2000 (PEZZUTO, G., *L'esclusione della punibilità in caso di adeguamento al parere del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive*, in *Diritto Penale Tributario*, a cura di MUSCO E., Milano, 2002, p. 458).

<sup>396</sup> L'utilizzo dei regimi di *disclosure* quali mezzi di contrasto alle condotte elusive è stato, peraltro, espressamente considerato anche dall'OCSE nel documento *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, p. 7, p. 49 e p. 85 (si veda anche il precedente *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, 2011).

“generalità” e “vaghezza” tipica delle clausole antielusive generali e da cui dipende, pur nel rispetto della riserva di legge operante in ambito tributario, la loro efficacia sul piano dei poteri di accertamento. Così ragionando sarebbe possibile giungere a definire dei sottoinsiemi di fattispecie elusive rispetto a quella individuata dalla clausola generale ai fini dell'accertamento delle imposte e la cui rilevanza sarebbe soltanto di tipo sanzionatorio e verrebbe a determinare l'irrogazione di pene via via più severe all'aumentare della presenza di elementi specializzanti cui ricollegare un maggior grado di offensività della condotta integrata. Inoltre, per garantire con ancor più forza la proporzionalità del sistema sanzionatorio, il regime in questione potrebbe orientarsi verso un modello a “doppio livello” in cui all'introduzione di una norma sanzionatoria ad *hoc* per le fattispecie elusive di maggior gravità venga affiancato, quale generale presidio all'efficacia della clausola antielusiva generale, un diverso e più mite regime sanzionatorio – operante tra l'altro in via preventiva ed indipendentemente dall'effettiva applicazione di tale clausola – fondato su un preesistente obbligo di segnalazione al Fisco delle operazioni potenzialmente elusive la cui violazione verrebbe ad essere colpita da apposite pene di natura esclusivamente pecuniaria.

Ad ogni modo, quale che sia la strada ritenuta preferibile, ciò che pare emergere con certezza dalle riflessioni svolte è che 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 con le ricordate sentenze –, 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»<sup>397</sup>).

---

<sup>397</sup> Sul punto merita, tuttavia, di essere osservato che con riferimento ai criteri di delega in materia di riforma del sistema sanzionatorio tributario la Commissione Giustizia, nell'ambito del proprio parere in merito al disegno di legge n. 5291/20012, aveva affermato che «l'articolo 3, comma 9, nel demandare al legislatore delegato l'individuazione dei confini tra la fattispecie di elusione e quelle di evasione nonché delle relative conseguenze sanzionatorie oltre a non individuare i criteri attraverso i quali dovrebbe avvenire detta individuazione sembra collegare la previsione di sanzioni sia nel caso di violazione del precetto (evasione) sia nel caso di rispetto formale della norma, ma di utilizzo di essa per mere ragioni di risparmio fiscale (elusione) con ciò riproponendo le stesse problematiche evidenziate per la lettera g) dell'articolo 5» (p. 9). Sul punto, quindi, la citata Commissione ha fornito il proprio parere favorevole con l'osservazione che valuti la Commissione di merito all'articolo 3, comma 9, di indicare principi e criteri specifici per l'individuazione dei confini tra la fattispecie di elusione e quelle di evasione, anche al fine di una corretta e proporzionata definizione delle conseguenze sanzionatorie relative alla fattispecie di evasione.

## BIBLIOGRAFIA

---

- ACEVEDO, A., *Abusive tax practice: the 100-year onslaught on the tax code*, in *Barry law Review*, 12, 2012, p. 179
- AFSCHRIFT, T., *L'Abus Fiscal*, Bruxelles, 2013
- ALARIE, B., BHATIA, S., DUFF, D.G., *Symposium on Tax Avoidance After Canada Trustco and Mathew: Summary of Proceedings*, in *Canadian Tax Journal*, 53, 2005, p. 1010
- ALTIERI, E., *La codificazione del principio dell'abuso del diritto in campo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2012, p. 903
- ALVARRENGA, C.A., *Preventing tax avoidance: is there convergence in the way countries counter tax avoidance?*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 7, 2013, p. 348
- AMATO, G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 262
- AMATUCCI, F., *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2011
- ANTONINI, L., *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte: la problematica parabola dell'antico istituto*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1680
- ARIANO, C., *L'abuso d'ufficio ed il sindacato del giudice penale*, in *Innovazione e diritto*, 1, 2006, p. 49
- ARNOLD, B., *Tax Treaties and Tax Avoidance: the 2003 revisions to the Commentary to the OECD Model*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2004, p. 251
- ARNOLD, B., *Policy Forum Confusion Worse Confounded—The Supreme Court's GAAR Decisions*, in *Canadian Tax Journal*, 54, 2006, p. 167
- ARNOLD, B., *A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrine as a means of controlling tax avoidance: which is better? (What would John Tiley think?)*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008
- ATTARDI, C., *Elusione fiscale, abuso del diritto e sanzioni tributarie*, in *Il Fisco*, 2, 2011, p. 212
- AULT, H.J., ARNOLD, B.J., *Comparative Income Taxation. A structural Analysis*, Alphen aan den Rijn, 2010
- AVI YONAH, R., SARTORI, N., MARIAN, O., *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford, 2011
- BALDUZZI, R., SORRENTINO, F., *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1989, p. 1207
- BALLANCIN, A., *Disorientamenti sull'elusione, salvo che per le sanzioni*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 7, 2007, p. 638
- BALLANCIN, A., STEVANATO, D., *Sull'abuso del diritto spettano le garanzie procedurali dell'art. 37-bis*, in *Dial. Trib.*, 3, 2011, p. 248

- BANKMAN, L., *The economic substance doctrine*, in *Southern California Law Review*, 74, 2000, p. 5
- BARASSI, M., *La circolazione dei modelli tributari e la comparazione*, in *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, a cura di SACCHETTO, C., Torino, 2011
- BARKER, W.B., *Statutory Interpretation, Comparative Law, and Economic Theory: Discovering the Grund of Income Taxation*, in *San Diego Law Review*, 3, 2003, p. 821
- BASILAVECCHIA, M., *Metodi di accertamento e capacità contributiva.*, in *Rass. trib.*, 5, 2012, p. 1107
- BASILAVECCHIA, M., *Surrogati interpretativi in difetto di norma antielusiva?*, in *GT Riv. giur. trib.*, 7, 2009, p. 601
- BASILAVECCHIA, M., *Per l'effettività del contraddittorio*, *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2369
- BASILAVECCHIA, M., *I nuovi poteri di controllo dell'amministrazione finanziaria nelle imposte di registro, ipotecaria e catastale*, in *Studio Consiglio Nazionale Notarile*, n. 68/2007/T, approvato dalla Commissione Studi Tributari il 20 aprile 2007
- BEGHIN, M., *Le «ragioni economiche» tra difetto di causa contrattuale ed elusività dell'operazione*, in *Corr. trib.*, 33, 2007, p. 2700
- BEGHIN, M., *Abuso del diritto: la confusione persiste*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 8, 2008, p. 649
- BEGHIN, M., *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e «abuso del diritto» (Nota a Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772, Min. economia e fin. c. Soc. Edison)*, in *Corr. trib.*, 22, 2008, p. 1783
- BEGHIN, M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009
- BEGHIN, M., *L'abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del «vantaggio fiscale»*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2325
- BEGHIN, M., *L'abuso del diritto tra capacità contributiva e certezza dei rapporti Fisco-contribuente*, in *Corr. trib.*, 11, 2009, p. 823
- BEGHIN, M., *L'abuso e l'elusione fiscale tra regole «scritte», giustizia tributaria e certezza del diritto*, in *Corr. trib.*, 40, 2009, p. 3288
- BEGHIN, M., *L'imposta di registro e l'interpretazione degli atti incentrata sulla sostanza economica nell'«abracadabra» dell'abuso del diritto*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2, 2010, p. 158
- BEGHIN, M., *L'«abuso del diritto» tra concetti astratti e rilevanza del fatto economico*, *Corr. trib.*, 22, 2010, p. 1762

- BEGHIN, M., *La scissione societaria, l'elusione fiscale e i mulini a vento di Cervantes*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 56
- BEGHIN, M., *Diritto Tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011
- BELLUZZO, L., LO PRESTI VENTURA, E., *Scissioni ed elusione alla luce dei recenti pareri del Comitato consultivo*, in *Il Fisco*, 1, 2005, p. 5137
- BERNARD, Y., *Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi*, in *Revue de jurisprudence fiscale*, 12, 2006, p. 1083
- BERSANI, G., *Ancora sulla dichiarazione fiscale*, in *Il Fisco*, 42, 2001, p. 13705
- BETTI, E., *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1960
- BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971
- BETTI, R., SBARAGLIA, G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, in *Il Fisco*, 39, 2011, p. 6381
- BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, Vol. III, Milano, 2000
- BITTKER, B., LOKKEN, L., *Federal Taxation of Income, Estate and Gift*, New York, 2002
- BIZIOLI, G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008
- BLUM, W., *Knetsch v. United State: a pronouncement on tax avoidance*, in *The Supreme Court Review*, 40, 1961, p. 135
- BLUMENSTEIN, E., *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, trad. it a cura di FORTE, F., 1954
- BOBEK, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013
- BOLEGO, G., *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Milano, 2011
- BORIA, P., *L'interesse fiscale*, Torino, 2002
- BORIA, P., *Il sistema tributario*, Torino, 2008
- BORIA, P., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012
- BROWN, K.B., *Comparative Regulation of Corporate Tax Avoidance: An Overview*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- BUTLER, M., MISIAJLO, S., *Commissioner Announces Overhaul of General Anti-Avoidance Provisions*, in *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 3, 2012, p. 226
- ELLIFFE, C., PREBBLE, J., *Anti-Avoidance Rules and Double Tax Agreements*, in *Revenue Law Journal*, 1, 2009, p. 5

- CAFARO, S., *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali* in *Il dir. Un. Eur.*, 2003, p. 291
- CANIVET, G., ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D., *Comparative law before the Courts*, Londra, 2005
- CARACCIOLI, I., *Il concetto di "simulazione" e "dissimulazione" del reddito*, in *Il Fisco*, 9, 1987, p. 1364
- CARDASCIA, L., *Inapplicabilità delle sanzioni per comportamenti elusivi (nota alla sentenza della CTP di Milano, Sez. XIV, sent. 13 dicembre 2006, n. 278)*, in *Corr. trib.*, 7, 2007, p. 559
- CARINGELA, F., *Studi di diritto civile. Vol. 2: Proprietà e diritti reali*, Milano, 2007
- CARINGELA, F., *Manuale di diritto civile. Volume 3*, Milano, 2008
- CARNEVALE, P., CELOTTO, A., COLAPIETRO, C., MODUGNO, F., RUOTOLO, F., SERGES, G., SICLARI, M., *Diritto Pubblico*, Torino, 2012
- CARPENTIERI, L., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012
- CARRARO, L., *Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 177
- CARRER, M., COMI, E., LORENZETTI, A., *Introduction to comparative tax law*, a cura di SACCHETTO, C. e BARASSI, M., Torino, 2011
- CARRIROLO, F., *Ipotesi di scissione societarie elusiva e non*, in *Il Fisco*, 27, 2009, p. 4393
- CASHMERE, M., *Towards an appropriate interpretative approach to Australia's general tax avoidance rule – Part IVA*, in *Australian Tax Review*, 35, 2006, p. 231
- CASHMERE, M., *Australia*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- CASHMERE, M.J., *The interrelation of scheme and purpose under Part IV A*, in *eJournal of tax research*, 2, 2003, p. 110
- CASSIDY, J., *The holy grail: the search for the optimal GAAR*, in *South African Law Journal*, 126, 2009, p. 740
- CASTALDI, L., *Punibilità del comportamento elusivo*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2391
- CENTORE, P., *Gli effetti dell'abuso di diritto secondo la Cassazione*, in *l'IVA*, 8, 2010, p. 15
- CESSARI, A., *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1953, p. 1071
- CHALMERS D., DAVIES G., MONTI, G., *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge, 2011, p. 853
- CHEVALIER, J.P., *L'esperienza francese*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999
- CHRISTIANS, A., *Hard law, soft law and international taxation*, in *Wisconsin International Law Journal*, 25, 2012, p. 325

- CILLIERS, J., *Thou shalt not peep at thy neighbour's wife: section 80A(c)(ii) of the Income Tax Act and the abuse of rights (part one)*, in *The taxpayer*, 57, 2008, p. 87
- CIPOLLINA, S., *I comportamenti elusivi sfuggono alla rete*, in *Il Sole24Ore*, 27 maggio 1998, p. 21
- CIPOLLINA, S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992
- CIPOLLINA, S., *La riserva di legge in materia fiscale*, in *Diritto tributario e corte costituzionale*, a cura di LEONARDO, P. e BERLIRI, C., Napoli, 2006
- CIPOLLINA, S., *Elusione fiscale*, in *Riv. dir. fin.*, 4, 2007, p. 555
- CLEARY, J., *The Evolution of Tax Avoidance*, in *Revenue Law Journal*, 5, 1995, p. 219
- COLEGATE-STONE, G., *Is a UK viable general anti-avoidance rule possible?*, in *International tax review*, 8, 2011, p. 16
- COLEMAN, J., *Tax Avoidance Law in New Zealand*, New Zealand, 2009
- COMELLI, A., *La disciplina dell'interpello: dall'art. 21 della l. n. 413/1991 allo statuto dei diritti del contribuente*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2001, p. 605
- CONSOLO, G., *I "pareri" del comitato per l'applicazione della normativa antielusiva e la loro sfuggente efficacia*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 1993, p. 961
- COOPER, G.S., *The Design and Structure of General Anti-Tax Avoidance Regimes*, in *Bulletin for International Taxation*, 1, 2009, p. 26
- COOPER, G.S., *International experience with general anti-avoidance rules*, in *Southern Methodist University Law Review*, 54, 2011, p. 83
- CORASANITI, G., *L'art. 20 del T.U. dell'imposta di registro e gli strumenti di contrasto all'elusione: brevi spunti ricostruttivi a margine di due contrastanti pronunce della giurisprudenza di merito*, in *Dir. prat. trib.*, 3, 2010, p. 565
- CORASANITI, G., *L'interpretazione degli atti e l'elusione fiscale nel sistema dell'imposta di registro*, in *Obbligazioni e Contratti*, 8-9, 2012, p. 615
- CORRADO, L.R., *Elusione tributaria, abuso del diritto (comunitario) e inapplicabilità delle sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2010, p. 551
- CORSO, P., *Secondo la Corte di Cassazione l'elusione non integra un'evasione penalmente rilevante*, in *Corr. trib.*, 38, 2006, p. 3047
- COSCIANI, C., *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, Milano, 1964
- COZIAN, M., *L'aménagement de la procédure de l'abus de droit in l'amélioration des rapports entre l'Administration fiscale et les contribuables*, in *Actes du colloque de la société française de droit fiscal*, Parigi, 1989, p. 157
- COZIAN, M., *What is abuse of law?*, in *Intertax*, 2, 1991, p. 103
- COZIAN, M., *Les grands principes de fiscalité des entreprises*, Parigi, 1999

- COZIAN, M., *Abus de droit, apport cession et apport donation: la Cour de Cassation serait elle en train de perdre le cap*, in *Droit Fiscal*, 36, 2007, p. 1
- COZIAN, M., *Précis fiscal de l'entreprise*, Parigi, 2007
- CRICENTI, G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008
- CUNNINGHAM N., B., REPETTI, J.R., *Textualism and Tax Shelters*, in *Virginia Tax Review*, 24, 2004, p. 1
- D'AMICO, G., *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, p. 426
- D'AMICO, G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993
- D'ASCENZO, M., *Part IV A: Post Spotless*, in *Journal of Australian Taxation*, 4, 1998, p. 6
- D'AYALA VALVA, F., *I problemi dell'evasione ed elusione nell'attuale normativa*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, p. 1154
- DABNER, J., *The spin of a coin - in search of a workable GAAR*, in *Journal of Australian Taxation*, 3, 2000, p. 232
- DABNER, J., *Why we must replace Part IVA: A suggestion for reform*, in *CHH Tax Week*, 41, 2004, p. 875
- DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, Amsterdam, 2008
- DE BROE, L., MALHERBE, J., *Réalité juridique et réalité économique*, in *Journal de Droit Fiscal*, 1988, p. 322
- DE LA FERIA, R., *The European Court of Justice's solution to aggressive VAT planning further towards legal uncertainty?*, in *EC Tax Review*, 1, 2006, p. 27
- DE LA FERIA, R., *Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 35, 2008, p. 395
- DE MITA, E., *Certezza del diritto e perequazione nel Testo Unico delle imposte sui redditi*, in *Il Fisco*, 13, 1987, p. 2010
- DE MITA, E., *Interesse fiscale e tutela del contribuente: le garanzie costituzionali*, Milano, 1987
- DE MITA, E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011
- DE MITA, E., *I confini dell'abuso del diritto e la rilevanza penale dei comportamenti elusivi*, in *Corr. trib.*, 33, 2012, p. 2509
- DE MONÈS, S., DURAND, P. H., MANDELBAUM, J. F., KLEIN, M., NIEMANN, A., MANZITTI, A., CANALEJO LASARTE, G., MARÍN BENÍTEZ, G., J. AIRS, G., *Abuse of Tax Law across Europe (pt. I)*, in *EC Tax Review*, 2, 2010, p. 85
- DE MONÈS, S., DURAND, P. H., MANDELBAUM, J. F., KLEIN, M., NIEMANN, A., MANZITTI, A., CANALEJO LASARTE, G., MARÍN BENÍTEZ, G., J. AIRS, G., *Abuse of Tax Law across Europe (pt. II)*, in *EC Tax Review*, 2, 2010, p. 123



- DE SOUZA FERREIRA, R.G., *Form versus Substance: A Comparison of Brazil's Tax System to the Tax System of the United States of America*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, 35, 2004, p. 311
- DE STEFANI, L., *Strategie diverse, sì alla scissione*, in *Il Sole24Ore*, 19 settembre 2007, p. 32
- DEBOISSY, F., *La simulation en droit fiscal*, Parigi, 1997
- DEL FEDERICO, L., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2003
- DEL FEDERICO, L., *Elusione tributaria "codificata" e sanzioni amministrative - Nota a Commissione tributaria provinciale di Milano, sez. XIV, 13 dicembre 2006, n. 278*, in *Giust. trib.*, 2, 2007, p. 6
- DELLA VALLE, E., *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, 2001
- DI MAJO, A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539
- DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Milano, 2008
- DI PIETRO, A., *Presentazione*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999
- DI SIENA, M., *Brevi considerazioni sulla criminalizzazione dell'elusione fiscale*, in *Il Fisco*, 20, 2003, p. 3108
- DIBOUT, P., *La procédure de répression des abus de droit. Pratique et critique*, in *Droit Fiscal*, 45, 1992, p. 1734
- DOMINICI, C., DANOVÌ, A., *Le operazioni di scissione di rami aziendali e di complessi immobiliari*, in *Corr. trib.*, 38, 2001, p. 2863
- DROBNIG, U., *The use of Foreign Law by German Courts*, in *The Use of Comparative law by Courts*, a cura di DROBNIG, U. e VAN ERP, J., L'Aja, 1999
- DUFF, D.G., *The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule: Canada Trustco and Mathew*, in *Tax avoidance in Canada after Canada Trustco and Mathew*, a cura di DUFF, D.G. e ERLICHMAN, H., Toronto, 2007
- DURÀN, A., BUXADÉ, S., *Los Motivos Econòmicos Vàlidos como Técnica contra la Elusión Fiscal: Economía de Opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Pamplona, 2007
- EDEN, S., *United Kingdom*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- ELLIFFE, C., J., C., *The Test for Tax Avoidance in New Zealand: A Judicial Sea Change*, in *New Zealand Business Law Quarterly*, 23, 2010, p. 440
- ELLIOT, A.S., *Economic Substance Guidance May Address Rules of Disclosure, Treasury Official Says*, in *Tax Notes Today*, 10 giugno 2010, p. 111
- ENGISCH, K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970

- EVANS, C., *Containing Tax Avoidance: Anti-avoidance Strategies*, in *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, 40, 2008, p. 24
- FABER, P.I., *Business Purpose and Section 355*, in *Tax Lawyer*, 4, 1990, p. 855
- FABIANI, E., *Clausola Generale (voce)*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 183
- FALCÒN Y TELLA, R., *Interpretacion economica y seguridad juridica*, in *Crònica Tributaria*, 68, 1993, p. 30
- FALCÒN Y TELLA, R., *El fraude a la ley como un mecanismo para gravar determinados economias de opcion: su radical diferencia con lo supuestos previstos en el Art. 6.4. del Codigo Civil*, in *Quincena Fiscal*, 17, 1995, p. 7
- FALSITTA, G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008
- FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008
- FALSITTA, G., *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009
- FALSITTA, G., *Natura delle disposizioni contenenti "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37 bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2010, p. 519
- FALSITTA, G., *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 6, 2010, p. 349
- FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo I - Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, a cura di FALSITTA, G., Padova, 2011
- FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo II - Accertamento e sanzioni*, a cura di FALSITTA, G., Padova, 2011
- FALSITTA, V.E., *Interpretazione, elusione fiscale e potestà amministrative*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, p. 260
- FALZEA, A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, p. 4
- FANTOZZI, A., *Gli schemi teorici di attuazione del prelievo*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012
- FANTOZZI, A., *Violazioni del contraddittorio e invalidità degli atti tributari*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2011, p. 138
- FAUCHER, D., *Interprétation des contrats et abus de droit in Droit et patrimoine*, 97, 2001, p. 86
- FEDELE, A., *Art. 22-23: rapporti civili*, a cura di BRANCA, G. e PIZZO RUSSO, A., Bologna-Roma, 1978
- FEDELE, A., *La nozione di tributo e l'art. 75 cost.*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 17

- FEDELE, A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005
- FEDELE, A., *La funzione fiscale e la "capacità contributiva"*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di PERRONE, L. e BERLIRI, C., Napoli, 2006
- FEDELE, A., *Assetti negoziali e forme d'impresa tra opponibilità, simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 12, 2010, p. 1093
- FERLAZZO NATOLI, L., *La frode fiscale (art. 4, n. 7, l. 1982, n. 516)*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1988, p. 1353
- FERLAZZO NATOLI, L., *Diritto Tributario*, Napoli, 2010
- FERRARA, F., *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914
- FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto Penale*, Bologna, 2010
- FICARI, V., *La rilevanza penale dell'elusione/abuso: quali regole da un caso concreto?*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2013, p. 86
- FISCHER, P., *L'esperienza tedesca*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999
- FLICK, G.M., *Abuso del diritto ed elusione fiscale- quale rilevanza penale?*, in *Giur. comm.*, 4, 2011, p. 465
- FOUQUET, O., *Le périmètre de l'Abus de Droit*, 2007, reperibile al seguente indirizzo <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/01/3537265064.pdf>
- FOUQUET, O., *Abus de droit: les implications de la jurisprudence communautaire sur la jurisprudence nazionale*, in *Droit fiscal*, 23, 2008, p. 366
- FRANSONI, G., *Nozione di legge tributaria e ratio del divieto di referendum abrogativo in materia tributaria*, in *Riv. giur. trib.*, 1997, p. 906
- FRANSONI, G., *Il diritto tributario come materia giuridica e i suoi rapporti con l'economia*, in *Dialoghi Tributari*, 1, 2009, p. 9
- FRANSONI, G., *Appunti su abuso di diritto e «valide ragioni economiche»*, in *Rass. trib.*, 4, 2010, p. 932
- FRANSONI, G., *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corr. trib.*, 1, 2011, p. 13
- FRANSONI, G., *Tipologia e struttura della norma tributaria*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012
- FREEDMAN, J., *Interpreting Tax Statutes: Tax Avoidance and the Intention of Parliament*, in *Law Quarterly Review*, 123, 2007, p. 53
- FREEDMAN, J., *The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction, in Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011
- FROMMEL, S.N., *Tax Avoidance & the House of Lords: uncertainty as deterrent (Pt. I e II)*, in *Intertax*, 10 e 11-12, 1984, p. 378 e p. 435
- FROMMEL, S.N., *United Kingdom tax law and abuse of rights*, in *Intertax*, 2, 1991, p. 54

- GALLO, F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, I, 1989, p. 11
- GALLO, F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, p. 1761
- GALLO, F., *Discrezionalità (diritto tributario) (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1999, p. 536
- GALLO, F., *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 736
- GALLO, F., *Rilevanza penale elusione*, in *Rass. trib.*, 2, 2001, p. 321
- GALLO, F., *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2007
- GALLO, F., *Note minime sull'abuso del diritto in materia fiscale*, relazione presentata al convegno "Elusione tributaria. L'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna", 10 luglio 2008, LUISS Guido Carli
- GALLO, F., *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 3, 2013, p. 499
- GAMBARO, A., FERRARA, G.F., *The Italian Constitutional Court and Comparative Law. A Premise*, in *Comparative Law Review*, 1, 2010, p. 1
- GAMBARO, A., *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, a cura di ALPA, G., Milano, 2004
- GAMMIE, M., *The judicial approach to avoidance: some reflections on BMBF and SPI*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008
- GARABEDIAN, D., *La nouvelle règle générale anti-abus et l'objectif des dispositions fiscales: portée, arbre de décision, cas pratiques*, in *Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 2012, p. 751
- GARBARINO, C., *Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules*, in *Theoretical inquiries in law*, 2, 2010, p. 764
- GARBARINO, C., *Italy*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- GARCEA, A., *Il legittimo risparmio d'imposta*, Padova, 2000
- GAUTHIER, B., *Anti-Abuse Legislation, Artificial Arrangements and EU Law*, in *International tax journal*, 27, 2008, p. 27
- GESTRI, M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003
- GIACOBBE, G., *Frode alla legge (voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, 1969, p. 73
- GILLEN, D.L., *The Evolution of the Step Transaction Doctrine*, in *Washburn Law Journal*, 11, 1971, p. 84
- GIVNER, B., BARISH, K., *Economic Substance Doctrine: The Curious Case of Codification*, in *Journal of Tax Practice & Procedure*, 12, 2010, p. 21

- GREGGI, M., *Giusto processo e diritto tributario europeo: la prova testimoniale nell'applicazione della CEDU (il caso Jussila)*, in *Rass. trib.*, 1, 2007, p. 228
- GRIZIOTTI, B., *Il potere finanziario e il diritto finanziario nello studio autonomo delle finanze pubbliche*, in *Riv. dir. sc. fin.*, I, 1954, p. 134
- GRIZIOTTI, B., *L'imposta di registro sull'usufrutto di cava di sabbia*, in *Riv. dir. sc. fin.*, II, 1955, p. 34
- GRIZIOTTI, B., *Il principio della realtà economica negli art. 8 e 68 della legge di registro*, in *Riv. dir. sc. fin.*, 1939, p. 209
- GROSSO, C.F., *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in *Il Foro*, 5, 1999, p. 329
- GUARNIERI, A., *Le clausole generali*, in *Trattato di diritto civile*, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di SACCO, R., Torino, 1999
- GUTMANN, D., *L'abus de droit: perspective général et encadrement procédéral*, in *Droit & Patrimoine*, 205, 2011, p. 54
- GUTMANN, D., *Towards a "Criminalization" of Tax Law: The French Approach*, in *European Taxation*, 7, 2011, p. 271
- GUTMANN, D., *France*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- HALPERN, J.S., *Putting the cart before the horse: determining economic substance independent of the language of the code*, in *Virginia tax review*, 30, 2007, p. 327
- HANNA, C.H., *From Gregory to Enron: the too perfect theory and tax law*, in *Virginia Tax Review*, 24, 2005, p. 737
- HANSEN, L.H., *The development of the circumvention Principle in the Aerea of Broadcasting*, in *Legal Issues of European Integration*, 25, 1998, p. 111
- HARRISON, D., *Sorting out the Tangle of Economic Substance*, in *Tax Law*, 52, 1999, p. 235
- HENSEL, A., *Diritto Tributario*, trad. it a cura di JARACH, D., Milano, 1956
- INGRASSIA, A., TROYER, L., *Esclusa nuovamente la tipicità penale dell'elusione. A margine di un noto caso della presunta esterovestizione tra divieto di presunzioni legali nel processo penale e libertà di stabilimento*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 451
- INNES, W., BOYLE P., NITIKMAN, J., *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*, Toronto, 2006
- ISENBERGH, J., *Musings on Form and Substance in Taxation*, in *University of Chicago Law Review*, 49, 1982, p. 859
- JANSEN VAN RENSBURG, E., *Share Value Shifting A Comparison between the Anti-Avoidance Provisions in South African and Australian Tax Legislation*, in *Stellenbosch Law Review*, 18, 2007, p. 228
- JARACH, D., *Principi per l'applicazione delle tasse di registro*, Padova, 1937

- JARACH, D., *Il fatto imponibile*, Padova, 1981
- JARACH, D., *I contratti a gradini e l'imposta (nota a Cass., sez. I, 9 maggio 1979, n. 2658)*, in *Riv. dir. fin.*, 1982, p. 79
- JINYAN, L., "Economic Substance": *Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance*, in *Canadian Tax Journal*, 54, 2006, p. 23.
- JINYAN, L., *The Economic Substance Doctrine and GAAR: A Critical and Comparative Perspective*, relazione presentata al *GAAR Symposium*, 18 Novembre 2005, Toronto (reperibile al seguente indirizzo: [http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences/tax\\_li.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences/tax_li.pdf))
- KAYE, T.A., *United States*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- KEATING, M., *Reconstruction of Tax Avoidance Arrangements: How Best to Rewrite History?*, in *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy*, 17, 2011, p. 480
- KNIGHT, R.A., KNIGHT, L.G., *Substance over Form: the Cornerstone of our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS' Arsenal?*, in *Akron Tax Journal*, 8, 1991, p. 91
- KREEVER, R., *The Ghost of the Duke of Westminster laid to rest in Australia?*, in *Canadian Tax Journal*, 45, 1997, p. 122
- KRUSE, H.W., *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione*, in *Trattato di Diritto Tributario*, a cura di AMATUCCI, A., vol. III, Padova, 1994
- KUJINGA, B., *Analysis of misuse and abuse in terms of the South African general anti-avoidance rule: lessons from Canada*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 45, 2012, p. 47
- LAMPREAVE, M.P., *Anti-tax avoidance measures in China and India: an evaluation of specific court decisions*, in *Bulletin for International Taxation*, 1, 2013, p. 49
- LAMPREAVE, P., *An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, 3, 2012, p. 153
- LECLERCQ, L., *Interacting Principles: the French abuse of law concept and the EU notion of abusive practices*, in *Bulletin for International Taxation*, 6, 2007, p. 241
- LIBERTINI, M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, a cura di JAEGER, P., Milano, 2011
- LIKHOVSKI, A., *The duke and the lady: Helvering v. Gregory and the history of tax avoidance adjudication*, in *Cardozo Law Review*, 25, 2004, p. 953
- LIPRINO, V., *L'abuso di diritto in materia fiscale nell'esperienza francese*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, p. 445

- LOGOZZO, M., *L'obiettiva incertezza della legge nella violazione degli obblighi tributari*, in *Rass. trib.*, 4, 1998, p. 975
- LOMBARDI, G.M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967
- LOSURDO, F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011
- LOVISOLO, A., *L'evasione e l'elusione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1984, p. 1290
- LOVISOLO, A., *Il principio di matrice comunitaria dell' "abuso" del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2007, p. 738
- LOVISOLO, A., *L'art. 53 cost. come fonte della clausola generale antielusiva ed il ruolo delle «valide ragioni economiche» tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 3, 2009, p. 229
- LUJA, R.H.C., *Netherlands*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- LUNELLI, R., *Normativa antielusione*, in *Il Fisco*, 30, 1997, p. 8484
- LUNGHINI, G., *Elusione e principio di legalità: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2006, p. 657
- LUPI, R., *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art. 10 l. 408/1990)*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1992, p. 439
- LUPI, R., *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 411
- LUPI, R., *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 226
- LUPI, R., *Usufrutto di azioni: una norma antielusione non si può inventare*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 1936
- LUPI, R., *Elusione e legittimo risparmio di imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 5, 1997, p. 1099
- LUPI, R., *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999
- LUPI, R., *Elusione e sanzioni penali*, in *Fiscalità d'impresa e reati tributari*, a cura di LUPI, R., Milano, 2000
- LUPI, R., *Manuale Giuridico Professionale di Diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo*, Milano, 2001
- LUPI, R., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2005
- LUPI, R., *L'oggetto economico delle imposte nella giurisprudenza sull'anti economicità*, in *Corr. trib.*, 4, 2009, p. 258

- LUPI, R., «Contestazioni interpretative» e sanzioni penali tra equilibrio di fondo ed «espedienti punitivi», in *Dialoghi Tributari*, 6, 2010, p. 605
- LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990
- MALHERBE, J., *Requalification of transaction for tax purposes under section 344 § 1 of the Belgian Income Tax Code: potential application to coordination centers*, in *Intertax*, 1994, p. 381
- MALHERBE, J., *L'esperienza belga*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, A., Milano, 1999
- MANGIONE, A., *La dichiarazione infedele*, in *Diritto Penale Tributario*, a cura di MUSCO, E., Milano, 2002
- MANZONI, I., VANZ, G., *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Torino, 2008
- MARCHESELLI, A., *Elusione e sanzioni: una incompatibilità logico giuridica*, in *Corr. trib.*, 25, 2009, p. 1988
- MARCHESELLI, A., *Elusione, buona fede e principi di diritto punitivo*, in *Rass. trib.*, 2, 2009, p. 401
- MARELLO, *Elusione fiscale e abuso del diritto: profili procedimentali e processuali*, *Giurisprudenza italiana*, 2010, 7, p. 1731
- MARINUCCI, G., DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012
- MARTINENGO, S., *L'abuso del diritto in Germania e il § 42 del'Abgabenordnung*, in *Rass. trib.*, 3, 2010, p. 659
- MARONGIU, G., *Disposizioni sulla legge tributaria in generale*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, p. 337
- MARONGIU, G., *L'abuso del diritto nella legge di registro tra principi veri e principi asseriti*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2013, p. 361
- MARONGIU, G., MARCHESELLI, A., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2009
- MASTROIACOVO, V., *Dalla norma generale e astratta all'applicazione concreta*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012
- MASTROIACOVO, V., *Le fonti del diritto tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012
- MAZANSKY, E., *A New GAAR for South Africa: The Duke of Westminster is Struck a Blow*, in *Bulletin for International Taxation*, 3, 2003, p. 124
- MCMAHON, M., *Comparing the application of judicial interpretative doctrines to revenue statutes on opposite sides of the pond*, in *Comparative Perspectives on Revenue Law*, a cura di AVERY JONES, J., HARRIS, P., e OLIVER, D., Cambridge, 2008
- MCMAHON, M.J., *Living with (And dying by) The Codified Economic Substance Doctrine*, in University of Florida Levin College of Law Research paper no. 2010-13 (reperibile al seguente indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1623822>)



- MCMECHAN, R., *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*, Toronto, 2013
- MELIS, G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003
- MELIS, G., *Sull' "interpretazione antielusiva" in Benvenuto Griziotti e sul rapporto con la Scuola tedesca del primo dopoguerra: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2008, p. 413
- MENGONI, L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5
- MEREU, A., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni a margine del caso "Dolce & Gabbana"*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2012, p. 1001
- MESSINETTI, D., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, agg. II, 1998, p. 1
- MICELI, R., *Il sistema sanzionatorio tributario*, in *Diritto Tributario*, a cura di FANTOZZI, A., Torino, 2012
- MICELI, R., *Il diritto del contribuente al contraddittorio nella fase istruttoria*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, 5, p. 398
- MICHELI, G., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989
- MOERMAN, S., *The theory of tax abuse*, in *Intertax*, 8/9, 1999, p. 284
- MONTE, J., A., *Jackel Urges Tax Professionals to Comment on Economic Substance Codification*, in *Tax Notes Today*, 14 giugno 2010, p. 114
- MOORE, K.N., *The Sham Transaction Doctrine: an Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance*, in *Florida Law Review*, 41, 1989, p. 659
- MORANA, D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte: l'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007
- MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969
- MORELLO, U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8
- MORELLO, U., *Abuso del diritto*, in *Lezioni di diritto civile. Casi questioni e tecniche argomentative*, a cura di GAMBARO, A. e MORELLO, U., Milano, 2012
- MORGAN, J., *Cross-Border Regulation of Tax Shelters: The Implied Economic Substance Doctrine*, in *Tax Notes International*, 22 ottobre 2007, p. 387
- MOSCHETTI, F., *Il principio di capacità contributiva*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di PERRONE, L. e BERLIRI, C., Napoli, 2006
- NARDI, S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006
- NUSSI, M., *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 1998, p. 502
- O'SHEA, T., *Tax avoidance and abuse of EU law*, in *The EC Tax Journal*, 11, 2010, p. 77

- OPPO, G., *Recensione a Carraro*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 177
- OROW, N., *General Anti-Avoidance Rules: A Comparative International Analysis*, Londra, 2000
- OZIAN, M., DEBOISSY, F., *Garantie et domaine de la procédure de répression de l'abus de droit*, in *Revue de jurisprudence fiscale*, 2, 1993, p. 99
- PADOVANI, F., *Leggi speciali complementari, D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 4, 2007*, Milano, 2007
- PADOVANI, F., *Diritto Penale*, Milano, 2008
- PAGLARO, A., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. II, Milano, 2009
- PAGLIARO, A., *Il Reato*, in *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale*, diretto da GROSSO, C.F., PADOVANI, T., PAGLIARO, A., Milano, 2007
- PAGLIARI, G., *Il principio di legalità*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di CAGNAZZO, A. e TOSCHEI, S., Torino, 2011
- PAGONE, G.T., *Avoidance Law Developments*, relazione tenuta presso il *New Zealand Institute of Chartered Accountants* il 12 novembre 2011 (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/home/library/speech+-+avoidance+law+developments>)
- PAGONE, G.T., *Parallel tax avoidance provisions: Australia and New Zealand*, 2012, (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/find/publications/speech+-+parallel+tax+avoidance+provisions+-+australia+and+new+zealand>)
- PAGONE, G.T., *Tax Avoidance: Different Perspectives*, relazione tenuta nell'ambito del convegno STEP Asia Conference del 12 ottobre 2012, Hong Kong (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.supremecourt.vic.gov.au/find/publications/speech+-+tax+avoidance+different+perspectives>)
- PAGONE, G.T., *Part IV A: the general anti-avoidance provisions in Australian taxation law*, in *Melbourne University Law Review*, 27, 2003, p. 770
- PAGONE, G.T., *Tax avoidance in Australia*, Sydney, 2010
- PAGONE, G.T., *Aspects of tax avoidance: trans-tasman observations*, in *Australian tax review*, 3, 2011, p. 145
- PALAO TABOADA, C., *Notas a la Ley 25/1995 de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria*, in *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 153, 1995, p. 3
- PALAO TABOADA, C., *¿Existe el fraude a la ley tributaria?*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, 182, 1998, p. 8
- PALAO TABOADA, C., *La aplicación de las normas tributaria y la elusión fiscal*, Valladolid, 2009
- PALAZZO, F.C., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziali del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1991, p. 327

- PALAZZO, F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013
- PALIERO, C., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Padova, 1988
- PAPARELLA, F., *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000
- PASSAGNOLI, G., *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, a cura di VETTORI, G., (diretto da ROPPO, V.), Vol. II, Milano, 2007
- PASSANT, J., *Spotless: Removing the stain of tax avoidance in Australia*, in *British Tax Review*, 2, 1997, p. 122
- PATTI, S., *Abuso del diritto (voce)*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, Vol. I, 1981, p. 1.
- PATTON, S., *Treasury Regulation 301.6111-2T and the Economic Substance Doctrine: A Plea for Certainty in the Tax Law*, in *Houson Law Review*, 2, 2002, p. 499
- PÉREZ ROYO, F., *Commentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria*, en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, Madrid, 1991
- PÉREZ ARRAIZ, J., *El conflicto en la application de la norma tributaria en la Nueva LGT*, in *Nueva Fiscalidad*, 9, 2004, p. 24
- PERRONE, L., *Diritto tributario e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. trib.*, 3, 2007, p. 675
- PEZZUTO, G., *L'esclusione della punibilità in caso di adeguamento al parere del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive*, in *Diritto Penale Tributario*, a cura di MUSCO E., Milano, 2002
- PIANTAVIGNA, P., *Interesse fiscale e norme anti-abuso: le esperienze italiane e spagnola*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1, 2010, p. 53
- PIANTAVIGNA, P., *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011
- PICKUP, D., *In Relation to General Anti-Avoidance Provisions: A Comparative Study of the Legal Frameworks Used by Different Countries to Protect Their Tax Revenues*, in *Beyond Boundaries. Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management*, a cura di FREEDMAN, J., Oxford, 2008
- PINO, G., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, p. 161
- PISTOLESI, F., *Gli Interpelli tributari*, Milano, 2007
- PISTONE, P., *L'abuso del diritto tributario internazionale*, in *Diritto tributario internazionale*, a cura di UCKMAR, V., Padova, 2005
- PISTONE, P., *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria internazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009
- PISTONE, P., *Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation\_ From (Before) Emsland-Stärke I to Halifax (and Beyond)*, in *Prohibition of Abuse of law. A*

- New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011
- PISTONE, P., *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2, 2012, p. 433
- PIZZORUSSO, A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 655
- POGGIOLI, M., *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'Iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2006, p. 135
- PORCARO, G., *Il rapporto tra elusione e sanzioni amministrative*, in *Corr. trib.*, 35, 1997, p. 2553
- PREBBLE, J., *Trends in anti-avoidance legislation*, in *Asian-Pacific Tax and Investment Bulletin*, 9, 1991, p. 57
- PREBBLE, J., *Approaches to Tax Avoidance Prevention in Seven Asian Jurisdictions - A Comparison* in *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 15, 2009, p. 22
- PREBBLE, J., PREBBLE, R., *Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? A comparative study*, in *Saint Louis University Law Journal*, 21, 2010, p. 22
- PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 4, 2008, p. 151
- PREBBLE, J., PREBBLE, Z., *New Zealand*, in *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, a cura di BROWN, K.B., Washington, 2012
- PROKUP, J.M., *Codification of the Economic-Substance Doctrine- A Legislative Paradox*, in *Taxes*, 89, 2011, p. 17
- PUGLIATTI, S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298
- PUGLIESE, A., *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, p. 161
- RAGUCCI, G. *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 5, 2009, p. 580
- RECTOR, J., *A review of the Economic Substance Doctrine*, in *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 10, 2004, p. 173
- RESCIGNO, P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 1
- RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998
- RESTIVO, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007
- RIONDATO, S., in *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di MOSCHETTI, F. e TOSI, L., Padova, 2000

- ROBBEZ MASSON, C., *La Notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Parigi, 1998
- ROBERT, E., TOF, D., *The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, in *European Taxation*, 11, 2011, p. 436
- ROBERTSON J. F., *Codification of the economic substance doctrine*, in *Journal of Business Administration Online*, 2, 2010, p. 1
- RODOTÀ, S., *Commento all'art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, G., Bologna-Roma, 1982
- RODOTÀ, S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709
- RODRIGUEZ BEREIJO, L. M., *Normas tributaria anti-abuso y cargo de la prueba en el derecho tributario espanol*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 3, 2012, p. 699
- ROMANO, S., *Abuso del diritto (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1958, p. 170
- ROSELLI, F., *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, 1983
- ROSELLI, F., *Le clausole generali, oggi*, in *Diritto romano attuale*, 10, 2003, p. 37
- ROSSI, L., *Leveraged buy out. Gli illegittimi accertamenti del fisco italiano*, in *Boll. Trib.*, 1, 2013, p. 18
- ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge*, Weimar, 1911
- RUIZ ALMENDRAL, V., *Tax Avoidance and the European Court of Justice: what is at stake for European General Anti-Avoidance Rules?*, in *Intertax*, 12, 2005, p. 562
- RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Navarra, 2006
- RUIZ ALMENDRAL, V., ZORNOZA PÉREZ, J., *La aplicación de las normas tributarias, in Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Madrid, 2008
- RUSSO, P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1, 1999, p. 68
- RUSSO, P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007
- SACCO, R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di SACCO, R. e DE NOVA, G., Torino, 1993
- SACCO, R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di ALPA, G., et al., Torino, 2001
- SACCHETTO, C., a cura di, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011
- SACCHETTO, C., BARASSI, M., a cura di, *Introduction to comparative tax law*, Torino, 2011
- SALVINI, L., *L'elusione IVA nella giurisprudenza*, in *Corr. trib.*, 39, 2006, p. 3097

- SALVINI, L., *Abuso del diritto e clausole elusive in materia tributaria*, relazione presentata al convegno “*Elusione tributaria. L’abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna*”, 10 luglio 2008, LUISS Guido Carli, p. 29
- SANCILLO, P., *Clarifying (or is it codifying?) the "notably abstruse": step transactions, economic substance and the tax code*, in *Columbia Law Review*, 113, 2013, p. 138
- SANDLER, D., *The Minister’s Burden under GAAR*, in *Tax avoidance in Canada after Canada Trustco and Mathew*, a cura di DUFF, D.G. e ERLICHMAN, H., Toronto, 2007
- SANTAMARIA, B., *La frode fiscale*, Milano, 2011
- SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966
- SARTORI, N., *Politiche antielusive in un’ottica fiscale comparata: l’ascesa delle "forme ibride"*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 12, 2011, p. 13
- SCALINCI, C., *Il tributo senza soggetto. Ordinamento e fattispecie*, Padova, 2011
- SCERNI, M., *L’abuso del diritto nei rapporti internazionali*, Roma, 1930
- SCHNEIDER, D., M., *Use of sudicia doctrines in federal tax cases decided by trial court, 1993-2006: a quantitative assessment*, in *Cleveland State Law Review*, 57, 2009, p. 35
- SCREPANTI, S., *Elusione fiscale, abuso del diritto e applicabilità delle sanzioni amministrative*, in *Rass. trib.*, 2, 2011, p. 413
- SEELY, A., *Tax avoidance: a General Anti-Abuse Rule - Commons Library Standard Note*, 11 ottobre 2013 (reperibile al seguente indirizzo: <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN06265/tax-avoidance-a-general-antiabuse-rule>).
- SEMINARA, S., *Il delitto di abuso d’ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1992, p. 562
- SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires*, Parigi, 2001
- SERRANÒ, M.V., *La riserva di legge tributaria ed il consenso al tributo*, Torino, 2008
- SHIERS, R., ADAMS, G., *Arrowtown: wide of the mark?*, in *The tax journal*, 9 febbraio 2004, p. 7
- SMORTO, G., *L’uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2010, p. 223
- SORENSEN, K.E., *Abuse of Rights in Community Law. A Principle of Substance or Merely Rhetoric*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, p. 423
- SPOTO, A., *Revisione della clausola antielusione (art. 10 l. n. 408/1990): si devono applicare le sanzioni sull’elusione?*, in *Il Fisco*, 23, 1997, p. 6452
- STANCATI, G., *Il dogma comunitario dell’abuso della norma tributaria (Nota a Cass., sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772, Min. economia e fin. c. Soc. Edison)*, in *Rass. trib.*, 3, 2008, p. 784

- STEPHEN, W., *Fitting "Abuse of Rights" into Free Movement of Goods and Services*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011
- STEVANATO, D., *Elusione e sanzioni amministrative: spunti per una discussione*, in *Corr. trib.*, 27, 1997, p. 1964
- STEVANATO, D., *La norma antielusiva nei pareri del comitato per l'interpello*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2005, p. 219
- STEVANATO, D., *Pareri del comitato per l'interpello ed altre pronunce amministrative in materia di elusione (pt. 1)*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2005, p. 257
- STEVANATO, D., *Pareri del comitato per l'interpello ed altre pronunce amministrative in materia di elusione (pt. 2)*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2005, p. 443
- STEVANATO, D., *Elusione ed abuso del diritto come nuova frontiera dell'inferno di ciò che è palese*, in *Dial. trib.*, 6, 2009, p. 597.
- STEVANATO, D., *Elusione e abuso del diritto tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, 2013
- STIZZA, P., *L'obbligo del contraddittorio in caso di contestazione di operazioni abusive nell'ambito dell'imposizione diretta*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2012, p. 915
- SULAMI, O., *Tax Abuse - Lessons from abroad*, in *Southern Methodist University Law Review*, 65, 2012, p. 2
- TABELLINI, P.M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta. Il problema della "titolarità ingannevole" di redditi*, Padova, 1995
- TABELLINI, P.M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007
- TARUFO, M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R., II, Torino, 1989
- TERRA, B.J.W., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 2008
- TESAURO, F., *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2007
- TESAURO, F., *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 4, 2008, p. 1025
- TESAURO, F., *La motivazione degli atti d'accertamento antielusivi ed i suoi riflessi processuali*, in *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3635
- THURONYI, V., *Comparative tax law*, L'Aia, 2003
- TILEY, J., *Judicial anti-avoidance doctrine: the US alternatives*, in *British Tax Review*, 5, 1987, p. 180
- TILEY, J., *Judicial anti-avoidance doctrines: some problem areas*, in *British Tax Review*, 3, 1988, p. 63

- TILEY, J., *Tax Avoidance Jurisprudence as Normal Law*, in *British Tax Review*, 4, 2004, p. 304
- TODINI, C., *L'abuso delle forme societarie nell'imposizione sul reddito*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009
- TOOMA, R.A., *New tax laws to deter promoters of tax exploitations schemes*, in *Journal of the Australasian Tax Teachers Association*, 2, 2006, p. 158
- TOOMA, R.A., *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, 2008
- TOPPAN, A., *Elusione fiscale e sanzioni penali*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 205
- TORRENTE, A., SCHLESINGER, P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011
- TOSATO, E., *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Scritti in onore di G. Ambrosini*, Milano, 1970
- TRABUCCHI, A., *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, tomo 2, Milano, 1978
- TRIVOLI, A., *Contro l' introduzione di clausola generale antielusiva nell' ordinamento vigente*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, p. 1366
- TUCCARI, F.F., *Il principio di determinatezza*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di CAGNAZZO, A. e TOSCHEI, S., Torino, 2011
- TUNDO, F., *Natura del termine e tutela del contribuente nel procedimento di accertamento delle fattispecie potenzialmente elusive*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 11, 2011, p. 991
- TUNDO, F., *Abuso del diritto ed elusione: un'anomala sovrapposizione*, in *Corr. trib.*, 4, 2011, p. 279
- TUROT, J., *Réalisme fiscal, abus de droit et opposabilité à l'administration des actes juridiques (ou l'abus de droit rampant)*, in *Revue de jurisprudence fiscale*, 8-9, 1989, p. 458
- UCKMAR, A., *La legge del registro. Commento teorico pratico*, Padova, 1958
- VACCA, L., *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Milano, 2006
- VACCA, I., *Elusione e certezza del diritto*, relazione presentata al convegno "Elusione tributaria. L'abuso del diritto tra norma comunitaria e norma interna", 10 luglio 2008, LUISS Guido Carli
- VAN DER LINDE, K., *Tax Avoidance: The New Abnormality Requirement in Section 103(1) of the Income Tax Act*, in *Southern Africa Mercantile Law Journal*, 9, 1997, p. 1997
- VAN WEEGHEL, S., *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, Vol. 95a, Den Haag, 2010
- VANISTENDAEL, F., *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, in *EC Tax Review*, 4, 2006, p. 192



- VANISTENDAEL, F., *Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011
- VANZ, G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 5, 2002, p. 1606
- VANZ, G., *Distribuzione di riserve di utili anteriori all'acquisizione della partecipazione. Svalutazione della partecipazione ed elusione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 6, 2006, p. 500
- VELLA, J., *Sparking Regulatory Competition in European Company Law: A Response*, in *Prohibition of Abuse of law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di DE LA FERIA, R. e VOGENAUER, S., Oxford, 2011
- VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010
- VIDAL, F., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Parigi, 1957
- VILAR MAYER, P., *Planificación fiscal indebida y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria Española*, in *Estudios Financieros*, 86, 2005, p. 14
- VILAR MAYER, P., *Reflexiones sobre el conflicto en la aplicación de la norma en la ley general tributaria*, in *Temas actuales de derecho tributario*, a cura di GONZALEZ GARCIA, E., Barcellona, 2005
- VISCO, V., *Alcune osservazioni sulla formazione delle decisioni legislative in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1991, p. 261
- WATSON, A., *Legal transplants*, Edimburgo, 1974
- WATTEL, P.J., *Circumvention of national law; Abuse of Community law?*, in *Common Market Review*, 32, 1995, p. 1257
- WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance.*, The Hague, 2005
- WEBER, D., *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ - Part 1*, in *European Taxation*, 6, 2013, p. 251
- WOLFMAN, B., *Why economic substance is better left uncodified*, in *Tax Notes*, 104, 2004, p. 445
- XYNAS, L., *Tax Planning, Avoidance and Evasion in Australia 1970-2010: The Regulatory Responses and Taxpayer Compliance*, in *Revenue Law Journal*, 20, 2011, p. 1
- ZALASINSKI, A., *Proportionality of Anti-Avoidance and Anti-Abuse Measures in the ECJ's Direct Tax Case Law*, in *Intertax*, 5, 2007, p. 310
- ZANETTI, E., *Conferimento d'azienda e cessione della partecipazione tra artt. 20 e 53-bis del D.P.R. n. n. 131/1986 e abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 34, 2010, p. 5461
- ZANETTI, E., *Applicabilità delle sanzioni pecuniarie e rilevanza penale delle condotte elusive*, in *Il Fisco*, 17, 2012, p. 2599

- ZANONI, S., BERTOLASO, P., *Un test di valutazione, ai fini dell'applicabilità dell'art. 37 bis d.p.r. n. 600, alle operazioni di scissione: disamina di sessantotto pareri del comitato consultivo norme antielusive dall'anno 1998 ai primi mesi del 2007* in *Il Fisco*, 1, 2007, p. 3858
- ZATTI, F., *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, p. 2235
- ZIZZO, G., *Evasione ed elusione fiscale nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, in *Rass. trib.*, I, p. 231
- ZIZZO, G., *Riflessioni in tema di tecnica legislativa e norma tributaria*, in *Rass. trib.*, I, 1983, p. 183
- ZIZZO, G., *Sul lease back e l'elusione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, p. 225
- ZIZZO, G., *Diritto d'interpello e ruling*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1992, p. 50
- ZIZZO, G., *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in *Commentario alla Riforma Visco*, a cura di MICCINESI, M., Padova, 1999
- ZIZZO, G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 6, 2008, p. 465
- ZIZZO, G., *Ragioni economiche e scopi fiscali nella clausola antielusione*, in *Rass. trib.*, 1, 2008, p. 173
- ZIZZO, G., *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di MAISTO, G., Milano, 2009
- ZIZZO, G., *Imposta di registro e atti collegati (Nota a Cass. civ., sez. trib., 5 giugno 2013, n. 14150, Agenzia entrate c. Soc. coop. trasp. Imola)*, in *Rass. trib.*, 4, 2013, p. 874
- ZOPPINI, G., *Prospettiva critica della giurisprudenza "antielusiva" della Corte di Cassazione (1969-1999)*, in *Riv. dir. trib.*, 11, 1999, p. 932
- ZOPPINI, G., *Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2002, p. 92
- ZOPPINI, G., *Lo strano caso delle procedure di interpello in materia di elusione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2002, p. 993
- ZOPPINI, G., *Da mihi factum dabo tibi ius: note laterali sulle recenti sentenze delle Sezioni Unite in tema di abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 11, 2009, p. 607