



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea
Magistrale

in

Amministrazione,
Finanza e
Controllo

Tesi di Laurea

L'abuso del diritto nella scissione societaria

Relatore

Ch. Prof. Antonio Viotto

Laureando

Giulio Ceccon

Matricola 868659

Anno Accademico

2021 / 2022

INDICE

INTRODUZIONE	3
1. LA SCISSIONE.....	5
1.1 Aspetti civilistici.....	7
1.2 Aspetti fiscali	15
1.2.1 Imposte dirette: la neutralità fiscale	15
1.2.2 (segue) Imposte dirette: le posizioni soggettive	21
1.2.3 (segue) Imposte dirette: le scissioni intracomunitarie (cenni)	27
1.2.4 Imposte indirette (cenni)	28
1.3 Le operazioni di scissione potenzialmente abusive.....	31
2. ELUSIONE FISCALE E ART. 10-BIS L. 212/2000	36
2.1 Cosa è e cosa non è l'elusione fiscale	36
2.1.1 Legittimo risparmio d'imposta vs elusione vs evasione.....	37
2.1.2 L'elusione fiscale o abuso del diritto	43
2.2 Cenni storici.....	52
2.3 L'art. 10-bis della l. 212/2000.....	59
2.3.1 Gli aspetti sostanziali: la definizione di abuso.....	61
2.3.2 (segue) Gli aspetti sostanziali: le valide ragioni extrafiscali e la libertà di scelta del contribuente	69
2.3.3 Aspetti procedurali e conseguenze dell'abuso del diritto	76
3. L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA SCISSIONE	89
3.1 La singola scissione.....	92
3.1.1 La scissione proporzionale	92
3.1.2 La scissione non proporzionale.....	94
3.1.3 La beneficiaria controllante e la scissione inversa	100
3.1.4 Scissione di singoli beni	103
3.1.5 Considerazioni conclusive sull'abuso del diritto nella singola scissione.....	106
3.2 <i>Share deal vs asset deal</i>	109
3.2.1 La scissione seguita da circolazione indiretta di un complesso aziendale.....	110
3.2.2 La scissione seguita da circolazione indiretta di un singolo bene.....	116
3.2.3 Altre questioni relative alla scissione seguita da circolazione indiretta di beni 119	
3.2.4 Considerazioni conclusive sull'abuso del diritto nella scissione seguita dalla circolazione indiretta di beni.....	126
3.3 Le operazioni complesse	130
3.3.1 La scissione preceduta da un'altra operazione	130
3.3.2 La scissione seguita da un'altra operazione	139

CONCLUSIONE	142
BIBLIOGRAFIA	146

INTRODUZIONE

Uno dei principali obiettivi del contribuente è quello di cercare di limitare quanto più possibile il proprio carico fiscale. Talvolta costui utilizza operazioni che consentono di raggiungere i medesimi risultati economici di altre, le quali sono, però, più onerose dal punto di vista fiscale: tale manovra di “aggiramento” della legge tributaria viene identificata come elusione, un concetto oramai ricondotto a quello più ampio di abuso del diritto. Il contribuente, pertanto, si avvale di particolari regimi fiscali, ideati dal legislatore per determinate finalità, in maniera differente rispetto alla *ratio* per la quale sono stati costituiti. Alcune tipiche operazioni che, in ambito societario, sono state oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore sono quelle di natura straordinaria, tanto che erano le uniche espressamente previste nell’oramai abrogato art. 37-*bis* del d.p.r. del 29 settembre 1973, n. 600 rubricato “Disposizioni antielusive”. Fusioni, trasformazioni, conferimenti e cessioni sono da sempre sotto la lente di ingrandimento dell’Amministrazione finanziaria, ma una delle operazioni straordinarie che maggiormente, sotto l’aspetto dell’elusività, è stata oggetto di istanze di interpello e contenziosi è, senza dubbio, la scissione societaria. Il regime di neutralità che il legislatore ha attribuito a tale operazione rappresenta l’elemento che, in molti casi, ha indotto l’Amministrazione Finanziaria ad etichettare come elusiva la scissione. Infatti, tramite essa, è possibile ottenere i medesimi, o comunque molto simili, risultati economici che si sarebbero realizzati tramite operazioni più onerose dal punto di vista fiscale. Tuttavia, con la recente introduzione dell’art. 10-*bis* l. del 27 luglio 2000, n. 212 (il cd. Statuto del contribuente), la linea intransigente dell’Amministrazione Finanziaria si è via via sempre più affievolita consentendo, anche dal punto di vista fiscale, operazioni che fino ad allora erano ritenute elusive e, dunque, illegittime. L’obiettivo di questo lavoro è di descrivere sia dal punto di vista civilistico che fiscale la scissione, permettendo al lettore di inquadrare tale operazione straordinaria e di comprendere quali suoi aspetti critici che potrebbero essere sfruttati dal contribuente a proprio beneficio al mero fine di conseguire un illecito vantaggio tributario e, in seguito, verranno presentate le operazioni di scissione che negli anni sono state esaminate dall’Amministrazione Finanziaria. Successivamente, dopo aver definito il concetto di elusione e averlo distinto dalla lecita pianificazione fiscale e dall’evasione, verrà analizzato l’art. 10-*bis* della l. 212/2000, che disciplina, in maniera generale, l’istituto dell’abuso del diritto in ambito tributario. In particolare, si procederà ad un’analisi di tale articolo; dapprima sugli aspetti sostanziali, in modo da individuare i presupposti dell’elusione fiscale, e poi su quelli procedurali e sanzionatori, al fine di comprendere il percorso che il contribuente deve intraprendere affinché l’operazione che vuole

mettere in atto non venga qualificata come elusiva, con le possibili conseguenze. Infine, verranno illustrati alcuni casi concreti relativi alla scissione nell'ambito dell'elusione fiscale, al fine di poter osservare come il trattamento riservato all'utilizzo abusivo di tale operazione straordinaria da parte dell'Amministrazione Finanziaria si sia evoluto nel corso degli anni, con posizioni più o meno condivisibili.

1. LA SCISSIONE

La scissione, assieme alla fusione, al conferimento d'azienda o di partecipazioni, alla cessione d'azienda o di partecipazioni e all'affitto d'azienda, appartiene a quel novero di operazioni straordinarie che comportano il trasferimento di un complesso aziendale al fine di ristrutturare e riorganizzare un gruppo di imprese e/o sono finalizzate al cambiamento del soggetto cui spetta il governo economico dell'impresa¹. Tale operazione deve il suo nome alla sua omologa francese, in quanto la Francia fu il primo Paese europeo a introdurla all'interno del proprio ordinamento. Fino agli anni '70 e '80 del secolo scorso, in Italia veniva utilizzato il conferimento d'azienda, istituto tuttora utilizzato e molto simile alla scissione, ma, attraverso il D.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, emanato in attuazione della VI direttiva CEE n. 891/82² in materia societaria, la scissione venne aggiunta alle operazioni straordinarie consentite dall'ordinamento³, subendo, fino ad oggi, delle variazioni normative piuttosto marginali, per lo più di carattere terminologico. Infatti, il D.lgs. 6/2003, nell'articolo dedicato alla scissione, ha cambiato il verbo "trasferire" in "assegnare", al fine di distinguere definitivamente tale operazione dal conferimento d'azienda.

Nel corso degli anni la dottrina ha sviluppato tre diversi filoni teorici riguardanti la qualificazione giuridica dell'istituto della scissione. Tali ricostruzioni sono affini a quelle emerse con riferimento alla fusione, ma sono chiaramente riconducibili anche all'operazione in analisi data la notevole somiglianza tra le due⁴.

La prima interpretazione, cd. tradizionale, vede l'istituto come una successione da parte delle beneficiarie nei rapporti giuridici facenti capo alla scissa, la quale, in seguito all'operazione si

¹ SOSTERO U., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, in MANCIN M. (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2020, p. 2.

² Tale atto prevedeva di estendere la scissione a tutte le società per azioni europee, basandosi sulle previsioni normative dell'art. 54, par. 3, lett. g), e riconosceva due tipologie di scissione: per incorporazione o per costituzione di nuova società. Il legislatore italiano, sostanzialmente, introdusse le medesime forme previste nella Direttiva, ampliando, tuttavia, il novero di società ammesse all'operazione, cioè tutti i tipi di società lucrative e cooperative. Di conseguenza, sono esclusi dall'istituto tutti gli enti diversi dalle società, questo anche perché la sezione del codice dedicata a tale operazione straordinaria è rubricata "Della scissione delle società". Inoltre, sempre dal punto di vista soggettivo, la scissione può essere messa in atto da società sottoposte sia a procedure concorsuali che a liquidazione, a condizione che non abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.

³ Oggi la disciplina della scissione si trova nel Libro V, Titolo V, Capo X, Sezione III del Codice civile, artt. 2506 ss.

⁴ cfr. al riguardo SPERONELLO F., *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di "assegnazione" di quote della scissa*, in Giurisprudenza commerciale, 2001, n. 2, p. 288. Sul punto anche ZIZZO G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2018, p. 713-714, il quale afferma: « Tra scissa e beneficiaria si riallaccia infatti un rapporto di continuità non dissimile a quello che intercorre tra incorporata ed incorporante, fondato, se non proprio sull'identità soggettiva, sul perpetuarsi nelle società derivanti dall'operazione degli elementi costitutivi (patrimonio e compagine sociale) delle società partecipanti».

estingue⁵. Nello specifico, si ritiene che la qualificazione della scissione come successione tra persone giuridiche, con evidenti analogie con quella *mortis causa* tra persone fisiche, fosse in grado di spiegare il trasferimento del patrimonio da una società ad un'altra, con effetto estintivo nel caso di scissione a favore di società preesistenti ovvero estintivo-costitutivo nel caso di costituzione di nuove società. Questa era la principale tesi adottata anche dalla giurisprudenza prima della riforma del 2003⁶. Tuttavia, a tale ricostruzione dogmatica è stato obiettato che nella scissione parziale non si verifica alcuna estinzione e neppure alcuna costituzione qualora la società beneficiaria fosse già esistente e che il trasferimento del patrimonio non rappresenta un effetto dell'operazione, bensì ne costituisce il mero strumento attuativo⁷. Da qui sorge la seconda chiave di lettura, secondo la quale l'istituto deve piuttosto essere inquadrato con riferimento alle modificazioni del contratto sociale⁸, dal momento che il risultato che si ottiene non è l'estinzione o la costituzione di società, ma un'evoluzione della struttura societaria attraverso una modifica statutaria⁹.

Infine, il terzo orientamento assume un carattere per così dire intermedio, volto a far conciliare le due soluzioni precedentemente esposte, rilevandone l'assenza di antinomia¹⁰. A seconda del punto di vista assunto per valutare la qualificazione giuridica della scissione, può risultare che entrambi i filoni interpretativi risultino corretti. In particolare, nella prospettiva dell'organizzazione societaria, la scissione svolge indubbiamente una funzione modificativa; se, invece, si presta attenzione alla destinazione del patrimonio, la scissione assume una funzione traslativa. Pertanto, le due funzioni, e le due corrispondenti qualificazioni, possono coesistere ed essere, dunque, entrambe valide a seconda dell'ottica dell'interprete.

In definitiva, pare che il legislatore abbia riconosciuto la ricostruzione “modificativa” come quella corretta. Difatti, in *primis*, è stato eliminato ogni riferimento al “trasferimento” del

⁵ Tra gli altri, cfr. BELVISO U., *La fattispecie della scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1993, p. 529-532; MAGRÍ A., *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999; PICCIAU A., *Commento Sub 2506*, in BIANCHI A.L. (a cura di), *Trasformazione – Fusione – Scissione. Artt. 2498 – 2506-quater c.c.*, in P. MARCHETTI P., BIANCHI L.A., GHEZZI F. e NOTARI M., *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2006.

⁶ Si vedano, ad esempio, Cass. 6 ottobre 1998, n. 9897 e Cass. 7 aprile 2001, n. 6143.

⁷ CIVERRA E., *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, p. 199; LUCARELLI P., *La scissione di società*, Torino, 1999, p. 88.

⁸ Da qui la denominazione di orientamento “modificativo”.

⁹ Interpretazione proposta inizialmente da SIMONETTO E., *Della trasformazione e della fusione delle società*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 133, la quale è stata successivamente seguita, tra i tanti, da BAVETTA G., *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1994, n. 1, p. 357 e da CIVERRA E., *op. cit.*, p. 199.

¹⁰ Chiave di lettura proposta da: CARUSO C., *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, n. 2, p. 195.

patrimonio dalla scissa alle beneficiarie, sostituendo tale termine con “assegnazione”¹¹, come «ad evocare quasi una natura dichiarativa, divisoria e non traslativa dell'atto di scissione»¹². In secondo luogo, pare che il legislatore abbia attribuito rilevanza a tale orientamento dottrinale inserendo nell' art. 2545-*novies*, 2° comma, rubricato “Modificazioni dell'atto costitutivo”, la norma riguardante la fusione e la scissione di società cooperative, cui, *ante* riforma, era dedicato un apposito articolo¹³, con l'implicita conferma che la fusione e la scissione rappresentano modificazioni dell'atto costitutivo.

1.1 Aspetti civilistici

Nell'ordinamento non è prevista una definizione compiuta relativa all'operazione di scissione, potendo rinvenire solamente una descrizione delle modalità con cui essa si effettua. In particolare, il primo comma dell'art. 2506 c.c. afferma che «con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci». Si può dunque fare una prima distinzione: si ha una scissione totale (o propria) nel caso in cui l'intero patrimonio di una società (la scissa) venga assegnato a due o più società¹⁴ già esistenti ovvero *newco* (denominate beneficiarie nel primo caso, scissionarie nel secondo¹⁵), mentre si parla di scissione parziale (o impropria) quando solo una parte del patrimonio della scissa viene assegnato ad un'altra o più società¹⁶. In quest'ultimo caso la scissa potrà continuare, pur con un patrimonio ridotto, ad operare; viceversa, tale condizione viene meno nella scissione propria. In entrambi i casi, il corrispettivo dell'operazione è rappresentato da azioni o quote, le quali vengono attribuite ai soci della scissa, non configurandosi, di conseguenza, alcun vincolo partecipativo tra quest'ultima e la/le beneficiaria/e, legame tipico, invece, nell'operazione di

¹¹ La *Relazione* di accompagnamento al decreto legislativo ha precisato al riguardo (par. 14) che ciò è stato fatto «anche al fine di chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi della scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni».

¹² CIVERRA E., *op. cit.*, p. 200.

¹³ L'art. 2538 c.c., rubricato “fusione e scissione”.

¹⁴ Nel caso di scissione totale «necessariamente ci dovrà essere una pluralità di società beneficiarie. Infatti, in presenza di un'unica società beneficiaria già esistente non si avrebbe scissione totale bensì fusione per incorporazione. Se invece l'unica società beneficiaria venisse costituita *ex novo*, con tale operazione si realizzerebbe non una scissione, ma una trasformazione della società scissa». Così, FERRO LUZZI P., *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1991, n. 1, p. 1070.

¹⁵ Per comodità d'esposizione, nel paragrafo si farà riferimento solamente alle beneficiarie.

¹⁶ Per completezza d'informazione, la scissione totalitaria si può ulteriormente distinguere in scissione per incorporazione e in scissione in senso stretto allorquando le beneficiarie siano, nel primo caso, preesistenti ovvero, nel secondo caso, neocostituite. Un'ulteriore distinzione nell'ambito della scissione totale si può fare a seconda della forma societaria delle beneficiarie: omogenea (da società di capitali a società di capitali ovvero da società di persone a società di persone) progressiva (da società di persone a società di capitali) ovvero regressiva (da società di capitali a società di persone).

conferimento, che si instaura tra conferente e conferitaria¹⁷. Inoltre, è possibile un conguaglio in denaro che non superi il 10% del valore nominale della partecipazione attribuita.

Un altro caso riconosciuto dalla dottrina¹⁸ è quello della scissione doppia. Essa consiste in due società che attribuiscono contemporaneamente parte del proprio patrimonio ad un'unica beneficiaria, la quale può essere sia preesistente che *newco*.

La modalità con cui le azioni o le quote vengono ripartite fra i soci permette di classificare le operazioni di scissione in proporzionali e non proporzionali. In particolare, si ha la prima fattispecie quando a ciascun socio della scissa vengono attribuite azioni o quote della/e beneficiaria/e tenendo conto delle percentuali partecipative nella scissa; pertanto, all'esito dell'operazione, i soci di quest'ultima saranno nella stessa proporzione anche soci, nel caso di scissione parziale, ovvero solo soci, nel caso di scissione totale, di ciascuna delle beneficiarie. Ciò significa che l'operazione non ha in alcun modo alterato gli equilibri di potere tra i soggetti che detengono, ovvero detenevano, le partecipazioni della scissa: da qui l'accezione di proporzionale¹⁹. Viceversa, si avrà scissione non proporzionale nei casi in cui le azioni o le quote delle beneficiarie vengono assegnate ai soci della scissa senza considerare le originarie partecipazioni al capitale sociale. Di conseguenza, all'esito dell'operazione, i soci della scissa saranno anche soci, nel caso di scissione parziale, ovvero solo soci, in caso di scissione totale, delle beneficiarie con percentuali di partecipazioni differenti rispetto alla situazione *ante* operazione straordinaria. Il caso estremo di scissione non proporzionale è rappresentato dalla cd. scissione asimmetrica, la quale viene descritta direttamente dal legislatore nell'art. 2506 c.c.: è il caso in cui, dietro consenso unanime dei soci, ad alcuni di essi vengono attribuite azioni o quote della scissa invece che della/e beneficiaria/e.

Altri casi particolari di scissione sono rappresentati da quella cd. inversa e da quella cd. negativa. Nella prima, la scissa partecipa la società beneficiaria e parte del patrimonio assegnato è rappresentato da azioni o quote di quest'ultima, le quali potranno essere trattate in tre maniere differenti: a) verranno annullate comportando una riduzione del capitale nella beneficiaria; b) nel caso si tratti di azioni²⁰ e vengano rispettati i limiti dell'art. 2357 c.c.²¹, potranno essere

¹⁷ Questa è una tra le differenze principali tra scissione e conferimento: nella prima le azioni o quote ottenute vengono attribuite ai soci della scissa, la quale, parallelamente nel conferimento, sarebbe la conferente, ossia la destinataria della partecipazione. Di conseguenza, per giungere alla medesima situazione, la conferente dovrebbe assegnare ai propri soci le partecipazioni ottenute tramite il conferimento.

¹⁸ Massima n. 114 del Consiglio Notarile di Milano nel 2009.

¹⁹ MORANO A., *La scissione non proporzionale*, in www.fondazione-notariato.it

²⁰ Infatti, tale trattamento è vietato per le quote in s.r.l. e per le società di persone.

²¹ «La società non può acquistare azioni proprie se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate» e «il valore nominale delle azioni acquistate [...] dalle società che fanno ricorso al mercato del capitale

mantenute nel patrimonio della beneficiaria ovvero cedute a terzi; c) verranno assegnate direttamente ai soci della scissa le azioni dalla stessa detenute nella beneficiaria, con la conseguenza che quest'ultima riceverà solamente elementi patrimoniali diversi dalla partecipazione²². La seconda, invece, è caratterizzata dal fatto che l'ammontare delle passività apportate supera il valore delle attività. Questa tipologia può verificarsi solo a condizione che il valore economico di quanto assegnato sia positivo; di conseguenza, essa comporterà un incremento del patrimonio della scissa²³ e una riduzione del patrimonio ovvero una minusvalenza nella beneficiaria²⁴.

Dopo aver visto le diverse fattispecie che possono essere messe in atto dagli operatori economici, si analizza il procedimento di scissione e come esso possa essere diviso in tre fasi: la redazione del progetto di scissione, la delibera di scissione e, infine, l'atto di scissione.

L'art. 2506-bis c.c. tratta del progetto di scissione. Si tratta di un documento, analogo a quello previsto per la fusione, redatto dall'organo amministrativo e volto a presentare ai soci gli aspetti formali e sostanziali della scissione. Oltre agli elementi comuni con il progetto di fusione²⁵, tale documento deve presentare la descrizione esatta degli elementi assegnati alle società beneficiarie. Invero, tale rigidità è stata posta affinché non sussistano dubbi circa l'individuazione degli elementi patrimoniali della scissa da assegnarsi alle società beneficiarie, al fine di tutelare non solo i soci, ma anche i terzi, come si evince dagli adempimenti prescritti dall'ultimo comma dell'art. 2506-bis²⁶. In via residuale, il secondo comma prevede che gli elementi dell'attivo per i quali non è espressamente prevista una destinazione, in caso di scissione totale, vengano assegnati tra le beneficiarie in proporzione alle percentuali di

di rischio non può eccedere la quinta parte del capitale sociale, tenendosi conto a tal fine anche delle azioni possedute da società controllate.»

²² Tale soluzione è proposta da CORSI C. e FARINON P., *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Torino, 2018, p. 232.

²³ L'OIC 4 prevede l'iscrizione di una cd. "riserva da scissione".

²⁴ Si trattano di soluzioni indicate dall'orientamento L.E. 1 del 2008 del Consiglio Notarile del Triveneto, non essendo prevista alcuna disposizione da parte dell'OIC 4.

²⁵ Dal progetto di scissione devono in ogni caso risultare:

- 1) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla scissione;
- 2) l'atto costitutivo (e lo statuto) delle beneficiarie;
- 3) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro, dove per rapporto di cambio si intende il numero di azioni delle beneficiarie da consegnare ai soci della scissa;
- 4) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote delle società beneficiarie ai soci della società scissa;
- 5) la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili;
- 6) la data a decorrere dalla quale le operazioni della società scissa si considerano, dal punto di vista contabile, compiute per conto di una o dell'altra società beneficiaria;
- 7) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;
- 8) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla scissione.

²⁶ BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *Codice civile commentato*, Milano, 2012.

patrimonio netto ad esse assegnato²⁷, mentre in caso di scissione totale, essi restano in capo alla scissa. Per quanto riguarda gli analoghi elementi del passivo, il codice stabilisce che rispondono in solido le beneficiarie, ovvero beneficiarie e scissa, limitatamente alle quote di patrimonio netto *post* scissione.

Inoltre, dal progetto deve risultare il metodo di attribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie. Nel caso di scissione proporzionale, non sembra esserci alcun problema. Viceversa, la situazione potrebbe essere più complessa nel caso di scissione non proporzionale. La dottrina²⁸ ha individuato tre criteri per attribuire le partecipazioni: il primo è quello cd. “nominativo”, con il quale le partecipazioni della beneficiaria vengono attribuite mediante indicazione nominativa degli aventi diritto; il secondo è quello cd. “misto”, dove le partecipazioni delle beneficiarie vengono attribuite ad alcuni soci in maniera proporzionale, mentre ad altri senza rispettare le percentuali partecipative nella scissa; infine, con il terzo metodo, quello cd. “opzionale”, viene attribuito ai soci un diritto di opzione per ottenere una partecipazione proporzionale in tutte le partecipanti all’operazione straordinaria. Dunque, il metodo scelto deve essere descritto con chiarezza e precisione nel progetto di scissione.

Lo stesso art. 2506-*bis* prevede che ai soci dissenzienti venga data la possibilità di far acquisire le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro cui è sottoposto l’obbligo di acquisto. In questo caso, l’intento del legislatore è quello di tutelare i soci di minoranza²⁹.

Infine, l’ultimo comma di tale articolo, stabilisce che il progetto debba essere pubblicato presso il registro delle imprese ovvero sul sito internet della società in modo tale che tra l’atto di pubblicità e la data di approvazione da parte dei soci intercorra un termine non inferiore a trenta giorni. Così come per la fusione, tale termine può essere rinunciato ovvero ridotto con consenso unanime dei soci.

²⁷ Secondo le modalità previste per la determinazione del rapporto di cambio, v. *infra* p. 10.

²⁸ Sul punto, NIGRO G., *Ripartizione delle partecipazioni e opzione dei soci nella scissione di società*, Milano, 2001, p. 22; PICONE L.G., *Commento all’art. 2506-bis*, in MARCHETTI P.G. (a cura di), *Commentario alla riforma delle società - Trasformazione, fusione, scissione*, Milano, 2006, p.1128 e ss. e QUATRARO B., «La scissione», in Riv. dir. comm., 1995, p. 1108.

²⁹ Di questo avviso BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *op. cit.* In particolare, originariamente, vi era la possibilità per ciascun socio di optare per la partecipazione a tutte le società interessate all’operazione in proporzione della sua quota di partecipazione originaria, ma in seguito alla riforma del 2003, il legislatore ha sostituito tale facoltà con il diritto dei soli soci che non abbiano approvato il progetto di scissione, di ottenere l’acquisto delle proprie partecipazioni da parte degli altri. Secondo gli autori, in questo modo la tutela appare meno forte, in quanto come unica alternativa all’accettazione del progetto, al socio rimane solamente l’abbandono della compagine sociale, per di più alle condizioni dell’art. 2437-*ter* c.c., che potrebbero essere penalizzanti dal punto di vista remunerativo.

L'articolo 2506-ter c.c. indica i documenti illustrativi che l'organo amministrativo deve allegare al progetto di scissione e cioè la situazione patrimoniale, la relazione illustrativa e, eventualmente, la relazione degli esperti. Per quanto riguarda la prima, essa deve riguardare tutte le società coinvolte nell'operazione; dunque, sia la scissa che le beneficiarie, qualora siano già esistenti. Ciascun organo amministrativo mette a disposizione la situazione patrimoniale della propria società coinvolta, al fine di aggiornare tutti i soci circa le composizioni patrimoniali dei soggetti coinvolti nell'operazione straordinaria³⁰. Tale documento non deve riferirsi ad una data anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di scissione è depositato presso la sede della società; in alternativa è possibile utilizzare il bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito del progetto. Qualora non vi siano situazioni patrimoniali in grado soddisfare almeno uno di questi due presupposti, è necessario redigerne una nuova.

Il secondo documento allegato al progetto di scissione è la relazione illustrativa dell'organo amministrativo. Essa deve illustrare e giustificare sia dal punto di vista giuridico che economico l'operazione, con particolare riferimento al rapporto di cambio delle azioni o quote, presentandone i criteri di distribuzione e il valore effettivo³¹ del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che eventualmente resta alla scissa. Dal punto di vista tributario, il documento ora preso in considerazione potrebbe essere molto importante per il contribuente al fine di dimostrare l'esistenza di "valide ragioni extrafiscali"³² per poter escludere l'abusività dell'operazione messa in atto. Difatti, come espressamente previsto dal legislatore, nella relazione illustrativa l'organo amministrativo deve descrivere le motivazioni economiche che hanno portato alla scissione. A tal proposito, l'OIC 4³³ riconosce tre obiettivi perseguibili attraverso la scissione: a) la possibilità di ridefinire l'assetto proprietario di un'impresa, b) un mezzo per poter riorganizzare l'impresa e infine c) una forma di cessione d'azienda. Nel primo caso, è possibile distribuire il patrimonio della scissa in più società, al fine di rimodulare la compagine sociale. Ciò può avvenire per svariate ragioni, ad esempio per poter porre fine ad eventuali dissidi venutisi a creare per la gestione dell'impresa, oppure per favorire il passaggio generazionale, attribuendo a ciascuno dei familiari il ramo aziendale più vicino ai propri

³⁰ MANCIN M., *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2020, p. 121.

³¹ Secondo l'OIC 4, «Per "valore effettivo" deve intendersi, come ritenuto dalla dottrina, non il valore del patrimonio netto contabile, bensì il valore del patrimonio "rettificato", valutando le attività a valori correnti per stabilire quali beni delle società beneficiarie e della società scissa e per quale valore concorrono a costituire la garanzia per i creditori». Per un ulteriore approfondimento sul tema, cfr. BUONGIORNO M., *Il valore effettivo nella scissione: riflessioni sulla stima*, in *La rivista delle operazioni straordinarie*, 2015, n. 10, p. 40.

³² Questo aspetto verrà approfondito nel paragrafo 2.3.2.

³³ Si tratta del principio contabile nazionale che riguarda le operazioni di fusione e scissione.

interessi o competenze³⁴³⁵. Nel secondo caso, la scissione consente di riorganizzare e ristrutturare l'impresa, senza alterare i vincoli partecipativi. Un esempio potrebbe essere quello di attribuire autonomia ad una *business unit* operante all'interno della scissa, per poter ricorrere a nuovo capitale di rischio e di credito ovvero riconoscere maggior indipendenza al *management*. Piuttosto frequente è, inoltre, il ricorso alla scissione per poter separare l'area produttiva da quella immobiliare, realizzando il cd. *spin-off* immobiliare, con conseguente suddivisione del rischio tra aree d'affari, oppure separazione di compagini sociali o, infine, per indirizzare più facilmente le politiche di gestione³⁶. Con il terzo caso, invece, la scissione potrebbe rappresentare una cessione d'azienda, perché la beneficiaria appartiene ad un altro gruppo, in modo tale che i soci della scissa diventino soci di minoranza, oppure quando la beneficiaria è destinata alla quotazione nei mercati regolamentati³⁷. Più frequente, invece, è la circolazione indiretta dell'azienda, consistente nella vendita delle partecipazioni assegnate in seguito alla scissione, operazione che, come si vedrà³⁸, potrebbe presentare profili di elusività. Tornando alla norma, l'ultimo documento che viene richiesto dal legislatore è la relazione degli esperti. Essa, in particolare, ha per oggetto un parere sulla congruità del o dei metodi utilizzati dall'organo amministrativo per determinare il rapporto di cambio e dei criteri di attribuzione delle azioni o delle quote ai soci³⁹.

Tuttavia, il legislatore contempla una deroga alla predisposizione di tutti questi documenti accompagnatori al progetto, a condizione che la scissione avvenga mediante costituzione di una o più nuove società e le partecipazioni vengano attribuite secondo il metodo proporzionale. Analogamente, con il consenso unanime di tutti soci e di tutti gli eventuali possessori di altri strumenti finanziari coinvolti nell'operazione, il comma 4° dell'articolo prevede che l'organo amministrativo possa essere esonerato dalla redazione della situazione patrimoniale e della relazione illustrativa, così come si può rinunciare alla relazione degli esperti⁴⁰.

³⁴ SCOMIGLIANO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, p. 75.

³⁵ Infatti, la scissione rappresenta uno degli strumenti attraverso il quale si dà attuazione al Patto di famiglia, definito dall'art. 768-bis c.c. come «il contratto con cui, [...], l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, a uno o più discendenti».

³⁶ Queste due ragioni economiche sono illustrate da BRUGNOLI A., *La scissione*, in MANCINI M. (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2020, p. 287-288.

³⁷ BRUGNOLI A., *op. cit.*, p. 287.

³⁸ Per la presentazione della fattispecie, v. *infra* pp. 33 ss.; per casi concreti v. *infra* par. 3.2.

³⁹ In particolare, viene richiesto agli esperti di analizzare i risultati derivanti dai metodi utilizzati, sottolineando eventuali difficoltà rinvenute nella determinazione dei capitali economici e del loro confronto.

⁴⁰ Si comprende, dunque, come questa norma sia posta nell'interesse dei soci, poiché possono rinunciare alla formalità del deposito presso la sede sociale. Di conseguenza, tali documenti non sono destinati principalmente ai terzi creditori, dal momento che, se tutti i soci acconsentono, possono non venire redatti. Di questo avviso, BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *op. cit.*

Vi è, infine, un ampio rimando alla disciplina delle fusioni, delle quali in seguito verrà fatto un *excursus* per descrivere le ultime fasi del procedimento di scissione⁴¹.

Il progetto di scissione, unitamente alle situazioni patrimoniali delle società coinvolte, ai documenti illustrativi e ai bilanci degli ultimi tre esercizi dei soggetti interessati nonché le corrispettive relazioni dell'organo amministrativo e del soggetto revisore legale, deve essere depositato presso le sedi delle società coinvolte, ovvero pubblicato sul sito internet delle stesse, almeno trenta giorni prima la delibera di scissione, in modo tale da permettere a tutti i soci di essere adeguatamente informati sugli effetti che deriveranno dalla scissione⁴². Di conseguenza, ciascuna compagine sociale deciderà circa l'approvazione del progetto di scissione, che è differente per ogni soggetto coinvolto⁴³. In sede di votazione, è consentito apportare alcune modifiche al progetto⁴⁴, a condizione che esse non incidano sui diritti dei soci o dei terzi⁴⁵.

Successivamente, la delibera di tutte le società coinvolte viene depositata presso il registro delle imprese, assieme alla documentazione inerente.

Il passaggio conclusivo dell'intera procedura è rappresentato dall'atto di scissione. Il legislatore, tuttavia, ha sancito che debbano trascorrere sessanta giorni tra la delibera di scissione e la stipula dell'atto. Tale intervallo temporale è posto a tutela dei creditori, i quali possono presentare opposizione all'operazione poiché ritengono che sussista il rischio di venire pregiudicati dalla stessa⁴⁶. Una volta passato il termine, si può procedere alla stesura dell'atto di scissione. Esso ha la forma dell'atto pubblico, e deve essere depositato presso gli uffici del registro delle imprese dei luoghi dove si trova la sede delle società coinvolte, entro trenta giorni dalla data di redazione. L'art. 2506-*quater* c.c. sancisce che la scissione ha effetto una volta che sono stati compiuti tutti gli atti di trascrizione da parte di tutti gli organi amministrativi dei soggetti coinvolti⁴⁷. Tali effetti sono: in *primis*, in caso di scissione totale, l'estinzione della

⁴¹ In particolare, gli articoli 2501-septies, 2502, 2502-bis, 2503, 2503-bis, 2504, 2504-ter, 2504-quater, 2505, primo e secondo comma, 2505-bis e 2505-ter relativi alla fusione sono riferibili anche alla scissione.

⁴² MANCIN M., *op. cit.*, p. 120.

⁴³ Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispone diversamente, nelle società di persone l'approvazione si avrà per la maggioranza dei soci determinata secondo la loro partecipazione agli utili, mentre nelle società di capitali, l'avvallo all'operazione avviene secondo le norme previste per la modifica dell'atto costitutivo, ossia con consenso di almeno la metà dei soci rappresentanti l'intero capitale sociale, ovvero secondo statuto.

⁴⁴ Secondo BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *op. cit.* non sono modificabili, ad esempio, il rapporto di cambio, l'eventuale conguaglio in denaro, i vantaggi particolari che sono eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla scissione.

⁴⁵ In caso contrario, occorrerà riavviare l'intera procedura.

⁴⁶ Tuttavia, tale termine può venire meno qualora vi sia il consenso di tutti i creditori di tutte le società coinvolte, ovvero che i creditori dissenzienti vengano soddisfatti o che le somme a loro dovute vengano depositate in un conto bancario vincolato, ovvero che la relazione degli esperti attesti che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti non rende necessaria alcuna garanzia.

⁴⁷ È prevista la possibilità di stabilire una data successiva, a condizione che le beneficiarie siano già costituite. Inoltre, per quanto riguarda la data a partire dalla quale le azioni o quote assegnate partecipano agli utili e la data

scissa; in secondo luogo, si realizza il trasferimento della porzione del patrimonio destinato a ciascuna delle beneficiarie, le quali, inoltre, subentrano nei diritti e negli obblighi della scissa ad esse assegnati⁴⁸; da ultimo, vengono attribuite le partecipazioni delle beneficiarie ai soci della scissa secondo i criteri determinati nel progetto di scissione. Infine, a ulteriore tutela dei creditori, il terzo comma sancisce il principio della responsabilità solidale delle società partecipanti all'operazione per i debiti della scissa non soddisfatti dalle società cui essi fanno carico, limitatamente al valore effettivo⁴⁹ del patrimonio netto assegnato ovvero rimasto.

A determinate condizioni, il legislatore ha concesso alcune deroghe alla procedura di scissione appena descritta, in modo tale da renderla più snella. In particolare, l'art. 2506-ter ultimo comma c.c., effettua il rinvio anche all' art. 2505 c.c., riguardante l'incorporazione di società interamente possedute, e all' art. 2505-bis c.c., riguardante l'incorporazione di società possedute per almeno il 90%. Conseguentemente, in caso di scissione a favore di società interamente partecipata dalla società scindenda: a) il progetto di scissione può omettere informazioni circa il rapporto di cambio e l'eventuale conguaglio in denaro, la modalità di assegnazione delle azioni o quote delle beneficiarie e la data dalla quale queste partecipano agli utili realizzati; b) è possibile che sia l'organo amministrativo a deliberare circa l'adesione alla scissione; c) non è necessaria la relazione dell'organo amministrativo che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di scissione; d) non è necessaria la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio. Nel caso, invece, in cui la scindenda posseda almeno il 90% delle partecipazioni della beneficiaria, vi è l'esonero alla stesura della situazione patrimoniale, della relazione degli amministratori e della relazione degli esperti nonché al deposito dei documenti trenta giorni prima della delibera assembleare, a condizione che ai soci di minoranza venga concessa la possibilità di far acquisire le proprie azioni o quote al corrispettivo determinato secondo i criteri previsti per il recesso. Analogamente, è prevista la possibilità che la scissione venga decisa dall'organo amministrativo, sempre mediante atto pubblico.

Dopo aver individuato le varie forme nelle quali possa perpetrarsi la scissione e il procedimento che deve essere seguito per metterla in atto, verrà presentato il trattamento riservato dal legislatore fiscale dal punto di vista delle imposte dirette con, in seguito, qualche cenno sulle imposte indirette.

dalla quale le operazioni della scissa sono imputate alle società risultanti dalla scissione, è possibile stabilire date anteriori a quella posta sull'atto di scissione.

⁴⁸ In caso, di scissione totale, qualunque beneficiaria può adempiere agli obblighi pubblicitari della scissa.

⁴⁹ V. nota 31.

1.2 Aspetti fiscali

1.2.1 Imposte dirette: la neutralità fiscale

L'operazione di scissione, dal punto di vista delle imposte sui redditi, viene trattata dal d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito "TUIR") nel Titolo III, Capo III, art. 173 rubricato "Scissione di società", con frequenti rinvii all'art. 172 TUIR, relativo alla fusione.

Il primo comma dell'articolo in analisi sancisce che: «la scissione totale o parziale di una società in altre preesistenti o di nuova costituzione non dà luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni della società scissa, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento». Attraverso questa norma viene introdotto uno dei tratti fondamentali della disciplina fiscale della scissione e cioè la neutralità, istituto che attribuisce a tale operazione l'inidoneità a far emergere componenti di reddito. Secondo la dottrina⁵⁰, tale aspetto rappresenta il regime fiscale naturale delle cd. "operazioni sui soggetti", quali la fusione o la scissione, in contrapposizione con il regime realizzativo delle cd. "operazioni sui beni", come i conferimenti o le cessioni. Il legame tra neutralità e "operazioni sui soggetti" può essere spiegato con due ordini di ragioni. Da un punto di vista esclusivamente tributario, si è osservato che vengono mantenuti i vincoli funzionali di destinazione degli elementi patrimoniali rispetto all'attività d'impresa esercitata e di conseguenza, in base alla disciplina fiscale dei beni d'impresa, non può esservi alcun realizzo di valori una volta che si verificano tali operazioni straordinarie⁵¹. Prendendo, invece, in considerazione la teoria cd. "modificativa" in precedenza esposta⁵², la scissione è un "atto di riorganizzazione" con il quale l'attività d'impresa sopravvive senza soluzione di continuità⁵³ e senza alcuna sostituzione del centro di riferimento della capacità contributiva⁵⁴; pertanto, il regime fiscale non può che essere quello della neutralità⁵⁵. Tuttavia, questo regime fiscale non sembrerebbe dipendere dalla dicotomia "operazioni sui beni" e "operazioni sui soggetti", bensì dalla combinazione di due diverse spinte: una derivante dalla riforma del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 che, sulla base delle indicazioni della Direttiva 90/434/CEE relativa alle operazioni straordinarie intracomunitarie,

⁵⁰ PAPPARELLA F., *Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario*, in MARINI G., DELLA VALLE E. E FICARI V. (a cura di), *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, Torino, 2009, p. 3.

⁵¹ LUPI R., *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989, p. 55.

⁵² V. *supra* p. 6.

⁵³ FALSITTA G., *Fusione di società e iscrizione di avviamento*, in *Rassegna tributaria*, 1986, n. 1, p. 268.

⁵⁴ MICCINESI M., *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, pp. 250 ss.

⁵⁵ ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI ROMA, *Elusione fiscale e circolazione dell'azienda ai fini IRES nella scissione societaria*, Milano, 2016, p. 7.

ha esteso la neutralità fiscale anche al conferimento d'azienda⁵⁶; l'altra è da individuarsi nel progressivo passaggio ad un sistema impositivo di tipo reale in cui l'azienda deve rappresentare il fulcro attorno al quale incentrare la misurazione della capacità contributiva espressa dalle operazioni straordinarie⁵⁷.

Da un punto di vista pratico, tale peculiarità riguarda sia il patrimonio delle società coinvolte che i soci delle stesse. In particolare, il secondo comma stabilisce che non rileva fiscalmente l'eventuale avanzo o disavanzo conseguito per mezzo del rapporto di cambio delle azioni o quote. Di conseguenza, i valori tributari riconosciuti dei beni ricevuti corrispondono a quelli rilevati nell'ultima dichiarazione dei redditi, facendo risultare da un apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti. Ciò significa che la scelta del meccanismo della neutralità fiscale sembra essere idoneo non solo ad assicurare, al variare dei soggetti, la continuità dei valori del complesso aziendale, ma anche a rinviare il prelievo al momento della monetizzazione dello stesso per effetto della sua cessione, risultando, così, conforme ad una logica di sistema tributario e non ad avere, quindi, una finalità meramente incentivante⁵⁸. La neutralità fiscale è garantita anche nel caso di scissione cd. negativa⁵⁹. La riserva che si viene a creare nella scissa, pari al valore del patrimonio oggetto di separazione, rappresenta i plusvalori latenti rilevati dalla beneficiaria (ininfluenti dal punto di vista fiscale in quanto si riferiscono ad un disavanzo) ed essa assume la natura di riserva di utili non in sospensione d'imposta, come se si fosse formata *ante* scissione mediante l'iscrizione a bilancio delle già menzionate plusvalenze⁶⁰. Viceversa, la scissione societaria non rappresenta un'operazione fiscalmente neutrale nel caso in cui la beneficiaria svolga un'attività differente da quella d'impresa. Difatti, secondo la risoluzione Agenzia delle Entrate del 10 giugno 2009 n. 150, nel caso di scissione parziale proporzionale dove una beneficiaria assumeva la natura di società semplice, vi erano i presupposti per l'emersione di plusvalenze imponibili ai sensi dell'art. 86 co.1 lett. c), dal momento che i beni costituenti il patrimonio scisso sarebbero stati destinati a «finalità estranee all'esercizio dell'impresa». Analogamente, il comma 3 dell'art. 173 TUIR stabilisce che per i soci della scissa «il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società scissa, fatta salva

⁵⁶ La finalità del legislatore, come da relazione illustrativa al d.lgs. 358/92, era quella di incentivare l'utilizzo del conferimento d'azienda, con lo scopo di rimuovere eventuali ostacoli fiscali alla riorganizzazione delle imprese.

⁵⁷ DI SIENA M., *Variazione sul tema della neutralità fiscale delle riorganizzazioni aziendali*, in *Corriere tributario*, 2012, n. 3, p. 200.

⁵⁸ ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI ROMA, *op.cit.*, p. 10.

⁵⁹ Risoluzione Agenzia delle Entrate del 16 gennaio 2009, n. 12.

⁶⁰ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 715.

l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7, e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87». Ciò significa che si avrà una sostanziale identità tra i valori fiscali della nuova partecipazione nella beneficiaria e di quella detenuta dai soci *ante* scissione, con la conseguenza che le eventuali plusvalenze e minusvalenze latenti vengono trasferite nel valore delle nuove partecipazioni, senza alcuna conseguenza reddituale per i soci della scissa. Tuttavia, può accadere che la conformità tra i valori non sia verificata, per cui è necessario ricorrere ad un conguaglio in denaro, con la conseguenza che viene ad interrompersi la neutralità fiscale, in quanto le nuove azioni ottenute saranno differenti non solo da un punto di vista qualitativo⁶¹, ma anche quantitativo⁶². Pertanto, le differenze di valore generano componenti di reddito qualificabili come redditi di capitale, essendo assimilabili a utili distribuiti⁶⁴, ovvero a plusvalenze o minusvalenze⁶⁵ derivanti dalla cessione di partecipazioni⁶⁶, fatta salva l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 87⁶⁷ e 58⁶⁸ TUIR, nel caso ne sussistano le condizioni. Va, infine, sottolineato che non necessariamente a fronte dell'attribuzione di nuove azioni o di quote della beneficiaria corrisponde l'annullamento (anche solo parziale) della partecipazione originaria. Infatti, nel caso di scissione parziale, può accadere che la riduzione del patrimonio della scissa avvenga solamente per mezzo di riserve, rimanendo, così, inalterato l'ammontare del capitale sociale⁶⁹. Questa fattispecie, secondo l'Agenzia delle Entrate⁷⁰, deve essere assimilata a quella del passaggio di riserve a capitale, sicché l'irrilevanza fiscale di tale

⁶¹ Al socio vengono attribuite azioni o quote della beneficiaria in luogo di quelle della scissa.

⁶² Nel senso che il valore delle partecipazioni detenute *ante* e *post* scissione è differente.

⁶³ ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI ROMA, *op.cit.*, p. 13.

⁶⁴ L'art. 47, co. 7 TUIR cita: «le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate» Essi sono assoggettati a tassazione con ritenuta a titolo d'imposta del 26% per le persone fisiche non imprenditori.

⁶⁵ L'art. 86, co 5-*bis* TUIR cita: «nelle ipotesi dell'articolo 47, commi 5 e 7, costituiscono plusvalenze le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni».

⁶⁶ Circolare Agenzia delle Entrate del 25 settembre 2008, n. 57/E e Risoluzione Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2015, n. 52/E.

⁶⁷ Per le società di capitali, esenzione del 95% delle plusvalenze da partecipazione, qualora: a) le partecipazioni dalle quali discende la plusvalenza devono essere classificate nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso; b) vi sia il possesso ininterrotto delle partecipazioni alienate dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione, considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente; c) la società partecipata sia fiscalmente residente in un Paese non considerato "a regime fiscale privilegiato" (cioè, qualora l'impresa sia controllata da un soggetto fiscalmente residente in Italia e la tassazione effettiva sia inferiore alla metà di quella applicata in Italia ovvero qualora il livello di tassazione nominale sia inferiore al 50% di quella applicabile in Italia); d) esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale, secondo la definizione di cui all'art. 55 TUIR, con esclusione, dunque, delle società il cui patrimonio è prevalentemente costituito da immobili non strumentali.

⁶⁸ Per le persone fisiche imprenditori e per le società di persone commerciali, l'esenzione è del 41,86%, alle stesse condizioni di cui alla nota 67.

⁶⁹ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 715.

⁷⁰ Risoluzione Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2002, n. 317.

operazione deve essere disciplinata dall'art. 47, co 6 TUIR, il quale esclude che costituiscano utili le azioni gratuite emesse in caso di aumento di capitale in seguito alla conversione di riserve o altri fondi.

Una problematica che si pone nell'ambito della scissione riguarda il valore da attribuire alla partecipazione ricevuta, dal momento che spesso si assiste ad uno sdoppiamento della partecipazione originaria. Questo aspetto assume rilevanza fiscale in seguito alle operazioni che l'operatore economico mette in atto sulle partecipazioni ottenute in seguito all'operazione straordinaria. Sembra logico ripartire il valore originario tra le varie partecipazioni che il socio si ritrova a detenere *post* scissione, tenendo conto della quota di patrimonio netto della scissa che ciascuna di esse rappresenta, sia nel caso in cui la partecipazione della beneficiaria sostituisca quella nella scissa, sia quando, semplicemente, si aggiunga ad essa⁷¹. Tuttavia, potrebbe risultare difficile individuare concretamente il metodo da utilizzare per attuare tale suddivisione. Nella prassi, non essendoci una disciplina stabilita per legge, vengono utilizzati due criteri: il primo consiste nell'assumere come rilevanti i valori contabili, coerentemente con l'art. 173 co. 4 TUIR per la ripartizione delle posizioni soggettive, consentendo al contribuente di contenere il più possibile quella discrezionalità che, per quanto minima, è pur sempre presente in ogni attività valutativa e, allo stesso tempo, di servirsi di un metodo di facile utilizzo⁷²; il secondo, invece, prevede l'attribuzione dei valori effettivi di tali porzioni. Secondo la dottrina più recente, quest'ultima soluzione appare preferibile, in quanto «produce un effetto più fedele all'assetto economico generato dall'operazione, impedendo sue strumentalizzazioni, ancorché sia meno attenta della prima a quell'esigenza di semplicità applicativa e certezza del rapporto tributario che informa numerose norme in materia di reddito d'impresa»⁷³. Anche l'Amministrazione Finanziaria, che in un primo tempo aveva adottato la soluzione contabile⁷⁴, ha mutato indirizzo, facendo assumere rilevanza ai valori correnti. In particolare, nella risoluzione Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2015, n. 52/E viene ricordato che «il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione originaria si trasferisce sull'insieme di quelle ricevute in cambio e della eventuale quota non sostituita della partecipazione originaria, ripartendosi tra tutte in proporzione dei valori alle stesse attribuibili ai fini della determinazione del rapporto di cambio»⁷⁵ e dunque «ai fini della ripartizione del costo fiscale delle

⁷¹ ZIZZO G., *op. cit.*, p.717.

⁷² BEGHIN M., *Scissione societaria e aspetti problematici nella determinazione del costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni nella beneficiaria*, in Bollettino tributario, 1998, n. 7, p. 569.

⁷³ ZIZZO G., *op. cit.*, p.717.

⁷⁴ V. Circolare Agenzia delle Entrate del 13 febbraio 2006, n. 6/E.

⁷⁵ Relazione illustrativa al d.lgs. del 30 dicembre 1992, n. 543.

partecipazioni originariamente detenute nella società scissa, occorre fare riferimento alla suddivisione del valore effettivo del patrimonio netto della società scissa tra le società partecipanti alla scissione e come la predetta suddivisione si rifletta sul valore effettivo delle partecipazioni attribuite e/o rimaste a ciascun socio per effetto della scissione medesima». Inoltre, questo metodo permette di far rilevare allo stesso modo sia i beni più datati che quelli di recente acquisizione, dal momento che il loro valore viene determinato secondo le logiche di mercato, cosa che avverrebbe parzialmente solamente per questi ultimi se venisse utilizzato un criterio contabile, mentre per i beni obsoleti potrebbero esserci differenze consistenti tra valori contabili e di mercato⁷⁶.

Un altro aspetto rilevante dal punto di vista tributario è il realizzarsi di differenze da scissione, in particolare di avanzi o disavanzi. Le differenze da scissione possono essere da annullamento o da concambio: le prime sono date dal confronto tra il valore contabile della partecipazione nella scissa iscritto nel bilancio della beneficiaria (da annullare con la scissione⁷⁷) e la quota corrispondente del patrimonio netto contabile della scissa ricevuto dalla beneficiaria; le seconde derivano dalla differenza tra il valore contabile del patrimonio attribuito alla beneficiaria e la partecipazione attribuita ai soci della scissa (e, di conseguenza, dell'aumento di capitale nella beneficiaria). In particolare, si ha un disavanzo da annullamento nel caso in cui la porzione di valore contabile della partecipazione da annullare è superiore al valore del patrimonio ottenuto, mentre si ha un disavanzo da concambio nel caso in cui il valore della partecipazione attribuita ai soci della scissa è superiore al valore contabile del patrimonio ottenuto. Viceversa, si avranno i corrispondenti avanzi da scissione. Dal punto di vista contabile, i disavanzi possono essere attribuiti a maggior valori delle attività e, in via residuale, ad avviamento, ovvero potrebbero rappresentare una perdita di riorganizzazione; gli avanzi possono essere attribuiti a maggiori valori di passività ovvero a riserva o a fondo rischi. Dal momento che il legislatore ha attribuito alla scissione il regime di neutralità, in via generale avanzi e disavanzi sono irrilevanti dal punto di vista fiscale. Difatti, per quanto riguarda l'allocazione di questi ultimi, il comma 2 dell'art. 173 TUIR afferma che: «i maggiori valori iscritti per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo riferibile all'annullamento o al concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società scissa, non sono imponibili nei confronti della beneficiaria» con la conseguenza che «i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore

⁷⁶ ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI ROMA, *op.cit.*, pp. 15-16.

⁷⁷ Si ricordi il caso particolare della scissione inversa, dove prima di venire annullate, le partecipazioni della scissa nella beneficiaria confluiscono nel patrimonio di quest'ultima, divenendo, di fatto, azioni ovvero quote proprie.

riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi»⁷⁸. Tuttavia, il legislatore, nel comma 15-*bis* dell'art. 173 TUIR, rinvia al comma 2-*ter* dell'art. 176 TUIR, relativo al conferimento d'azienda, che ha per oggetto il riconoscimento fiscale dei “maggiori valori iscritti a bilancio” dietro versamento di un'imposta sostitutiva da parte della beneficiaria. L'affrancamento viene calcolato applicando ai maggiori valori, a cui il contribuente vuole far assumere una valenza fiscalmente rilevante, un'aliquota differente a seconda del loro ammontare. In particolare, l'aliquota sarà del 12% nel caso in cui la rivalutazione consista in una somma inferiore ai 5 milioni di euro, del 14% nel caso in cui essa sia ricompresa tra i 5 e 10 milioni e, infine, del 16% qualora i maggiori valori siano superiori a 10 milioni. Ai fini dell'ammortamento, la rivalutazione sarà fiscalmente rilevante a partire dall'esercizio in cui è stata esercitata l'opzione⁷⁹; in caso di realizzo, invece, il nuovo valore fiscale potrà venire utilizzato per il calcolo di plusvalenze e minusvalenze solamente a partire dal quarto esercizio d'imposta successivo a quello in cui è stata effettuato l'affrancamento. Qualora, invece, il disavanzo si riferisca a una perdita riorganizzativa, esso risulterebbe integralmente indeducibile⁸⁰. Nel caso in cui, viceversa, si verifichi un avanzo da scissione, nella maggior parte dei casi⁸¹ esso verrà iscritto come riserva di patrimonio netto, non tassata al momento della formazione. Pertanto, ai sensi dell'art. 47 co. 5 TUIR, essa costituirà materia imponibile solamente una volta che verrà distribuita sotto forma di dividendi ai soci. Qualora, invece, esso venisse rilevato come fondo rischi, il suo utilizzo non rileverebbe in sede di determinazione della base imponibile della beneficiaria⁸². Un problema sollevato con riferimento agli avanzi e disavanzi, consiste nell'individuare il criterio per distribuire il loro valore fiscale riconosciuto tra la partecipazione nella scissa conservata e la quota di patrimonio netto della scissa stessa ricevuta nell'operazione. La soluzione proposta è simile a quella della difficoltà in precedenza esposta relativamente all'allocazione del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione posseduta *ante* scissione tra quelle risultanti dalla stessa e cioè tenendo conto dei valori contabili correnti del patrimonio rimasto nella scissa (in caso di scissione parziale) e di quello attribuito

⁷⁸ Tale valore deve risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi, il quale presenta i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti.

⁷⁹ L'opzione può essere esercitata nel periodo d'imposta in cui avviene la scissione ovvero in quello successivo.

⁸⁰ DI SIENA M., *La scissione di società*, in MARINI G, DELLA VALLE E. E FICARI V. (a cura di), *op.cit.*, p. 176.

⁸¹ Altri casi possono essere quelli di un minor valore delle poste attive o maggiore di quelle passive, senza alcun beneficio né onere fiscale, oppure quello di un *badwill*, in cui l'avanzo assume natura di generico “fondo svalutazione” che non può essere distribuito, né utilizzato per costituire fondi in sospensione d'imposta. Sul punto, cfr. CARATOZZOLO M., *L'avanzo e il disavanzo di fusione: profili economico-contabili, civilistici e tributari*, in Bollettino tributario, 1989, n. 12, pp. 947 e ss.

⁸² DI SIENA M., *ult. op. cit.*, p. 176.

alle varie beneficiarie⁸³.

1.2.2 (segue) Imposte dirette: le posizioni soggettive

La suddivisione del patrimonio determina, oltre alla redistribuzione degli elementi dell'attivo e del passivo della scissa, anche quella delle cd. "posizioni soggettive". Queste ultime, nella risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate del 31 dicembre 2020, n. 635, vengono definite come «ogni situazione attiva e passiva generata dalla normativa sulle imposte dirette (IRES e IRAP) in capo alla scissa, ovverosia tutte quelle situazioni di potere e di dovere che avrebbero spiegato effetti nell'attività di misurazione del reddito della scissa nei periodi successivi alla scissione». Sono, dunque, quelle situazioni giuridiche di matrice tributaria delle quali la disciplina civilistica non si occupa, dal momento che non costituiscono elementi patrimoniali, per i quali, invece, si fa riferimento all'art. 2506-*bis* c.c.⁸⁴.

La disciplina fiscale riservata a questi elementi può essere distinta in una normativa generale, dettata dal comma 4 dell'art. 173 TUIR, e in una specifica per alcune posizioni, rinvenibile nei commi 5, 6, 7, 9 e 10 del medesimo articolo. In particolare, la prima stabilisce che le posizioni soggettive devono essere ripartite in proporzione alle quote di patrimonio netto contabile trasferite o rimaste, salvo che si riferiscano nello specifico o per insiemi a elementi del patrimonio scisso, nel qual caso le posizioni soggettive saranno interamente associate ad essi. Con riferimento a questa seconda fattispecie, si sottolinea che il legame debba essere "attuale", nel senso che deve essere realmente esistente al momento della scissione e non meramente "genetico", cioè basato sulla circostanza che quella posizione è sorta per effetto dell'acquisizione di quell'elemento⁸⁵. La dottrina⁸⁶ individua alcune esemplificazioni di questi elementi rilevanti dal punto di vista fiscale, tra le quali occorre ricordare: per le posizioni non connesse ad alcun elemento del patrimonio, le plusvalenze frazionate, le eccedenze del ROL ai fini della deducibilità degli interessi passivi, le spese di manutenzione eccedenti il limite deducibile nell'esercizio e le spese di rappresentanza rateizzate⁸⁷; per le posizioni connesse ad elementi patrimoniali, l'imponibilità, nell'esercizio in cui sono percepiti, dei dividendi deliberati dalla società partecipata, ma da questa non ancora pagati (la connessione è con il relativo credito), la deducibilità, nell'esercizio di pagamento, dei compensi spettanti agli amministratori e non pagati nell'esercizio di competenza (la connessione è con il relativo

⁸³ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 718.

⁸⁴ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 720.

⁸⁵ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 721.

⁸⁶ CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, Milano, 2016, p. 700-701.

⁸⁷ Rispettivamente disciplinati da: art. 86, co. 4 TUIR, art. 96 TUIR, art. 102 co. 6 TUIR, art. 108 co. 2 TUIR.

debito), la durata complessiva dei contratti di *leasing* (il legame è con il bene oggetto di locazione finanziaria) e il credito d'imposta per nuovi investimenti (relativo al ramo d'azienda in cui sono inseriti gli investimenti agevolati)⁸⁸, ma la situazione più ricorrente è probabilmente quella legata ai fondi ammortamento fiscali dei beni strumentali, i quali seguiranno, appunto, il bene cui si riferiscono. Infine, una situazione intermedia può verificarsi, ad esempio, nel caso del fondo svalutazione magazzino. Infatti, in questo caso occorre distinguere i valori che hanno valenza "generica" dai valori "specifici", in modo tale da ripartire i primi secondo i criteri proporzionali e i secondi sulla base dell'attribuzione delle rimanenze cui si riferiscono.

Quanto alle disposizioni cd. "specifiche", che rappresentano perlopiù deroghe o variazioni al comma 4, il comma 5 dell'articolo in analisi sancisce che «gli obblighi di versamento degli acconti relativi sia alle imposte proprie sia alle ritenute sui redditi altrui, restano in capo alla società scissa, in caso di scissione parziale, ovvero si trasferiscono alle società beneficiarie in caso di scissione totale, in relazione alle quote di patrimonio netto imputabile proporzionalmente a ciascuna di esse». Su tale tematica si sottolinea anche l'introduzione dell'art. 4 d.l. 11 marzo 1997, n. 50 convertito in legge 9 maggio 1997, n. 122 il quale tratta alcune casistiche relativamente alla scissione totale. In particolare, in caso di scissioni retroattive alla data di inizio periodo d'imposta occorre distinguere due situazioni: la prima, in caso di efficacia giuridica in data successiva a quella di scadenza della data di acconto, la scissa dovrà comunque effettuare il versamento dell'acconto e quest'ultimo verrà scomputato dalle beneficiarie; la seconda, invece, nell'eventualità che la scissione sia ultimata in data anteriore alla scadenza della corresponsione dell'acconto, quest'ultima è di competenza delle beneficiarie, nel senso di commisurare gli acconti successivi in funzione delle imposte passate sia proprie che della scissa estinta. L'altra circostanza consiste nel fatto che la scissione è retroattiva ad una data successiva a quella di chiusura del periodo fiscale: la scissa presenterà una dichiarazione per la porzione di periodo in cui è ancora esistente e eventuali acconti dovuti saranno versati dalla stessa e verranno scomputati nell'ultima dichiarazione della stessa; la subentrante, pertanto, calolerà i propri acconti successivi alla scissione considerando anche quella relativa all'ultimo periodo della scissa.

Il comma 6 descrive come debbano essere distribuiti tra scissa e beneficiarie i fondi deducibili fiscalmente disciplinati dagli artt. 105, 106 e 107 TUIR⁸⁹. In particolare, il loro valore fiscalmente riconosciuto «si considera già dedotto dalle beneficiarie, oltre che, in caso di

⁸⁸ Rispettivamente disciplinati da: art. 89, co. 2 TUIR, art. 95, co. 5 TUIR, art. 102, co. 7 TUIR. Per il credito d'imposta, cfr. ris. Agenzia delle Entrate del 6 febbraio 2006, n. 22.

⁸⁹ Ad esempio, i fondi TFR e di previdenza sociale, nonché il fondo svalutazione crediti.

scissione parziale, dalla suddetta società, per importi proporzionali alle quote in cui risultano attribuiti gli elementi del patrimonio ai quali, specificamente o per insiemi, hanno riguardo le norme tributarie che disciplinano il valore stesso». Quindi, ad esempio, il fondo svalutazione crediti, viene trasferito alle beneficiarie in proporzione alle quote di crediti che ne determinano il limite di deducibilità trasferiti alle beneficiarie, salvo che non si riferiscano a crediti specifici; i fondi rischi generici vengono suddivisi sulla base dei patrimoni netti assegnati alle beneficiarie; il fondo TFR, nonostante la norma non lo preveda, dovrebbe essere suddiviso in base all'anzianità, alla qualifica e al numero di dipendenti della scissa assunti⁹⁰.

Il comma 7, relativamente alle rimanenze di beni e titoli di cui agli artt. 92 e 94 TUIR, prevede che le disposizioni del comma 4, nel caso in cui gli effetti vengano fatti retroagire ai sensi del comma 11, «trovano applicazione sommando proporzionalmente le voci individuate per periodo di formazione in capo alla società scissa all'inizio del periodo d'imposta alle corrispondenti voci, ove esistano, all'inizio del periodo medesimo presso le società beneficiarie». Ciò significa che le rimanenze vengono trasferite con la stessa stratificazione presente nella scissa, facendo confluire le “voci” individuate per periodi di formazione nelle corrispondenti presenti nella beneficiaria, qualora esistano, altrimenti tali apporti costituiranno nuove e omogenee categorie di rimanenze o titoli.

Il comma 9 tratta della riconfigurazione delle riserve in sospensione d'imposta, la quale avviene secondo i criteri previsti dal comma 4. Il legislatore prevede le seguenti variazioni: le riserve della scissa, in caso di scissione parziale, vengono ridotte in proporzione al patrimonio attribuito, mentre, sempre secondo il medesimo criterio debbono essere ricostituite nelle beneficiarie, salvo i casi in cui determinate riserve si riferiscano a specifici elementi patrimoniali, ove esse devono essere ricostituite nelle beneficiarie che acquisiscono tali elementi ovvero mantenute nella scissa. Per quanto riguarda la loro ricostituzione, si applica la medesima disciplina prevista per la fusione. In particolare, il legislatore ha individuato tre diverse tipologie di riserve: quelle “tassate”, quelle “in sospensione d'imposta tassabili in ogni caso” e quelle “tassabili solo in caso di distribuzione”⁹¹. Le prime possono non essere ricostituite in quanto irrilevanti dal punto di vista fiscale. Le seconde, invece, costituiscono materia imponibile se e nella misura in cui esse non sono state ricostituite dopo la scissione utilizzando principalmente l'eventuale avanzo che ne deriva. Le ultime, infine, vengono ricostituite solo nel caso in cui si realizzi un avanzo ovvero un aumento di capitale “esuberante”, con la conseguenza che saranno imponibili solo nel caso di loro distribuzione ai soci. Un caso

⁹⁰ CONFALONIERI M., *op. cit.*, p. 707-708.

⁹¹ VIOTTO A., *Lezioni sull'IREs delle società di capitali residenti*, Bari, 2020, p. 99.

particolare sulla ricostituzione di riserve in seguito ad una scissione riguarda quelle da rivalutazione, in particolare se esse debbano seguire il bene cui si riferiscono ovvero se debbano essere ripartite secondo un criterio proporzionale. La dottrina⁹² pare condividere le posizioni della circolare del Ministero delle finanze del 17 maggio 2000, n. 98, secondo la quale la ripartizione debba avvenire in ogni caso secondo il metodo proporzionale, poiché «ciò che è rilevante non è l'originario legame tra il bene e il fondo, bensì l'eventuale regime di doppia sospensione che dia ad esso continuità nel tempo. Nel particolare caso, la sospensione d'imposta sulle riserve di rivalutazione monetaria, costituite a fronte dell'emersione di maggiori valori di determinati elementi dell'attivo, non era legata alle successive vicende di questi ultimi. Essi potevano, liberamente, essere ceduti, assegnati ai soci, estromessi o ammortizzati ai maggiori valori senza provocare la correlata imponibilità delle riserve stesse». Tale posizione, inoltre, è in linea con quanto visto in precedenza relativamente alle posizioni soggettive "generiche"⁹³. L'ultimo elemento fiscale soggettivo da analizzare è quello del riporto delle perdite fiscali, nonché degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze ACE⁹⁴, disciplinato dal comma 10 dell'art. 173 TUIR, il quale rinvia all'art. 172 co. 7 TUIR, relativo allo stesso argomento, ma nell'ambito della fusione, con la conseguenza che tale normativa deve in ogni caso essere adattata alle caratteristiche della scissione^{95 96}. Anche in questo caso, dal momento che si tratta di una posizione soggettiva che non ha alcun legame specifico con nessun elemento patrimoniale, viene seguito il criterio proporzionale, utilizzando come riferimento il patrimonio netto della scissa quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dal progetto di scissione. Tuttavia, la problematica principale relativa alla collocazione di queste fattispecie è la stessa che si presenta nel caso di fusione e cioè che i benefici fiscali che derivano da queste posizioni, in seguito al realizzarsi dell'operazione straordinaria, possano essere ottenuti da soggetti giuridici diversi da quelli che le hanno realizzate⁹⁷. Con l'introduzione di questa norma, la finalità del legislatore è, dunque, prettamente antielusiva. Relativamente a questo argomento

⁹² CONFALONIERI M., *op. cit.*, p. 714.

⁹³ V. *supra* pp. 21-22.

⁹⁴ Il riporto in esercizi successivi delle prime due fattispecie viene disciplinato, rispettivamente, dagli artt. 84 e 96, co. 5 TUIR. L'ACE, acronimo di Aiuto alla Crescita Economica rappresenta, sostanzialmente, il costo opportunità del finanziamento con capitale proprio che può essere dedotto dalla base imponibile. Esso venne inserito nel nostro ordinamento principalmente per incentivare le imprese a ricorrere al capitale di rischio. La possibilità di utilizzarlo in esercizi successivi a quello in cui si è formato viene sancita dall'art. 1, co. 4 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 che lo ha introdotto, convertito, con modificazioni, in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

⁹⁵ Circolare Agenzia delle Entrate del 9 marzo 2010, n. 9/E.

⁹⁶ Per semplicità d'esposizione, in seguito si farà riferimento solamente al riporto delle perdite, ma i medesimi aspetti sono validi anche per gli interessi passivi indeducibili *ex art.* 96 TUIR e per le eccedenze di ACE.

⁹⁷ È la problematica del cd. "commercio delle bare fiscali", consistente, per l'appunto, nell'abbattimento della base imponibile attraverso l'utilizzo di perdite fiscali pregresse, interessi passivi indeducibili ed eccedenze di ACE prodotte da altri soggetti.

l’Agenzia delle Entrate ha emesso la circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E, avente come oggetto il “riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione e scissione che coinvolgono società che partecipano ad un consolidato fiscale nazionale”, cui si farà riferimento nelle prossime righe per fare maggior chiarezza sul punto. Innanzitutto, occorre sottolineare che la disciplina in oggetto non può interessare la scissa sopravvissuta⁹⁸, «dal momento che la stessa, successivamente all’operazione, manterrà la titolarità (di una parte) di perdite da lei stessa generate, che non possono essere compensate con risultati positivi realizzati da altri soggetti», ma deve riguardare solamente le beneficiarie⁹⁹. Inoltre, nella stessa circolare si specifica che: «il rischio di elusione legato alla “compensazione intersoggettiva” delle perdite sussiste solo nel caso in cui la beneficiaria stessa preesista alla scissione e non sia, quindi, di nuova costituzione», non essendo «la risultante dell’unione di più organizzazioni, ma, piuttosto, parte di una preesistente organizzazione che, per mezzo dell’operazione di scissione, si è divisa in più centri di imputazione e che - per ragioni di ordine logico sistematico - mantiene il diritto a riportare le perdite senza limiti». Dunque, continua la circolare, la società beneficiaria potrà riportare le perdite da lei già detenute nei limiti del proprio patrimonio netto ridotto dei conferimenti e dei versamenti¹⁰⁰ effettuati nei precedenti 24 mesi, mentre potrà utilizzare le perdite ottenute per effetto della scissione, per un ammontare non superiore al valore del patrimonio netto ottenuto dalla scissa, anch’esso rettificato dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti¹⁰¹. Il diritto al riporto è ulteriormente condizionato ad un “test di vitalità economica” costruito *ad hoc* per le operazioni straordinarie, molto simile a quello previsto nella normativa generale sul riporto delle perdite di cui all’art. 84 TUIR¹⁰². In particolare, «dal conto economico delle società le cui perdite sono riportabili, relativo all’esercizio precedente a quello in cui la fusione [scissione] è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell’attività caratteristica, e un ammontare delle spese per

⁹⁸ La cui posizione viene assimilata, nella circolare considerata, a quella delle società fuse o incorporate.

⁹⁹ Le quali vengono paragonate, invece, sempre nella circolare già richiamata, alle società incorporanti o risultanti dalla fusione.

¹⁰⁰ Tra questi vanno esclusi i contributi erogati a norma di legge dallo Stato e da altri enti pubblici.

¹⁰¹ Secondo l’Agenzia delle Entrate, sempre nella circolare in oggetto, la rettifica degli effetti di queste fattispecie è volta a neutralizzare i tentativi destinati a consentire un pieno recupero delle perdite fiscali.

¹⁰² Il diritto al riporto delle perdite è escluso se, congiuntamente: a) la maggioranza delle partecipazioni con diritto di voto nell’assemblea ordinaria della società che ha realizzato le perdite viene trasferita o acquisita da terzi (anche a titolo temporaneo); b) nei due anni antecedenti o successivi a quello nel quale si è verificato il predetto trasferimento delle partecipazioni viene modificata l’attività principale di fatto esercitata nei periodi d’imposta in cui le perdite sono state realizzate. Tuttavia, il riporto è garantito qualora la società rispetti il c.d. “test di vitalità”, ovvero: a) presenta un numero di dipendenti mai inferiore alle 10 unità nel biennio precedente a quello in cui ha avuto luogo il trasferimento delle partecipazioni; b) dal conto economico relativo all’esercizio precedente a quello in cui è avvenuto il trasferimento risultino un ammontare di ricavi e proventi dell’attività caratteristica, nonché un ammontare di spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori.

prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi [...] superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori¹⁰³». Dunque, al verificarsi di queste condizioni, che devono permanere fino al momento in cui l'operazione viene attuata¹⁰⁴, le perdite fiscali saranno riportabili negli esercizi successivi da parte delle beneficiarie preesistenti. Un altro aspetto da analizzare è se la beneficiaria *newco*, nei primi tre esercizi fiscali, riporti le perdite nei limiti dell'80%, previsti dal comma 1 dell'art. 84 TUIR, ovvero se queste possano essere integralmente portate in deduzione, come previsto dal comma 2 del medesimo articolo, nel caso di soggetti neocostituiti. La soluzione viene data dallo stesso comma 2 di detto articolo, dal momento che per poter portare in deduzione le perdite senza alcun limite quantitativo esse debbano riferirsi a «una nuova attività produttiva¹⁰⁵». Pertanto, con la scissione si trasferisce alla beneficiaria neocostituita un ramo già operante e, di conseguenza, non trattandosi di una nuova attività produttiva, la *newco* potrà portare in diminuzione del reddito le perdite solamente nei limiti dell'80% del reddito imponibile¹⁰⁶. Il medesimo trattamento viene riservato alle perdite fiscali rimaste nella scissa e si noti, dunque, come i risultati fiscali negativi di quest'ultima e quelli confluiti nella scissionaria vengano equiparati, ponendoli ulteriormente sullo stesso piano.

Il comma 11 dell'art. 173 TUIR prevede la possibilità di retrodatazione e postdatazione degli effetti fiscali della scissione. In particolare: la prima, che è relativa al momento a partire dal quale le nuove azioni o quote partecipano agli utili e alla data dalla quale le operazioni effettuate vengono attribuite alle società risultanti dalla scissione, può avvenire solamente in caso di scissione totale¹⁰⁷ e a condizione che vi sia perfetta coincidenza tra il periodo di imposta della società scissa e quello delle beneficiarie, sia *ante* che *post* scissione; la seconda, invece, è sempre possibile, salvo i casi in cui l'operazione determini la costituzione di nuove beneficiarie. Il comma 12 stabilisce che, in caso di scissione totale, gli obblighi tributari riferibili alla scissa *ante* operazione vengono trasferiti in capo alla beneficiaria appositamente designata nel progetto di scissione. Chiaramente, in caso di scissione parziale, essi permangono in capo alla scissa.

¹⁰³ Così il co. 7 art. 172 TUIR.

¹⁰⁴ Risoluzione Agenzia delle Entrate del 13 luglio 2009, n. 183/E.

¹⁰⁵ Questa locuzione è stata introdotta dall'art. 36, co. 12 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248. La finalità è prettamente antielusiva, dal momento che, in precedenza, con operazioni di scissione o conferimenti si finiva per trasformare delle perdite allora a riporto quinquennale a perdite riportabili senza limiti temporali.

¹⁰⁶ Così CONFALONIERI M., *op. cit.*, p. 720.

¹⁰⁷ Ciò significa, di conseguenza, che la retrodatazione a fini fiscali non è possibile per le scissioni parziali e, quindi, la data di effetto coinciderà sempre con quella di ultima iscrizione dell'atto di scissione presso l'Ufficio del registro delle imprese.

Il comma 13 disciplina in materia di controlli, accertamenti e ogni altro procedimento, i quali sono svolti, in caso di scissione totale nei confronti della beneficiaria designata¹⁰⁸, mentre in caso di scissione parziale, presso la scissa. Viene stabilita, inoltre, la responsabilità solidale delle altre beneficiarie per le imposte, sanzioni pecuniarie e ogni altro debito, oltre al fatto che esse possono essere sottoposte ai provvedimenti cautelari previsti dalla legge. Esse, infine, possono partecipare ai procedimenti e di prendere cognizione dei relativi atti, senza alcun onere di avviso da parte dell'Agenzia delle Entrate. Il comma 14 indica una serie di obblighi nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria a cui la scissa ovvero la beneficiaria designata devono adempiere per i procedimenti di cui al comma 13.

Il comma 15, infine, riguarda la natura fiscale delle riserve di utili formatesi negli esercizi antecedenti in seguito a scissioni avvenute tra società soggette e non soggette a IRES¹⁰⁹. Il legislatore, semplicemente, effettua un rinvio alla normativa prevista per le trasformazioni, di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 170 TUIR, «in quanto compatibili». Alla base del richiamo vi è l'ipotesi che la scissa subisca una trasformazione limitatamente al patrimonio trasferito e dunque le riserve ad esso legate debbono mantenere il loro regime fiscale originario, in modo tale da evitare doppie imposizioni o salti d'imposta¹¹⁰. In particolare, in caso di passaggio del patrimonio da società di persone a società di capitali, le riserve non costituiscono materia imponibile in caso di distribuzione, a condizione che ne venga indicata l'origine nel bilancio. Nel caso opposto, invece, di scissione da società di capitali a società di persone, le riserve verranno tassate in capo ai soci per trasparenza, salvo che esse non vengano iscritte a bilancio indicandone l'origine, nel qual caso costituiranno reddito imponibile solamente nel periodo d'imposta in cui verranno distribuite ovvero utilizzate per altri scopi diversi dalla copertura delle perdite.

1.2.3 (segue) Imposte dirette: le scissioni intracomunitarie (cenni)

Qualche cenno merita anche la disciplina relativa alle scissioni intracomunitarie, che trova spazio nel TUIR negli artt. 178 e seguenti. Innanzitutto, l'art. 178 TUIR individua i requisiti per applicare tale normativa alle scissioni, in particolare ciò avviene a condizione che: a) l'operazione coinvolga soggetti fiscalmente residenti in Stati dell'Unione Europea, di cui

¹⁰⁸ Nel caso in cui non sia stata indicata, si considera la prima nominata nell'atto di scissione.

¹⁰⁹ Si ricorda al lettore che le riserve di utili delle società di capitali sono formate da utili già tassati in capo alla società, mentre costituiranno materia imponibile per i soci al momento della loro distribuzione, mentre le omologhe riserve presenti nelle società di persone sono già state oggetto di imposizione fiscale secondo il regime di trasparenza fiscale di cui all'art. 5 TUIR.

¹¹⁰ CONFALONIERI M., *op. cit.*, p. 724.

almeno uno in Italia; b) la quota di patrimonio trasferita a ciascun beneficiario sia costituita da aziende o complessi aziendali; c) non risulti un conguaglio in denaro in favore dei soci della scissa che superi il 10% del valore nominale della partecipazione da essi ricevuta nelle società beneficiarie. L'art. 179 stabilisce la sussistenza anche in questo ambito dell'istituto della neutralità fiscale, ossia il «non realizzo di plusvalenze o minusvalenze sulle azioni o quote date in cambio», precisando che «gli eventuali conguagli concorrono, invece, a formare il reddito dei soci della società scissa», salvo le medesime deroghe previste per le operazioni effettuate esclusivamente nello Stato italiano. L'art. 180 tratta i fondi in sospensione d'imposta, i quali concorrono a formare reddito nello Stato della stabile organizzazione¹¹¹ del soggetto beneficiario nella misura in cui essi non sono stati ricostituiti nelle scritture contabili. Infine, l'art. 181 tratta il riporto delle perdite fiscali e degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze di ACE, il quale avviene alle condizioni e ai limiti di cui all'art. 172 co. 7 TUIR, di cui si è già ampiamente profuso in precedenza¹¹², proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza.

1.2.4 Imposte indirette (cenni)

Si dà ora qualche cenno al trattamento riservato alla scissione dal punto di vista delle imposte indirette e, in particolare, di IVA, imposte di registro, ipotecarie e catastali.

Innanzitutto, per quanto riguarda l'Imposta sul Valore Aggiunto¹¹³, i trasferimenti di beni, sia che si tratti di complesso aziendale ovvero di singoli beni¹¹⁴, in seguito a scissioni non costituiscono né cessioni di beni né prestazioni di servizi¹¹⁵e, di conseguenza, costituiscono operazioni fuori dal campo di applicazione dell'IVA per carenza del presupposto oggettivo¹¹⁶, impostazione condivisa anche dall'Amministrazione finanziaria¹¹⁷. La Legge finanziaria

¹¹¹ La stabile organizzazione può essere definita come una «sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato». Così TOSI L. e BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Milano, 2018, p. 40.

¹¹² V. *supra*, pp. 24 ss.

¹¹³ Disciplinata nel d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633.

¹¹⁴ Così MASPEP P., *IVA nelle operazioni straordinarie*, in MARINI G, DELLA VALLE E. E FICARI V. (a cura di), *op.cit.*, p. 367.

¹¹⁵ Rispettivamente, ai sensi dell'art. 2 co. 3 lett. f) e dell'art. 3 co. 4 lett d) d.p.r. 633/72.

¹¹⁶ Si ricorda al lettore che per applicare l'Imposta sul Valore Aggiunto devono concorrere contemporaneamente, ai sensi dell'art. 1 d.p.r. 633/72, tre presupposti: 1) quello oggettivo, ossia che si è realizzata una cessione di beni ovvero una prestazione di servizi; 2) quello territoriale, cioè che tale attività è avvenuta nel territorio dello stato; 3) quello soggettivo, cioè che tale operazione si è realizzata nell'ambito dell'esercizio dell'impresa, dell'esercizio di arti e professioni ovvero di importazioni.

¹¹⁷ Cfr. risoluzione Ministero Finanze n. 183/E del 1995, nella quale in più occasioni si sottolinea l'analogia disciplina per scissioni comportanti trasferimento d'azienda da un lato e conferimento d'azienda dall'altro.

1994¹¹⁸, inoltre, prevede che tutti gli obblighi e diritti derivanti dall'applicazione dell'IVA vengano assunti dalle società beneficiarie, in caso di operazioni realizzate mediante trasferimento di aziende e complessi aziendali¹¹⁹. In caso, invece, di scissioni totali che non comportino il trasferimento di tali elementi, tali obblighi e diritti devono essere sostenuti dalla beneficiaria designata nell'atto di scissione, ovvero la prima indicata in tale documento, ferma restando la responsabilità solidale delle altre beneficiarie¹²⁰. Altri aspetti degni di nota relativi all'IVA, riportati sempre nella Legge finanziaria del 1994 possono essere: la possibilità per la beneficiaria subentrare alla scissa nella facoltà, accordata ai c.d. esportatori abituali, di acquisire beni e servizi senza pagamento d'imposta «utilizzando il plafond costituitosi nell'anno precedente», dopo aver fornito all'Ufficio IVA competente le opportune comunicazioni¹²¹; la possibilità di determinare in modo presuntivo la percentuale di detrazione prevista in presenza di operazioni esenti, qualora venga modificato l'oggetto dell'attività rispetto a quello della scissa, salvo eventuali conguagli alla fine dell'anno¹²²; l'applicabilità, nei confronti della beneficiaria, della rettifica della dichiarazione in presenza di acquisto di beni ammortizzabili «tenendo conto della data in cui i detti beni sono acquistati dalla società scissa»¹²³. Ai fini della dichiarazione IVA, la tenuta o meno di una contabilità separata del ramo aziendale oggetto di scissione comporta alcune differenti implicazioni. Nel caso in cui essa venisse tenuta, la beneficiaria è obbligata a comprendere nella propria dichiarazione anche le operazioni attive e passive poste in essere dalla scissa tramite il ramo trasferito dall'inizio dell'anno solare sino alla data di efficacia dell'operazione straordinaria. Viceversa, nel caso di contabilità unica, tali operazioni verranno dichiarate dalla scissa, mentre la beneficiaria si occuperà solamente di quelle successive alla data di efficacia della scissione¹²⁴.

Infine, la risoluzione ministeriale del 13 luglio 1995, n. 183, individua i comportamenti da seguire ai fini IVA in seguito ad una operazione di scissione. Innanzitutto, la beneficiaria subentra negli obblighi di fatturazione, registrazione, liquidazione e versamento per le operazioni cd. "attive" che si considerano effettuate dopo la data di effetto della scissione, ossia la data di ultima iscrizione del relativo atto presso il Registro delle imprese. La detraibilità, invece, delle cd. "operazioni passive" spetta alla scissa per le fatture registrate prima della data

¹¹⁸ L. 24 dicembre 1993, n. 537.

¹¹⁹ Nello specifico, art. 16 co. 11 lett. a) l. 537/93.

¹²⁰ Più precisamente, art. 16 co. 12 l. 537/93.

¹²¹ Ai sensi dell'art. 8, co. 1, lett. c) e dell'art. 68, co. 1, lett. a) d.p.r. 633/72. Così l'art. 16 co. 11 lett. d) l. 537/93.

¹²² Ai sensi dell'art. 19, co. 5 d.p.r. 633/72. Così l'art. 16 co. 11 lett. b) l. 537/93.

¹²³ Ai sensi dell'art. 19-bis2, co. 7 d.p.r. 633/72. Così l'art. 16 co. 11 lett. c) l. 537/93.

¹²⁴ Sul punto, dove vengono affrontati anche i differenti adempimenti a seconda del tipo di scissione, CONFALONIERI M., *op. cit.* pp. 755 ss.

di effetto della scissione, mentre per quelle registrate dopo, tale diritto compete alla/e beneficiaria/e. La beneficiaria, inoltre, potrà utilizzare i documenti fiscali della scissa, a condizione che: questi contengano l'indicazione del codice fiscale e della denominazione della beneficiaria; il loro utilizzo deve risultare dai registri di entrambi i soggetti; infine, la beneficiaria deve presentare istanza scritta all'Ufficio competente affinché i documenti vengano adeguatamente bollati e individuati nella quantità e nella numerazione iniziale e finale. Infine, la stessa risoluzione ministeriale ha fornito chiare indicazioni circa gli obblighi in materia di acconto IVA e in particolare: la beneficiaria non è tenuta al suo versamento in quanto «risulta assente il parametro storico di riferimento per il calcolo dello stesso»; la scissa, invece, se utilizza il metodo cd. "storico"¹²⁵ non può effettuare riduzioni in virtù dell'operazione di scissione, ma può ridurre l'ammontare dell'acconto in base alle previsioni di riduzione dell'IVA dovuta, mentre in caso di utilizzo del cd. "metodo alternativo"¹²⁶ dovrà fare riferimento alla situazione in tale data; infine, in caso di scissione totale, gli obblighi di versamento in capo alla scissa che si estingue sorgono in capo ai soggetti beneficiari.

Sono sottoposti a imposte di registro l'atto di scissione e il verbale assembleare di approvazione del progetto di scissione e, sul punto, è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con la circolare del 29 maggio 2013, n. 18. In particolare, l'ammontare dell'imposta previsto per il primo varia a seconda che l'operazione sia avvenuta «tra società di qualunque tipo ed oggetto o enti "aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale o agricola"» o meno: in caso affermativo, l'atto è sottoposto a imposta di registro in misura fissa per € 200,00, viceversa, sussiste un'imposta di registro proporzionale del 3%¹²⁷. Il verbale assembleare di approvazione sconta anch'esso l'imposta di registro nella misura fissa di € 200,00¹²⁸.

Infine, per quanto riguarda le imposte ipotecaria e catastale, esse sono dovute, rispettivamente per la trascrizione dell'atto e per le volture eseguite in dipendenza della scissione. Sempre in base a quanto indicato dall'Amministrazione finanziaria nella circolare per ultima richiamata, le operazioni di scissione che coinvolgono immobili sono assoggettate alle imposte in oggetto nella misura fissa di € 200,00 ciascuna¹²⁹.

¹²⁵ Il metodo storico consiste nel versare l'88% dell'Iva dovuta relativamente al mese di dicembre dell'anno precedente (per i contribuenti con liquidazioni Iva con periodicità mensile) o relativamente al debito Iva registrato nell'ultimo trimestre dell'anno precedente (per i contribuenti con liquidazioni IVA con periodicità trimestrale).

¹²⁶ Il metodo alternativo consiste nella possibilità di calcolare l'acconto IVA in misura pari al 100% dell'IVA risultante da una liquidazione straordinaria, effettuata considerando le operazioni attive effettuate fino al 20 dicembre dell'anno in corso ovvero le operazioni passive registrate fino alla medesima data del 20 dicembre.

¹²⁷ Rispettivamente, ai sensi dell'art. 4 co. 1 lett. b) e dell'art. 9 della Tariffa, parte I, allegata al d.p.r. 131/86.

¹²⁸ A norma dell'art. 11 della Tariffa, parte I, allegata al d.p.r. 131/86.

¹²⁹ Ai sensi dell'art. 10 co. 2 d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347.

1.3 Le operazioni di scissione potenzialmente abusive

Nei precedenti paragrafi, si è visto come la scissione possa realizzarsi in maniere differenti e, a questo suo tratto peculiare, il legislatore tributario ha associato il regime di neutralità, in modo tale da consegnare agli agenti economici uno strumento duttile che permettesse una ristrutturazione e una riorganizzazione aziendale agevole anche dal punto di vista fiscale. Tuttavia, i contribuenti potrebbero sfruttare le caratteristiche proprie di questo istituto, mettendo in atto operazioni di scissione al fine di conseguire i medesimi risultati economici che si otterrebbero con altri metodi, ma fiscalmente più onerosi: si tratta della cd. “elusione fiscale” o “abuso del diritto”, a cui verrà dedicato il capitolo successivo¹³⁰. Di seguito, invece, verranno illustrate alcune fattispecie specificatamente poste all’attenzione dell’Agenzia delle Entrate, sulle quali si è espressa talvolta con orientamenti differenti. Difatti, in passato, molte di queste operazioni, a seconda dei tratti caratteristici che esse assumevano, venivano ritenute elusive, probabilmente anche a causa dell’interpretazione molto restrittiva che veniva fatta, in un primo momento, dell’art. 10 della l. 29 dicembre 1990, n. 408 e, in un secondo, dell’art. 37-*bis* d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600. Invero, molto spesso, vi era il rischio di una possibile riqualificazione della scissione in un’operazione più onerosa dal punto di vista fiscale. Oggi, tuttavia, l’introduzione dell’art. 10-*bis* della l. 27 luglio 2000, n. 212 sembra poter limitare la possibilità di muovere tali contestazioni da parte dell’Amministrazione Finanziaria.

Il primo caso di strumentalizzazione della scissione è rappresentato dalla semplice scissione in tutte le sue forme: proporzionale, non proporzionale e, specialmente, quella asimmetrica. Molto spesso, quest’ ultima tipologia di operazione straordinaria viene utilizzata per separare il ramo aziendale da quello immobiliare, per finalità, cioè, riorganizzative, ma talvolta può anche concretizzarsi una mera assegnazione indiretta di beni ai soci. Difatti, tale forma di scissione consente di far pervenire ai soci non più interessati allo svolgimento dell’attività d’impresa beni di loro interesse senza che la società subisca conseguenze fiscali che altrimenti avrebbe nel caso di assegnazione dei beni ovvero di liquidazione, rinviando la tassazione delle plusvalenze latenti. In altre parole, si verrebbe a realizzare un’operazione fiscalmente neutrale in luogo di un’altra di natura realizzativa, giungendo a risultati leggermente differenti nella forma, ma del tutto simili nella sostanza: nel caso di scissione, i beni trasferiti nella beneficiaria sarebbero detenuti solamente in via indiretta da parte dei soci. In particolare, mentre, come visto nel precedente paragrafo, la scissione non produrrebbe alcun effetto fiscale dal momento che è *ex lege* inidonea a far sorgere reddito imponibile, sia l’assegnazione dei beni che la liquidazione

¹³⁰ V. *infra* cap. 2, in particolare i par. 2.3.1 e 2.3.2.

della scindenda sarebbero rilevanti dal punto di vista tributario, con carico fiscale variabile a seconda della natura giuridica dei componenti della compagine sociale. Infatti, nel caso di liquidazione in cui il socio sia una persona fisica non imprenditore, la tassazione sarebbe assoggettata alla disciplina di cui all'art. 47 TUIR secondo la quale «il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate», la quale verrà assoggettata a imposta sostitutiva pari al 26%¹³¹; nel caso in cui, invece, il socio sia un imprenditore o una società di persone, l'imposizione sul reddito percepito avviene nel limite del 58,14%¹³² della differenza tra il valore normale dei beni assegnati e il costo fiscale della partecipazione, indipendentemente dall'entità della partecipazione medesima¹³³; nel caso, infine, in cui il socio sia una società di capitali, i redditi ottenuti vengono tassati nei limiti del 5%, ai sensi dell'art. 89 TUIR.

L'assegnazione dei beni, invece, viene tassata sia in capo all'impresa che in capo ai soci. Infatti, essa costituisce per la società realizzo dei plusvalori latenti¹³⁴ ai sensi dell'art. 86 co. 1 lett. c), sottoposti a imposizione IRES del 24% per le società di capitali, ovvero tassati per trasparenza in capo ai soci nel caso di società di persone o, ancora, costituiscono redditi d'impresa per gli imprenditori individuali; mentre i soci vengono tassati per la differenza tra il valore normale dei beni ricevuti e il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni annullate, secondo le medesime modalità esposte in precedenza per la liquidazione. Il valore normale dei beni assegnati, inoltre, a differenza di ciò che avviene nell'ambito della scissione, costituisce anche base imponibile ai fini IVA, ai sensi dell'art. 2 co. 2 n. 6 del d.p.r. 633/72, e, inoltre, l'assegnazione è assoggettata a imposte di registro (fissa o variabile a seconda dei casi) nonché ipotecaria e catastale (fisse o proporzionali a seconda dei casi) ove avvenga assegnazione di immobili. Si capisce come, dunque, tale operazione sia più "pericolosa" nei casi in cui i soci

¹³¹ Tale aliquota è da applicarsi per gli utili prodotti a partire dal 2018, mentre, se la partecipazione realizzata dal socio uscente è qualificata (art. 67 co. 1 lett. c) del TUIR), per le distribuzioni di utili deliberate dal 1° gennaio 2018 e formatesi con utili prodotti fino all'esercizio in corso al 31 dicembre 2017, continuano ad applicarsi le percentuali di imponibilità del: a) 40%, se formati con utili prodotti sino all'esercizio in corso al 31 dicembre 2007; b) del 49,72%, se formati con utili prodotti a decorrere dal 1° gennaio 2008 (art. 1 co. 1 del DM 2 aprile 2008); c) del 58,14%, se formati con utili prodotti dal 1° gennaio 2017 (art. 1 del DM 26.5.2017). Tali adeguamenti sono dovuti alle riduzioni delle aliquote IRES occorse negli anni, in modo tale da mantenere immutato il livello teorico di tassazione combinata società-socio.

¹³² Gli utili che concorrono al reddito imponibile in questa misura sono quelli prodotti dopo il 1° gennaio 2017, mentre si rinvia alla nota 126 per gli altri casi.

¹³³ Art. 59 co. 1 del TUIR, il quale pone un rimando esplicito alle disposizioni dell'art. 47 TUIR.

¹³⁴ Determinati come differenza tra il valore normale e il costo non ammortizzato dei beni, ai sensi del co. 3 art. 86 TUIR.

siano persone fisiche ovvero società di persone, mentre, nel caso di società di capitali, il risparmio d'imposta è piuttosto contenuto. Le variabili di questo caso potrebbero derivare, innanzitutto, dalla forma della scissione, cioè se proporzionale o meno, oppure dalla natura delle beneficiarie: se sono *newco* ovvero già esistenti, in particolare se sono socie o, ancora, se il patrimonio trasferito sia costituito da un'azienda, da un complesso immobiliare ovvero da un singolo bene.

Il secondo *iter* individuato come tipicamente elusivo riguarda la circolazione indiretta dei beni oggetto di scissione: il cosiddetto *share deal* in luogo dell'*assets deal*. Sostanzialmente, esso si realizza attraverso la costituzione di una società "contenitore", dove viene collocato il patrimonio scisso, con la conseguente cessione a terzi delle partecipazioni della beneficiaria ovvero della scissa, convertendo le plusvalenze sui beni d'impresa in plusvalenze sulle partecipazioni. Il vantaggio fiscale, dunque, sembra girare tutto attorno al plusvalore realizzato: supponendo che la cessione delle partecipazioni avvenga in regime *pex*¹³⁵ e che si realizzi la medesima plusvalenza sia in caso di cessione dei beni costituenti il patrimonio scisso che in caso di alienazione delle partecipazioni della beneficiaria, la tassazione sarebbe maggiore nel caso di trasferimento diretto del patrimonio. Infatti, con la cessione a titolo oneroso del complesso di attività e passività, la plusvalenza realizzata rappresenta, per la scindenda società di capitali, un componente positivo di reddito fiscale ai sensi dell'art. 86 TUIR, soggetto ad imposizione con aliquota IRES del 24%, ovvero sarebbe sottoposta a regime di tassazione per trasparenza in capo al socio nel caso in cui si trattasse di società di persone. Viceversa, la cessione della partecipazione della beneficiaria da parte dei soci della scissa costituirà anch'essa plusvalenza, ma caratterizzata da un più mite regime fiscale: nel caso il socio sia una persona fisica, la plusvalenza¹³⁶, verrà tassata con imposta sostitutiva del 26%¹³⁷; nel caso in cui il socio sia un imprenditore individuale ovvero una società di persone, le plusvalenze da partecipazione sono esenti per il 41,86%¹³⁸; nel caso, infine, in cui il socio sia una società di capitali, la tassazione è prevista per il 5% della differenza tra il corrispettivo ottenuto, al netto degli oneri accessori ad esso imputati, e il costo non ammortizzato¹³⁹. Oltre all'imposizione diretta, sarebbe

¹³⁵ Le condizioni per l'applicazione del regime della *participation exemption* sono indicate nella nota 67.

¹³⁶ Essa risulta dalla differenza tra corrispettivo e costo o valore di acquisto della partecipazione, aumentato degli oneri incrementativi che riguardano la partecipazione ceduta. Nel caso si tratti di una partecipazione in società di persone, il costo è incrementato o ridotto degli utili o delle perdite imputate al socio e ulteriormente ridotto degli utili effettivamente distribuiti al socio.

¹³⁷ Ai sensi dell'art. 3 d.l. n. 66/2014.

¹³⁸ V. nota 131.

¹³⁹ Ai sensi dell'art. 87 co. 1 TUIR.

elusa anche quella indiretta, che varia a seconda delle caratteristiche del patrimonio scisso¹⁴⁰. Il vantaggio fiscale conseguito sarebbe più significativo nel caso in cui il socio cedente le partecipazioni sia una società di capitali. Eventuali varianti di questo caso derivano dalle caratteristiche del patrimonio oggetto di scissione e cioè se si tratta di un'azienda, di un complesso di immobili ovvero di un singolo bene (anche liquidità). Altre questioni potrebbero sorgere nel caso in cui, invece di una cessione onerosa, in seguito alla scissione si avesse una donazione oppure qualora, prima della cessione delle partecipazioni alla scissa, il socio provveda ad una rivalutazione delle partecipazioni stesse¹⁴¹. Si ricorda, infine, che la circolazione indiretta di un'azienda può avvenire anche attraverso il suo conferimento in una società di nuova costituzione e successiva vendita delle partecipazioni di quest'ultima, fattispecie ritenuta espressamente non elusiva da parte del legislatore nel comma 3 dell'art. 176 TUIR.

Altre casistiche di possibile elusività possono essere frutto di iniziative dei singoli contribuenti, che sfruttano la scissione per compiere operazioni più complesse con finalità di mero risparmio fiscale. Per esempio, un'accoppiata di operazioni che potrebbero essere viste come elusive è composta da un conferimento e una successiva scissione. Dal momento che risulta difficile descrivere in maniera generica queste tipologie di operazioni, vengono presentati due casi che sono stati oggetto di interpello. Il primo¹⁴² consiste in un conferimento d'azienda neutrale in

¹⁴⁰ In particolare: la cessione d'azienda non è considerata cessione di beni ed è dunque esente a IVA (art. 2 co. 3 lett. b)), mentre è sottoposta a imposta di registro, con aliquota proporzionale del 3% per i beni mobili e immateriali e del 9% (15% per i terreni agricoli) per i beni immobili (da applicare sul maggiore tra il valore venale in comune commercio al netto delle passività risultanti dalle scritture contabili obbligatorie o da atti aventi data certa e il prezzo di cessione), ma nel caso in cui sia previsto un corrispettivo unico si applica l'aliquota più elevata (cfr. risposta a interpello del 25 ottobre 2019, n. 432), nonché ipotecarie e catastali nella misura fissa di € 50,00 cad. nel caso di trasferimento di beni immobili; la cessione di immobili deve essere distinta in cessione di fabbricato e cessione di terreno. Il primo caso è anch'esso esente da IVA (art. 10 co. 1 n. 8-bis e 8-ter del DPR 633/72), nel caso in cui si tratti di immobili strumentali non detenuti da imprese costruttrici o sui quali non siano stati eseguiti interventi di recupero, la cui cessione è avvenuta entro i 5 anni dall'ultimazione dei lavori. Nel caso si verifichino queste condizioni ovvero venga richiesta l'imponibilità da parte del cedente l'aliquota è del 22% ovvero del 10% a determinate condizioni, da applicare sul valore venale in comune commercio dell'immobile. L'imposta di registro è, in entrambi i casi, in misura fissa di € 200,00, mentre quella ipotecaria è del 3% e la catastale dell'1%. Nel caso sia un fabbricato a uso abitativo e si verifichino le condizioni di imponibilità IVA di cui sopra (aliquote del 4%, 10% e 22% a seconda dei casi), le imposte di registro, catastali e ipotecarie saranno in misura fissa di € 200,00 ovvero, qualora, viceversa, non si realizzino, oltre all'esenzione IVA si avrà un'imposta di registro proporzionale del 9% e imposte catastale e ipotecarie di 50,00 € cad. Invece, nel caso in cui sia oggetto di cessione un terreno: se edificabile si avrà imposizione IVA del 22% e imposte di registro, catastali e ipotecarie di 200,00€ cad.; nel caso sia un terreno agricolo avremo un'operazione fuori campo IVA e, nel caso di cessione a coltivatore diretto le imposte di registro e catastale saranno nella misura fissa di € 200,00, mentre quella ipotecaria è proporzionale nella misura dell' 1%, mentre se è ceduto ad altri soggetti, ci sarà un'imposta di registro proporzionale del 9% e imposte catastale e ipotecarie di 50,00 € cad.; infine, per tutte le rimanenti tipologie di terreni, si avranno: un'operazione fuori campo IVA, un'imposta di registro proporzionale del 12% e le imposte catastale e ipotecarie di 50,00 € cad..

¹⁴¹ Risposta a interpello dell'8 febbraio 2021, n. 89.

¹⁴² Interpello non pubblicato, ma oggetto di analisi in ASSONIME, Circolare 18 dicembre 2018, n. 27, p. 14.

una società neocostituita e successiva scissione totale asimmetrica della conferente a favore dei due soci, uno dei quali avente una quota di maggioranza. Questo *iter* proposto dal contribuente permetterebbe di giungere al medesimo esito che si sarebbe ottenuto con un conferimento di partecipazioni da parte di ciascun socio in una propria *holding* unipersonale. Mentre per il socio di maggioranza entrambe le operazioni potrebbero risultare neutrali¹⁴³, per il socio di minoranza l'opzione proposta dal contribuente risulterebbe essere fiscalmente irrilevante, mentre l'alternativa fa emergere materia imponibile, dal momento che la partecipazione corrisposta non è di maggioranza e l'attuale comma 2-*bis* dell'art.177 TUIR non era ancora entrato in vigore¹⁴⁴.

Il secondo caso, per certi versi simile al precedente, è quello descritto nella risposta a interpello dell'8 ottobre 2018, n. 30. Esso consiste nel conferimento in una *newco* delle partecipazioni al 25% da parte di ciascuno dei quattro soci persone fisiche di una società operante come *holding*, seguito da scissione parziale asimmetrica della conferitaria a favore di tre beneficiarie neocostituite, in modo tale da avere quattro società ognuna integralmente partecipata da uno dei quattro soci, esito ottenuto mediante il regime di realizzo controllato di cui all'art. 177 co. 2 TUIR. L'alternativa, più snella, sarebbe stata rappresentata dal diretto conferimento da parte dei soci delle proprie partecipazioni in una *holding* unipersonale. Bisogna evidenziare che questo specifico caso, attualmente, non genererebbe alcuna problematica legata all'elusione fiscale, in quanto, nel frattempo, è entrato in vigore il comma 2-*bis* dell'art. 177 TUIR, che, come visto in precedenza, permette il conferimento di partecipazioni qualificate senza che possano emergere elementi imponibili. Tuttavia, l'accezione di elusività potrebbe presentarsi nel caso in cui le partecipazioni non fossero qualificate ai sensi del comma dell'articolo appena richiamato e dunque il conferimento, ai sensi dell'art. 9 co. 5 TUIR, verrebbe assimilato ad una cessione a titolo oneroso e, di conseguenza, genererebbe una plusvalenza imponibile, pari alla differenza tra il valore normale della partecipazione oggetto di conferimento e il suo costo fiscale.

¹⁴³ Nella soluzione proposta avremo l'applicazione in entrambe le operazioni del regime di neutralità fiscale, ai sensi dell'art. 176 TUIR per il conferimento d'azienda e dell'art 172 TUIR per la scissione, mentre nell'operazione alternativa la neutralità fiscale sarebbe conseguita tramite il regime di "realizzo controllato" di cui all'art. 177 co. 2 TUIR, dal momento che la conferitaria ottiene una partecipazione di controllo (che deve rispettare i requisiti *pex*), attraverso l'attribuzione alle partecipazioni conferite il medesimo valore fiscale che esse avevano in capo al conferente.

¹⁴⁴ In particolare, i requisiti sono che: a) le partecipazioni conferite rappresentano, complessivamente, una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria superiore al 2 o al 20 per cento ovvero una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 5 o al 25 per cento, secondo che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni; b) le partecipazioni sono conferite in società, esistenti o di nuova costituzione, interamente partecipate dal conferente.

Un'altra operazione affrontata dall'Agenzia delle Entrate riguardava una scissione totale asimmetrica in favore di tante società beneficiarie unipersonali costituite appositamente quanti sono i soci della scissa, seguita dalle fusioni per incorporazione delle singole beneficiarie da parte delle rispettive società controllanti, le quali erano già socie della scissa¹⁴⁵.

Infine, un altro caso rientrante in questa categoria e proposto all'Agenzia delle Entrate è quello relativo alla risposta ad interpello del 3 novembre 2016, n. 101/E, in cui l'operazione di scissione proporzionale è seguita da una trasformazione della beneficiaria, nella quale è confluito il patrimonio immobiliare, in una società semplice al fine di potersi avvalere di alcuni benefici fiscali. Tale sequenza operativa rientra in quelle operazioni straordinarie propedeutiche alla fruizione di particolari regimi agevolativi, alcune delle quali sono state ritenute elusive in passato.

2. ELUSIONE FISCALE E ART. 10-BIS L. 212/2000

Dopo aver presentato gli aspetti civilistici e fiscali della scissione, si è visto come, questa operazione straordinaria sia stata spesso sotto l'attenzione dell'Amministrazione Finanziaria, in quanto usata dai contribuenti per raggiungere scopi elusivi. Dunque, in questo capitolo viene definita innanzitutto l'elusione, anche alla luce dell'introduzione dell'art. 10-bis L. 27 luglio 2000, n. 212 (il cd. Statuto del contribuente). Si passerà, infine, all'analisi di quest'ultima disposizione normativa, nei suoi aspetti sia sostanziali che procedurali e sanzionatori, al fine di poter comprendere al meglio le considerazioni che verranno fatte nel capitolo successivo, ove verrà presentato l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate relativamente all'elusività delle operazioni di scissione.

2.1 Cosa è e cosa non è l'elusione fiscale

Spesso nel corso degli anni vi è stata gran confusione relativamente ai concetti di lecito risparmio d'imposta, elusione fiscale ed evasione fiscale. Senza alcun dubbio il comune denominatore di questi tre concetti è il risparmio fiscale che si ottiene mettendo in atto determinate operazioni, ma è il modo con cui esso viene conseguito che risulta essere fondamentale per definire quale delle tre fattispecie si è realizzata e, di conseguenza, se ci si trova nella liceità ovvero nell'illiceità: quindi, ciò che determina la fattispecie è la condotta che il contribuente tiene per raggiungere il risultato¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Risposta a interpello dell'Agenzia delle Entrate del 15 novembre 2018, n. 70.

¹⁴⁶ CORASANITI G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n. 2, p. 465.

L'elusione fiscale è riconducibile al concetto di "pianificazione fiscale", ossia quell'insieme di operazioni messe in atto dal contribuente al fine di diminuire il proprio carico tributario; tuttavia, essa assume la peculiarità di essere "aggressiva", così come definita dalla Raccomandazione Europea del 6 dicembre 2012 n. 772. Da questa sua accezione, si può dunque ipotizzare che l'elusione fiscale si ponga in una posizione intermedia tra i due estremi identificati nel lecito risparmio d'imposta, ossia lecita pianificazione fiscale, e nell'evasione fiscale. Verranno ora analizzati questi due ultimi concetti più nello specifico, evidenziando gli aspetti comuni con l'elusione fiscale.

2.1.1 Legittimo risparmio d'imposta vs elusione vs evasione

Il legittimo risparmio d'imposta discende direttamente dalla libertà del contribuente di pianificare al meglio la propria attività, ottenendo anche vantaggi fiscali che sono frutto di regimi tributari appositamente ideati dal legislatore. Questo concetto è stato rafforzato negli anni innanzitutto da alcune sentenze della Corte di Giustizia Europea: in particolare, la sentenza C-255/02 (c.d. *Halifax*)¹⁴⁷ ha sancito che: «un imprenditore che ha la scelta tra operazioni esenti ed operazioni soggette ad imposta può basarsi su un insieme di elementi, in particolare su considerazioni di natura fiscale attinenti al regime obiettivo dell'IVA. A un soggetto passivo che ha la scelta tra due operazioni la sesta direttiva¹⁴⁸ non impone di scegliere quella che implica un maggiore pagamento IVA. Al contrario, [...], il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale».

Tale orientamento comunitario, di conseguenza, è stato accolto anche dalla giurisprudenza italiana, la quale attesta al contribuente il diritto di poter scegliere «l'operazione negoziale che risulti fiscalmente meno gravosa», senza che ciò costituisca «*ex se* condotta contraria allo scopo della disciplina normativa tributaria, laddove sia lo stesso ordinamento tributario a prevedere tale facoltà di scelta»¹⁴⁹, ma allo stesso tempo è fatto divieto di ottenere vantaggi fiscali «mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili, che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei

¹⁴⁷ Halifax era una banca inglese che poneva principalmente in essere servizi finanziari esenti da IVA e che per la sua attività commerciale avrebbe voluto costruire dei *call center*, attività, invece, soggetta invece ad IVA. Tenuto conto della possibilità di recuperare solo una parte minima dell'imposta dovuta sui lavori di costruzione, in ragione del pro-rata di detrazione, Halifax pianificava una complessa serie di operazioni a cui avrebbero partecipato, a vario titolo, diverse società appartenenti allo stesso gruppo, al fine di consentirle di detrarre l'intero ammontare dell'IVA assolta sui lavori di costruzione.

¹⁴⁸ In particolare, la Direttiva 2006/69/CE.

¹⁴⁹ Cass. civ., Sez. V, 26 agosto 2015, n. 17175.

benefici»¹⁵⁰. Inoltre, anche lo stesso legislatore, nella relazione governativa allo schema di decreto legislativo relativo all'introduzione dell'art. 37-bis, d.p.r. n. 600 del 1973, ha affermato che la normativa antielusiva «non può quindi vietare la scelta, tra una serie di possibili comportamenti cui il sistema fiscale attribuisce pari dignità, di quello fiscalmente meno oneroso».

Si vede come, dunque, elusione fiscale e legittimo risparmio d'imposta abbiano la radice comune del risparmio d'imposta, il quale, tuttavia, se conseguito attraverso strumenti appositamente costruiti dal legislatore, viene automaticamente ricoperto di un'aura di liceità, mentre se è il contribuente che ricorre agli strumenti consentiti dallo stesso legislatore, non violando formalmente alcuna norma, ma li utilizza per ottenere vantaggi contrari a quelli per cui gli stessi istituti sono stati ideati, ecco che si cade in quella «zona grigia»¹⁵¹ ove il contribuente riesce ad ottenere un risparmio d'imposta riconducibile all'area dei vantaggi indebiti, i quali sono caratterizzati dal non essere espressamente previsti dal legislatore e, di conseguenza, da limitare il più possibile. Un secondo elemento fondamentale, di cui si parlerà in seguito¹⁵², per poter configurare l'elusione fiscale consiste nella mancanza di ragioni extrafiscali significative, tali da giustificare l'operazione effettuata. Quindi, affinché vi sia elusione fiscale non è sufficiente che vi sia un risparmio d'imposta: infatti, nei casi espressamente previsti dal legislatore il contribuente si sta semplicemente avvalendo della sua «libertà di orientare le proprie scelte anche o esclusivamente in considerazione del peso fiscale che ad esse la legge colleghi»¹⁵³; nelle fattispecie elusive, il vantaggio così conseguito deve anche essere giudicato essenzialmente¹⁵⁴ indebitato, ottenuto cioè mediante l'aggiramento della *ratio* per la quale la norma è stata formulata. Occorre, però, sottolineare che la libertà negoziale non è sconfinata: l'ordinamento deve porre sia limiti interni alla disciplina, il cui superamento può comportare vizi di annullabilità o disconoscimento dei vantaggi fiscali ottenuti, relativamente al singolo atto stesso, che vincoli generali, che se violati possono generare conseguenze distorte nei confronti dei terzi¹⁵⁵.

Un caso emblematico di confusione tra elusione e lecita pianificazione fiscale è la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2008, n. 177/E, con la quale l'Amministrazione

¹⁵⁰ Cass. civ., Sez. V, 23 ottobre 2018, n. 30335.

¹⁵¹ CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996.

¹⁵² V. *infra* par. 2.3.2.

¹⁵³ BEGHIN M., *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, Padova, 2013, p. 420.

¹⁵⁴ Sull'accezione di questo avverbio si parlerà in seguito, v. pp. 71-72.

¹⁵⁵ GIOVANNINI A., *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n. 1, p. 234.

Finanziaria ha riconosciuto come elusiva un'operazione di trasformazione di una società per azioni in società a responsabilità limitata effettuata al fine esclusivo di poter esercitare l'opzione per la determinazione del reddito agrario su base catastale, ai sensi di una specifica disposizione agevolativa prevista a favore di alcune società agricole¹⁵⁶. Una volta verificato che la trasformazione era «volta esclusivamente a consentire la tassazione su base catastale», l'Amministrazione Finanziaria ha classificato come elusiva l'operazione, osservando come «sussiste, in particolare, un utilizzo improprio degli strumenti civilistici poiché la tassazione su base catastale deriverebbe da un uso improprio dell'operazione di trasformazione» e che «l'unica ragione, di natura fiscale, addotta dalla società non può considerarsi una ragione economica caratterizzata dal requisito di "validità" previsto dalla norma, in quanto l'operazione prospettata realizza lo scopo non in modo fisiologico e strutturale, ma attraverso aggiramenti che generano risultati indebiti». Si noti, dunque, come l'Amministrazione Finanziaria abbia tacciato di elusività l'operazione di trasformazione semplicemente perché, tramite essa, il contribuente avrebbe potuto avvalersi di un regime fiscale più favorevole. Si può tuttavia eccepire che l'operazione di trasformazione è consentita dall'ordinamento e che non si comprende quale sia il risparmio d'imposta patologico conseguito, dal momento che è irrilevante ai fini del vantaggio fiscale il fatto che la forma giuridica necessaria (di società a responsabilità limitata) sia preesistente ovvero conseguita in un secondo momento. Dunque, se l'interpretazione dell'Amministrazione Finanziaria fosse corretta, si giungerebbe ad un trattamento di disparità privo di qualsivoglia giustificazione tra Società agricole originariamente a responsabilità limitata e S.p.A. agricole successivamente trasformate in S.r.l. Pertanto, si potrebbe sostenere che l'operazione di trasformazione descritta rientri nell'ambito della lecita pianificazione fiscale e non, dunque, in quello dell'elusione¹⁵⁷.

D'altro canto, la differenza sostanziale tra elusione ed evasione fiscale risiede nel fatto che, mentre la prima consiste in un comportamento formalmente rispettoso della legge, ma sostanzialmente teso ad aggirarla, l'evasione consiste in una vera e propria violazione delle norme tributarie con il fine di sottrarsi al pagamento del tributo, attraverso semplice occultamento, totale o parziale, della base imponibile o del presupposto, oppure attraverso altri espedienti di stampo ingannatorio¹⁵⁸. Semplificando, il contribuente nasconde un reddito

¹⁵⁶ Si trattava dell'agevolazione prevista dall' art. 1, 1093° comma, l. 27 dicembre 2006, n. 296, secondo il quale le società di persone, le società a responsabilità limitata e le società cooperative che rivestono la qualifica di società agricola possono optare per la tassazione su base catastale in alternativa al regime analitico del reddito d'impresa.

¹⁵⁷ Questa interpretazione si può ritrovare in MANONI E., *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, n. 1, p. 247

¹⁵⁸ CORDEIRO GUERRA R., *Corso di diritto tributario*, Torino, 2018, p. 208.

prodotto, un patrimonio esistente o il suo volume d'affari con l'intento di versare un'imposta inferiore, confidando nella possibilità di non essere scoperto¹⁵⁹. Con l'elusione, allo stesso modo si versa un'imposta inferiore, ma viene calcolata secondo la normativa vigente in base alle operazioni poste in essere e non in base a quelle che, secondo gli accertatori, il contribuente avrebbe dovuto effettuare per poter raggiungere quel determinato obiettivo economico senza aggirare la legge. In altre parole, il contribuente, per raggiungere un determinato obiettivo economico, sceglie di effettuare il percorso A, caratterizzato da una o più operazioni previste dall'ordinamento giuridico, ma che complessivamente permettono un indebito risparmio fiscale aggirando la *ratio* della normativa, invece del percorso B, più oneroso dal punto di vista tributario, ma previsto dal legislatore per conseguire il medesimo risultato finale. Si noti come l'elemento comune tra evasione ed elusione sia, come nella comparazione precedente, il risparmio d'imposta, ma in questo caso entrambe le fattispecie sono di natura illecita. La sostanziale differenza, invece, risiede nel fatto che nell'evasione la maggiore imposta dovrebbe essere versata in ragione dei fatti economici che il contribuente ha concretamente realizzato, ma che ha deciso di occultare all'Amministrazione Finanziaria, mentre nel caso dell'elusione essa deriva da un'operazione che non è stata effettuata dal contribuente, in quanto più onerosa rispetto a quella effettivamente realizzata, ma che avrebbe dovuto compiere se non avesse aggirato la legge: si tratta di una differenza dettata dalla condotta del contribuente.

Una fattispecie riconducibile all'evasione fiscale, ma che è stata talvolta classificata come elusione, è quella della simulazione¹⁶⁰. Come è noto, il fenomeno simulatorio è fondato sul presupposto che gli effetti dell'atto formalmente posto in essere sono in contrasto con quelli che sostanzialmente sono voluti dalle parti. Secondo l'art. 1414 c.c., vi è simulazione quando le parti stipulano un contratto (cd. simulato) prevedendo, internamente, che esso non produca i suoi effetti; contemporaneamente, le parti possono stabilire che la realtà giuridica sottostante non subisca alcun cambiamento (si parla, in questo caso, di simulazione assoluta) ovvero che essa sia modificata tramite la stipula di un diverso negozio giuridico, il c.d. negozio dissimulato (in tale ipotesi, il fenomeno prende il nome di simulazione relativa). Da questo breve richiamo al diritto privato, si capisce come un tratto caratteristico della simulazione sia quello della fittizietà del negozio simulato e cioè che le parti contraenti non intendono realizzare i suoi

¹⁵⁹ BEGHIN M., *op. cit.*, p. 417.

¹⁶⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 41755, nella quale, nonostante un'apparente distinzione dei due concetti, la fattispecie simulatoria viene definita richiamando i tratti caratteristici dell'elusione. Difatti essa è integrata da una «macchinazione priva di sostanza economica il cui unico scopo, anche attraverso il sapiente utilizzo di strumenti negoziali fra loro collegati, sarebbe quello di raggiungere un indebito vantaggio fiscale», tratto, quest'ultimo, peculiare dell'elusione.

effetti, ma anzi desiderano che la situazione non cambi, ovvero che vari, ma non secondo gli effetti del contratto opponibile ai terzi. Osservando questa situazione da un punto di vista fiscale, si capisce come la simulazione sia riconducibile alla fattispecie dell'evasione e non a quella dell'elusione in quanto il contribuente applica il trattamento tributario più favorevole previsto dal contratto simulato, celando consapevolmente all'Amministrazione Finanziaria gli effetti che realmente si producono tra le parti, relativi alla situazione *ante*-simulazione ovvero al contratto dissimulato, violando in maniera diretta la normativa fiscale.¹⁶¹

Viceversa, nel fenomeno dell'elusione fiscale non si trova il contrasto, tipico della simulazione, tra l'atto apparentemente posto in essere dalle parti e gli effetti sostanziali effettivamente voluti. Infatti, nell'elusione le parti hanno il pieno interesse a produrre gli effetti che a norma di legge derivano dai negozi giuridici utilizzati, dal momento che la loro combinazione ed il loro collegamento, in particolari circostanze, consente al contribuente di aggirare un trattamento fiscale più oneroso e di ottenere un risparmio fiscale indebito. A differenza della simulazione, dunque, l'elusione fiscale consiste in un comportamento effettivo e reale¹⁶² che il contribuente realizza¹⁶³, consistente nell'utilizzo di strumenti negoziali che consentono di ottenere determinate conseguenze sul piano tributario e, allo stesso tempo, consentono il raggiungimento degli scopi non fiscali che il contribuente si è prefissato, o comunque producono conseguenze economiche irrilevanti ovvero a cui il contribuente è indifferente¹⁶⁴. In definitiva, mentre mediante una condotta simulatoria ed in genere evasiva il contribuente agisce "a valle" sulla verifica del presupposto impositivo, occultandolo al fisco in maniera fraudolenta ed ingannatoria, tramite un'operazione elusiva egli agisce "a monte", evitando il sorgere del presupposto stesso o generando un presupposto diverso, cui la normativa fiscale riserva un trattamento tributario meno oneroso¹⁶⁵.

¹⁶¹ DI GIACOMO S.P., *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n. 3, p. 1123.

¹⁶² CASTALDI L., *Il "dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto – La Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo*, in *GT – Rivista giuridica tributaria*, 2016, p. 581.

¹⁶³ TESAURO F., *Istituzioni di Diritto Tributario. Parte Generale*, Torino, 1998, p. 214.

¹⁶⁴ STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, n.5, p. 10695.

¹⁶⁵ MELIS G., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, p. 104.

Un esempio al fine di chiarire al meglio la differenza tra elusione e simulazione è quello relativo alle vicende del *dividend washing* e del *dividend stripping*¹⁶⁶, le quali, in passato¹⁶⁷, sono state qualificate come simulazioni. Tuttavia, se si osservano attentamente le operazioni, «si percepisce che i soggetti che le ponevano in essere erano effettivamente interessati alla fruizione del credito di imposta sui dividendi, e per ottenere tale risultato erano disposti ad assoggettarsi ad assetti negoziali funzionali a quello scopo. I contratti realmente voluti erano cioè proprio quelli (l'acquisto dei titoli e la loro cessione a termine, nel *dividend washing*; il trasferimento del diritto di usufrutto temporaneo, nel *dividend stripping*) che consentivano di trasferire il diritto alla percezione dei dividendi e con esso il relativo credito di imposta»¹⁶⁸.

Un altro esempio di tendenza a confondere l'elusione con la simulazione è quello dell'interposizione fittizia di persona, con la quale si crea l'apparente titolarità di un reddito in capo ad un determinato soggetto in luogo di chi effettivamente ha realizzato quel reddito, al fine di evitare la maggiore imposizione fiscale che graverebbe sul soggetto interponente: il carico fiscale grava sul soggetto interposto e non su colui che ha effettivamente realizzato il reddito. La norma di riferimento è l'art. 37 del d.p.r. 600/73, in particolare il comma 3, il quale stabilisce: «in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona». A tale norma, in passato, un orientamento giurisprudenziale aveva attribuito evidenti finalità antielusive¹⁶⁹, ma tale conclusione appare criticabile. Infatti, si nota come non vi è alcun riferimento né al conseguimento di vantaggi tributari indebiti, né all'aggiramento allo spirito delle leggi. Inoltre, all'articolo in questione parrebbero riconducibili anche le fattispecie di interposizione reale¹⁷⁰ e affermare che tale norma assume una finalità antielusiva potrebbe «aprire scenari inquietanti sul piano della certezza del diritto, rischiando di incrinare gravemente la sicurezza dei traffici giuridici e gli effetti fiscali di tutte le interposizioni reali»¹⁷¹.

¹⁶⁶La prima operazione consiste in una compravendita con retrocessione a termine effettuata tra un fondo comune di investimento e una società di capitali, mediante la quale il fondo trasforma un dividendo, che è in via di pagamento su un titolo in suo possesso, in una plusvalenza, mentre la società di capitali incassa il dividendo, scomputa la ritenuta di acconto e il credito di imposta e imputa al conto economico una minusvalenza da negoziazione. Diversamente, la seconda consiste nella costituzione di usufrutto su azioni di società operativa italiana, possedute da società estera non residente in favore di altra società italiana. In tale operazione il vantaggio fiscale è relativo alla deduzione del costo di acquisto del diritto da parte dell'usufruttuario ed all'attribuzione al medesimo del credito di imposta pertinente i dividendi percepiti.

¹⁶⁷Ad es., Cass. civ., Sez. V, 21 ottobre 2005, n. 20398; Cass. civ., Sez. V, 26 ottobre 2005, n. 20816 e Cass. civ., Sez. V, 14 novembre 2005, n. 22932.

¹⁶⁸ STEVANATO D., *op.cit.*

¹⁶⁹ Così Cass. civ., Sez. V, 10 giugno 2011, n. 12788, e la più recente Cass. civ., Sez. V, 25 marzo 2015, n. 5937.

¹⁷⁰ In questo senso FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2012.

¹⁷¹ STEVANATO D., *op.cit.*

Di conseguenza, l'art. 37 del d.p.r. 600/73 non può assumere natura antielusiva, dal momento che è una norma di tipo procedimentale che si occupa solamente di individuare l'effettivo soggetto passivo nelle fattispecie di interposizione, sia reale che fittizia. Quest'ultima non può, dunque, riferirsi all'elusione fiscale in quanto, attraverso tale forma di simulazione relativa, il soggetto che appare titolare della ricchezza non corrisponde al soggetto che ne è il possessore reale. L'interposizione fittizia rappresenta, di conseguenza, una declinazione dell'evasione tributaria, poiché, suo tramite, si ottiene il risultato di nascondere all'Amministrazione Finanziaria parte della ricchezza tassabile. Qualora l'interposizione venisse accertata, l'imposizione si determina, ai sensi dell'art. 37 d.p.r. 600/73, «non già sulla situazione formale (vale a dire quella che appare attraverso la lettura degli atti o dei contratti), bensì sulla situazione sostanziale, i cui effetti si producono *ex lege* nonostante, appunto, l'assetto formale dell'operazione. Ne deriva, dunque, un corollario automatico: nell'elusione fiscale non c'è alterazione del fatto economico, il quale, al contrario, è *in toto* rappresentato all'Amministrazione finanziaria (*ergo*, dichiarato) sulla base, però, del percorso negoziale che ha condotto alla sua realizzazione»¹⁷². Nell'elusione fiscale situazione formale e sostanziale coincidono e l'indagine si concentra, piuttosto, sull'operazione che il contribuente avrebbe dovuto mettere in atto in luogo di quella effettivamente realizzata, che gli ha permesso di ottenere un indebito vantaggio fiscale, anche se, come si vedrà in seguito¹⁷³, questo non rappresenta l'approccio più corretto.

2.1.2 L'elusione fiscale o abuso del diritto

Analizzati quelli che possono essere gli equivoci relativi all'elusione fiscale, si cerca ora di darne una definizione. Innanzitutto, il termine elusione deriva dal latino *eludere*, che significa prendersi gioco di qualcuno o qualcosa, evitare, sfuggire, aggirare. Da un punto di vista fiscale, può essere definita come «il comportamento attraverso il quale si evita il verificarsi del presupposto previsto dal legislatore, cui la legge ricollega la nascita dell'obbligazione tributaria o se ne pone in essere uno diverso per minimizzare il carico fiscale ed ottenere un vantaggio, effettuando, attraverso artifici, operazioni collegate tra loro prive di valide ragioni economiche ed abusando delle forme giuridiche consentite dal diritto»¹⁷⁴.

È evidente, inoltre, come tale nozione sia strettamente connessa a quella di pianificazione fiscale, la quale deve avere necessariamente dei limiti. Difatti, a fronte di comportamenti

¹⁷² CORASANITI G., *op. cit.*

¹⁷³ V. *infra* pp. 85-86.

¹⁷⁴ AMATUCCI F., *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2018, p. 119.

particolarmente aggressivi da parte del contribuente, il legislatore deve attuare azioni limitative ad essi, in particolare qualora questi presentino profili di contrarietà rispetto allo “spirito del nostro sistema”¹⁷⁵, ossia a quegli elementi strutturali emergenti dalla disciplina riguardante le imposte sul reddito o gli altri tributi per i quali si pone la questione dell’elusione. Pertanto, un’operazione, per essere ritenuta elusiva, non deve solo conseguire un risparmio d’imposta, ma deve anche essere in contrasto con lo “spirito del sistema”. Dai paragoni fatti in precedenza con le altre fattispecie tributarie, si capisce, dunque, come, l’elusione sia il punto di confine tra ciò che è legittimo e ciò che, pur non essendolo, non viola alcuna specifica ed espressa disposizione. Dunque, si può comprendere come tale fattispecie posseda una miriade di sfumature che rendono complessa la delimitazione della sua area di riferimento, con la conseguenza che esso è inevitabilmente destinato ad essere definito per esclusione: l’elusione inizia laddove finisce il legittimo risparmio d’imposta e termina di fronte a specifiche fattispecie di evasione¹⁷⁶.

Secondo la dottrina¹⁷⁷, la fattispecie elusiva può realizzarsi in tre differenti maniere. La prima consiste nel fatto che, il contribuente, per raggiungere un determinato obiettivo economico, sceglie di effettuare il percorso A, costituito da una o più operazioni, qualificate sul piano giuridico, che complessivamente permettono un indebito risparmio fiscale tradendo la *ratio* della normativa, invece del percorso B, più oneroso dal punto di vista tributario, ma ideato dal legislatore per conseguire il medesimo risultato finale.

La seconda forma di aggiramento avviene come conseguenza all’insorgenza di una situazione legislativa che gli impedisce di ottenere determinati vantaggi. Tale presupposto può essere evitato, ad esempio, attraverso il c.d. “travestimento” del reddito: l’esempio classico visto in precedenza¹⁷⁸ è la trasformazione di plusvalenze da cessione di aziende in plusvalenze da cessione di partecipazioni, le quali godono di un regime fiscale più mite¹⁷⁹.

Il terzo caso, infine, consiste nel mettere in atto una semplice “strumentalizzazione” delle norme fiscali al fine, per esempio, di creare componenti negativi di reddito oppure per recuperare perdite fiscalmente rilevanti che altrimenti andrebbero perse.

Si approfondiranno nel proseguo¹⁸⁰ i tratti caratteristici dell’elusione fiscale alla luce dell’attuale normativa, anticipando fin d’ora che essi sono essenzialmente riconducibili a due

¹⁷⁵ Espressione usata da BEGHIN M., *ult. op.cit.*, p. 420.

¹⁷⁶ CONTRINO A., *op. cit.*

¹⁷⁷ MELIS G., *op. cit.* p. 101 ss.

¹⁷⁸ V. *supra* p. 33 ss.

¹⁷⁹ È bene precisare, ma si vedrà in modo più approfondito più avanti nello scritto, che il vantaggio fiscale conseguito in questo modo è riferibile solamente al cedente.

¹⁸⁰ V. *infra* par. 2.3.1 e 2.3.2.

elementi: il vantaggio fiscale e la sua contrarietà rispetto al sistema tributario. Tuttavia, essa non può essere eccepita qualora le operazioni “sospette” siano realizzate sulla base di valide ragioni economiche, le quali devono essere dimostrate dal contribuente.

Tuttavia, l’elusione non dovrebbe essere considerata come riconducibile all’ambito giuridico, bensì deve essere guardata come categoria economica, il cui unico fine è quello di descrivere la fattispecie¹⁸¹. Sul piano del diritto, in verità, l’istituto da considerare è quello dell’abuso del diritto perché solo la violazione del divieto determina conseguenze giuridicamente rilevanti¹⁸². Tale ipotesi è stata suffragata dal legislatore, il quale, con l’art.10-*bis* della L. 212/2000, ha definitivamente equiparato l’abuso del diritto all’elusione. Secondo la Cassazione¹⁸³ si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, anche se in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, generando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri o facoltà furono attribuiti. Analizzando le parole che compongono tale concetto giuridico, “abuso” e “diritto”, la locuzione sembra essere contraddittoria. Diritto (più precisamente il diritto soggettivo), significa libertà garantita ad un individuo da una norma giuridica: vuol dire potere di volontà o di azione che la legge concede al soggetto nei confronti di uno, o più o tutti gli altri soggetti dell’ordinamento. Quando ad esso viene associato l’abuso, si intende che l’esercizio della libertà garantita dalla norma può dar luogo a responsabilità: un fatto lecito diviene dunque fonte di responsabilità, facendo sottintendere a tale libertà e tale potere un limite¹⁸⁴. Si capisce, dunque, come l’abuso del diritto sia un concetto trasversale alle categorie del diritto, ma se visto nell’ambito tributario «si traduce in un comportamento contrario alle regole di condotta improntate alla buona fede in senso oggettivo; comportamento che il contribuente tiene a danno dello Stato per il raggiungimento di finalità estranee a quelle che lo Stato stesso protegge con la disciplina sostanziale del rapporto d’imposta»¹⁸⁵. Il divieto d’abuso si caratterizza, innanzitutto, nell’essere una regola di condotta, basata sulla buona fede oggettiva, criterio del governo del comportamento del contribuente e limite della sua libertà negoziale¹⁸⁶: esso è

¹⁸¹ CORASANITI G., *op.cit.*

¹⁸² GIOVANNINI A., *op. cit.*

¹⁸³ Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁸⁴ RESCIGNO P., *L’abuso del diritto (1963)* in AA. VV., *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012, n. 3.

¹⁸⁵ ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958.

¹⁸⁶ GIOVANNINI A., *op. cit.* Sul punto, l’Autore ha specificato che abuso del diritto e buona fede assumono connotazione similare: essi impongono di considerare i diritti del privato alla realizzazione dei suoi interessi e le ragioni del suo agire, in osservazione della libertà dei traffici giuridici e dell’autodeterminazione negoziale; allo stesso tempo, esigono il diritto del creditore (il Fisco) di realizzare la propria pretesa secondo la sua effettiva configurazione, in ossequio al principio di congruità sostanziale degli atti con i fini effettivi degli stessi. Tali due concetti, tuttavia, si differenziano per la presenza nella buona fede della “correttezza della condotta”.

«l'opposto simmetrico della buona fede, dell'affidamento e della lealtà»¹⁸⁷. Dal momento che questo dovere di correttezza assume talvolta anche la finalità di colmare alcune inevitabili lacune legislative, si comprende come, tramite la sua associazione all'abuso del diritto, quest'ultimo possa risultare ideale a fungere da strumento di "chiusura del sistema legislativo", in particolare quello fiscale¹⁸⁸. Il secondo elemento fondamentale consiste nel fatto che il contribuente tiene questo comportamento a danno dello Stato e si capisce, dunque, come in questo l'abuso del diritto tributario si distingua da quello civile: il primo è destinato a proteggere l'interesse pubblico su cui il sistema tributario è fondato, mentre il secondo è volto a garantire l'equilibrio contrattuale tra le parti¹⁸⁹. Il "raggiungimento delle finalità estranee" rappresenta, invece, un tratto comune tra le fattispecie civilistica e tributaria: l'obiettivo della normativa sull'abuso del diritto è quello di evitare che i destinatari delle norme le utilizzino in modo improprio, cioè contrario alla *ratio* legislativa, in modo tale da impedire un esercizio del potere per ragioni differenti rispetto a quelle per le quali era stata costituita la norma¹⁹⁰. Infine, all'abuso del diritto tributario sono riconducibili altri due tratti caratteristici: dall'aggiramento di obblighi o divieti di cui appena accennato, scaturisce la qualificazione come "indebito" del risparmio fiscale ottenuto, il quale rappresenta il fine essenziale dell'operazione in assenza di ragioni economicamente apprezzabili¹⁹¹. Si noti come molti degli elementi descritti sono tipici anche dell'elusione fiscale, con l'inevitabile esito che questi finiscono per riunire quest'ultima con l'abuso del diritto¹⁹². Ad ulteriore conferma di ciò, anche la Corte di Cassazione ha descritto quest'ultimo concetto attraverso i tratti caratteristici del corrispondente concetto economico: «l'abuso costituisce una modalità di "aggiramento" della legge tributaria utilizzata "per scopi non propri" con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico»¹⁹³, sicché «si considerano aventi carattere abusivo e possono, quindi, essere disconosciute dall'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»¹⁹⁴.

¹⁸⁷ GALLO F., *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, n. 6, p. 1315.

¹⁸⁸ GALGANO F., *Diritto commerciale, volume II, Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1993, p. 488.

¹⁸⁹ MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e Impresa*, 2020, n. 1, p. 267.

¹⁹⁰ *Ibidem*

¹⁹¹ CONTRINO A., *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2009, p. 463.

¹⁹² BEGHIN M., *ult. op. cit.*, p. 435.

¹⁹³ Cass. civ., Sez. V, 21 gennaio 2009, n. 1465.

¹⁹⁴ Cass. civ., Sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372, ripresa anche dalla più recente sentenza Cass. Civ., Sez. V, 19

Ora, resta da capire da cosa discenda il legame tra abuso del diritto ed elusione fiscale e, sul punto, si può rinvenire un lento e graduale percorso di avvicinamento tra i due concetti messo in atto dalla Corte di Cassazione. In particolare, nel primo decennio del 2000 tale connessione è stata spiegata dalla giurisprudenza italiana in due metodi differenti.

La prima derivazione ipotizzata è dalla Corte di Giustizia europea, secondo la quale l'abuso del diritto si configura in presenza di operazioni volte al perseguimento di un vantaggio fiscale, il quale appare contrario alla *ratio* della direttiva e della disposizione nazionale che la traspone o ad uno o più obiettivi della stessa. Si tratta dunque di un principio giurisprudenziale comunitario¹⁹⁵ che trova la sua più nota espressione nella c.d. Sentenza *Halifax*, citata anche in precedenza¹⁹⁶, la quale è diventata, a riguardo, un vero e proprio *leading case*. Stando ad essa, infatti, viene riconosciuto l'abuso del diritto come un principio generale dell'ordinamento europeo e «perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della VI direttiva e dalla legislazione nazionale che le traspone, portare ad un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale»¹⁹⁷.

L'orientamento giurisprudenziale nazionale a cui si sta facendo riferimento è rappresentato dalla sentenza n. 21221 del 2006¹⁹⁸, la quale ha riconosciuto come elusive anche quelle

novembre 2021, n. 35398.

¹⁹⁵ In generale due sono gli elementi individuati quali costitutivi della condotta abusiva ad opera della giurisprudenza comunitaria: uno, di carattere oggettivo, consiste nel mancato raggiungimento del fine perseguito dalla normativa dell'Unione, sebbene siano state rispettate le condizioni prescritte dalla stessa; il secondo, puramente soggettivo, consiste nella volontà di conseguire un vantaggio attraverso l'artificiosa creazione delle condizioni necessarie. Così, MATTERA R., *op. cit.*

¹⁹⁶ V. *supra* p. 37.

¹⁹⁷ Tale frase assume una grande portata innovativa dal momento che, per la prima volta, la Corte di Giustizia europea ha fatto assumere al vantaggio fiscale, come scopo essenziale dell'operazione, una rilevanza tale da far emergere l'elusione fiscale.

¹⁹⁸ Nello specifico, Cass. civ., Sez. V, 29 settembre 2006, n. 21221. La questione riguardava alcune operazioni realizzate dalla Chiappella S.p.A., società che aveva ottenuto un'ingente commessa per l'esecuzione dei lavori di trasformazione di una nave, mediante la stipulazione di un contratto con un'altra società, la Starlauro di Napoli. In seguito alla vendita della nave nei confronti della Nina s.r.l. di Genova, si era avuta una prosecuzione del rapporto con quest'ultima, caratterizzata però da un ingente aumento del preventivo. Un elemento non trascurabile era lo stretto legame tra le due società in questione, composte dalle stesse persone nel capitale e negli organi sociali. Circa i contributi, era stata pattuita la loro acquisizione al patrimonio della società cantieristica solo al momento della fine dei lavori, protrattisi per oltre due anni. Durante tale lasso di tempo, ritardi e maggiori costi avevano comportato un ulteriore aumento di preventivo, rendendo precaria la posizione economica della Nina s.r.l., la quale aveva ottenuto un finanziamento di 70 miliardi di lire da parte della CA.RI.GE. Il relativo contratto aveva coinvolto altresì la Chiappella S.p.A., che aveva acconsentito alla cessione nei confronti della banca *pro solvendo* del proprio credito residuo verso il Ministero dei Trasporti e della Navigazione relativo ai contributi pertinenti ai lavori della nave. Era stato questo uno degli elementi, insieme alla avvenuta cessione della propria partecipazione nella Nina, su cui si era concentrata l'attenzione dell'Ufficio, che aveva così proceduto a una rettifica della dichiarazione della società per l'anno 2006. Ciò sulla base dell'idea che i soci delle due società avevano posto in essere le descritte

fattispecie non ricomprese nel comma 3 dell'allora vigente art. 37-bis d.p.r. 600/73, attribuendo a quest'ultimo finalità meramente esemplificative, giustificando tale scelta attraverso l'estensione del principio comunitario di abuso del diritto anche alle imposte non armonizzate, del quale i commi 1 e 2 di detta norma rappresenterebbero l'attuazione normativa.

In altri termini, il concetto di abuso del diritto derivante dalla Corte di Giustizia europea dovrebbe essere applicato sia alle fattispecie relative alle imposte armonizzate, quanto a quelle non armonizzate e, con riguardo a queste ultime, sia alle operazioni di cui all'art. 37-bis d.p.r. 600/73 che a quelle in esso non ricomprese¹⁹⁹. Tale orientamento è stato, tuttavia, oggetto di critica da parte di un'autorevole dottrina²⁰⁰ secondo la quale «è sufficiente leggere le corpose conclusioni dell'avvocato Poiars Maduro, nella causa “Halifax”, per rendersi conto che il suddetto principio opera, essenzialmente, su un duplice fronte: da un lato, esso riguarda quei casi nei quali viene invocata la disciplina comunitaria al fine di sottrarsi al pagamento di un tributo nazionale; dall'altro, quei casi nei quali i soggetti passivi fanno leva sulla disciplina comunitaria per assicurarsi – non soltanto nel comparto fiscale – sovvenzioni, agevolazioni o contributi. In questa prospettiva – sulla quale, ci sembra, non esistono motivi di disaccordo – il divieto di abuso non può prescindere dall'innesto, nel percorso negoziale, di disposizioni comunitarie». Ne consegue che è inammissibile che vi sia un'estensione all'ordinamento italiano²⁰¹ di un concetto non rientrante tra i principi del Trattato UE senza che vi sia il suo recepimento da parte dell'ordinamento interno²⁰², il quale possiede, perlomeno nell'ambito delle imposte dirette²⁰³, una competenza esclusiva: è lecito dunque parlare di “abuso dell'abuso del diritto”²⁰⁴.

La seconda teoria consiste nel far discendere il divieto di abuso del diritto dalla Costituzione. Tale linea interpretativa ha origine con alcune sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione a sezioni unite nel corso del 2008²⁰⁵, nelle quali è stato, appunto, individuato un principio di

operazioni al fine dell'ottenimento e della distrazione dei contributi ministeriali.

¹⁹⁹ GALLO F., *op. cit.*

²⁰⁰ BEGHIN M., *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e “abuso del diritto”*, in *Corriere Tributario*, 2008, p. 1777.

²⁰¹ FICARI V., *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra “diritto” giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Bollettino Tributario*, 2008, p. 1773.

²⁰² Sul punto, cfr. Corte di Giustizia del 5 luglio 2007, causa C-321/05 (c.d. Kofoed).

²⁰³ Dunque, i giudici nazionali saranno vincolati all'interpretazione ed applicazione delle norme in materia di IVA, ma non per quanto attiene alle materie che non rientrano nell'ambito comunitario, quali le imposte dirette.

²⁰⁴ ZIZZO G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Tributaria*, 2008, p. 465.

²⁰⁵ Cass. Sez. unite., 23 dicembre 2008, nn. 30055-30056-30057. In particolare, le prime due riguardavano operazioni di *dividend washing* messe in atto dalla Peruzzi S.p.a. alla quale era stata disconosciuta le deducibilità delle minusvalenze risultanti. L'ultima, invece, era relativa ad un caso di usufrutto di azioni. In particolare, la società statunitense senza stabile organizzazione in territorio italiano B.W.R.C. aveva concesso in usufrutto alla società italiana Marzotto S.p.a., le azioni di controllo possedute della società italiana Beloit Italia Spa, corrispondenti al 90%. La cessione era avvenuta tramite il pagamento anticipato di un corrispettivo pari

diretta derivazione costituzionale secondo cui il contribuente non può ottenere vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto di strumenti giuridici idonei ad realizzare un minor versamento d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa del risparmio fiscale. Tale principio deriverebbe, secondo gli ermellini, dai commi 1 e 2 dell'art. 53 Cost., relativi ai principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione: tutti coloro che realizzano, anche con strumenti giuridici-contrattuali differenti, manifestazioni di ricchezza di pari sostanza economica devono essere assoggettati al medesimo trattamento fiscale, non impedendo a ciò l'assenza di una norma di legge ordinaria che attribuisca all'Amministrazione tale potere al di fuori delle casistiche positivamente codificate²⁰⁶. Anche parte della dottrina²⁰⁷ ha accolto positivamente il richiamo così effettuato dell'art. 53 Cost. Secondo l'Autore, il particolare schema giuridico adottato, se privo di valide ragioni economiche, non è in grado di differenziare l'attitudine alla contribuzione dell'agente da quella che questo soggetto avrebbe in concreto manifestato, nello specifico, nel caso di operazioni cd. "circolari", se non avesse realizzato l'operazione, mentre nell'eventualità di operazioni "tortuose"²⁰⁸, se si fosse servito di uno strumento più diretto e lineare.

Dunque, il riferimento all'art. 53 Cost. deve intendersi relativo ad un giudizio comparativo tra le capacità contributive dell'operazione effettivamente messa in atto e di quella che, secondo il legislatore, si sarebbe dovuta realizzare. Dunque, qualora si verifichi un'equivalenza nei due casi, si esclude l'attuazione della normativa "formalmente" applicabile e si riconduce l'operazione all'ambito di esecuzione della norma "elusa"²⁰⁹, attraverso un meccanismo non dissimile all'analogia²¹⁰. D'altra parte, tale orientamento ha destato alcune perplessità. Infatti, in questo modo, verrebbe assegnato ad un articolo costituzionale una funzione che esso non può assumere: quella di «selezionare, attraverso la lente della capacità contributiva e in assenza di una disposizione di legge specifica, le fattispecie da accertare attraverso il principio del divieto

all'ammontare dei dividendi che sarebbero stati presumibilmente distribuiti dalla partecipata, con riserva del diritto di voto da parte della cedente. La società cedente, mediante l'avvenuta trasformazione del reddito di partecipazione in reddito di negoziazione, non era stata sottoposta alla ritenuta sui dividendi distribuiti a titolo di imposta. Del credito d'imposta relativo a questi ultimi aveva beneficiato invece la società italiana, soggetta a una ritenuta molto meno onerosa, la quale aveva potuto dedurre il costo di acquisto dell'usufrutto. Sulla base di queste osservazioni, l'Amministrazione aveva dunque contestato nei confronti della Marzotto S.p.a. l'avvenuta simulazione del contratto, finalizzata al recupero del credito d'imposta e della deduzione del costo di acquisto dell'usufrutto.

²⁰⁶ Sull'argomento FICARI V., *Clausola generale antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p. 390.

²⁰⁷ ZIZZO G., *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p. 486.

²⁰⁸ La distinzione tra queste tipologie di operazioni verrà fatta in seguito, v. *infra* p. 65-66.

²⁰⁹ CORASANITI G., *op. cit.*

²¹⁰ FRANSONI G., *Appunti su abuso del diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, p. 933, sostiene che resta l'ovvia differenza che l'analogia presuppone una "lacuna", mentre nei casi di abuso esiste una disciplina almeno "formalmente" applicabile.

di abuso del diritto e quelle che, invece, da tale accertamento debbono rimanere immuni»²¹¹. Infatti la Costituzione dovrebbe avere solamente la funzione precettiva di indirizzare il legislatore: questi ha il compito di “formare” le leggi tenendo conto dei principi insiti nella carta costituzionale e, dunque, l’articolo costituzionale richiamato diventerebbe attuale solo qualora il legislatore individuasse degli indici di capacità contributiva ponendo le specifiche norme impositive²¹² e, di conseguenza, esso non può operare direttamente nei singoli casi concreti di rapporto Stato-contribuente. Questo concetto viene espresso nell’art. 23 della Costituzione, il quale stabilisce che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»²¹³ ²¹⁴. Un’altra critica mossa a questo orientamento perviene da altra dottrina²¹⁵, secondo la quale, evocando l’art. 53, sarebbe più corretto rinvenire l’assurdo concetto di “abuso di dovere”, dal momento che il versamento dei tributi è riconducibile a tale fattispecie e non, dunque, a un diritto. Infine, sempre l’Autore richiamato nei punti precedenti, propone una soluzione alternativa all’art. 53 Cost. come fondamento per l’abuso del diritto, ossia l’art. 41 della carta costituzionale. Quest’ultimo, infatti, sancisce la libertà di iniziativa economica, elevandola a vero e proprio diritto, e vi appone, tuttavia, un limite, ossia che essa debba svolgersi non in contrasto con l’utilità sociale, la quale può manifestarsi nelle entrate tributarie, attraverso le quali l’ente impositore riesce a svolgere le funzioni istituzionali ad esso assegnate nel rispetto della collettività. Dunque, conseguire un vantaggio fiscale indebito si pone in contrapposizione con l’utilità sociale cui fa riferimento l’art. 41 Cost., posta come uno dei limiti al diritto di libera iniziativa economica.

A porre fine a queste divergenze interpretative è intervenuto il legislatore comunitario, che con la già richiamata Raccomandazione Europea del 6 dicembre 2012 n. 772, ha indirizzato i legislatori nazionali europei ad individuare una disciplina antielusiva, con lo scopo di unificare

²¹¹ BEGHIN M., *Diritto tributario per l’Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche* cit., p. 435.

²¹² RUSSO P., *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.1, p. 10001.

²¹³ È il c.d. principio di riserva di legge. Questo orientamento dottrinale va a scontrarsi con la Corte stessa, la quale, nelle sentenze richiamate, esclude qualsiasi interferenza con tale principio costituzionale, in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell’ordinamento tributario non comporterebbe l’applicazione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere con l’unica finalità di aggirare l’applicazione di norme fiscali.

²¹⁴ Secondo BEGHIN M., *ult. op. cit.*, p. 436, tale articolo costituzionale assume «la funzione di assicurare la democraticità delle scelte impositive, ma anche quella di creare le basi della certezza dei rapporti Fisco-contribuente». Dunque, qualora la prestazione patrimoniale derivante dall’imposizione fiscale non derivi da una precisa norma, tale certezza verrebbe messa in discussione.

²¹⁵ RUSSO P., *op.cit.*

su scala europea il fenomeno dell'abuso, al fine di evitare interpretazioni confuse, contraddittorie o dissonanti dei medesimi testi e degli stessi principi²¹⁶.

Una volta chiarito il perimetro di ciascuno di questi concetti, ci si può chiedere come sia possibile capire quale singola fattispecie si sta affrontando. Su questo punto si fa riferimento ad un'interessante dottrina²¹⁷, secondo la quale, per definire se ci si trova di fronte ad un caso di legittimo risparmio, di abuso ovvero di evasione, bisogna considerare tre differenti fini: il fine della condotta dell'agente, ossia l'interesse acquisitivo, modificativo, costitutivo ad un bene della vita; il fine tipico, cioè la finalità prevista dall'ordinamento in vista della quale è attribuito a quel determinato atto quel particolare effetto giuridico; infine, il fine economico, vale a dire la finalità dell'operazione rispetto alle normali logiche di mercato²¹⁸. Dunque, nel lecito risparmio d'imposta questi tre fini coincidono: l'agente economico desidera raggiungere quel determinato obiettivo, l'ordinamento glielo consente e l'operazione viene svolta secondo le normali logiche di mercato; nell'abuso i primi due corrispondono mentre il fine economico diverge: il contribuente mette in atto una determinata operazione lecita al fine di conseguirne il risultato, ma il percorso da lui intrapreso non è conforme alle logiche di mercato; infine, nell'evasione i fini dell'agente e quello economico coincidono, ma si discosta quello tipico: il soggetto compie una determinata azione economica secondo le normali logiche di mercato, ma essa non è prevista dalla legge. Le conseguenze, dal punto di vista giuridico, non possono che essere le seguenti: nella liceità non vi è né violazione né inopponibilità né recupero di imposte né irrogazione di sanzioni; nell'abuso non vi è violazione, non vi è irrogazione di sanzioni, ma vi è inopponibilità consistente nel recupero delle sole maggiori imposte dovute alla "destrutturazione" dell'operazione nel perseguimento del fine economico; nella illiceità vi è la violazione che comporta il recupero delle imposte ordinarie e l'irrogazione delle sanzioni.

Su un piano più pratico, è meritevole di segnalazione una sentenza di merito della Commissione Tributaria di Grosseto²¹⁹, la quale ha tracciato il percorso da compiere al fine di rilevare l'abuso

²¹⁶ FALSITTA G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano, 2019, p. 119.

²¹⁷ MISCALI M., *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n.4, p. 1385.

²¹⁸ Questa locuzione verrà spiegata in seguito, v. pp. 62-63.

²¹⁹ Comm. trib. prov. Toscana Grosseto, Sez. II Sent., 31 gennaio 2020, n. 4. La sentenza riguarda una società agricola operante nel settore dell'acquacoltura, con la qualifica di "imprenditore professionale in agricoltura" ai sensi del d.lgs. n. 99 del 2004. In seguito di un accesso presso la sede legale della società, l'Agenzia delle Entrate, ha evidenziato come potenzialmente elusive alcune operazioni di acquisto di lotti di terreno, mediante contratti di comodato, locazione e concessione di fondo agricolo. Sulla base dei controlli svolti, l'amministrazione ha emesso avvisi di accertamento per più annualità, ritenendo che l'unico, o quanto meno essenziale, fine dell'acquisizione di tali terreni sarebbe stato quello di incrementare le quote di allevamento da assoggettare al calcolo del reddito in misura forfettaria e, quindi, agevolativa, secondo quanto previsto dall' art. 32, 2° comma t.u.i.r. per le attività di tipo agricolo. Ricorrendo contro gli avvisi di accertamento emessi nei suoi confronti, la società ha difeso la legittimità del proprio operato, sostenendo che il comportamento tenuto fosse piuttosto finalizzato a mettersi nelle

del diritto. Secondo i giudici, occorre fin da subito valutare le scelte del contribuente, al fine di verificare se ci si trovi di fronte ad un caso di “legittimo risparmio d’imposta”. Dunque «dopo aver verificato se il vantaggio conseguito dal contribuente risulta legittimo o meno e, se si tratta di vantaggio illegittimo, dopo avere ulteriormente verificato che tale beneficio non sia da ascrivere all’evasione» si può, per esclusione, rinvenire la fattispecie elusiva. Una volta riscontrato che il vantaggio è riconducibile a questa “zona grigia e residuale”²²⁰, occorre che esso risulti «indebito, cioè non voluto dall’ordinamento ovvero in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell’ordinamento fiscale». Ciò sta a significare, in definitiva, che indipendentemente dalla sostanza economica e dalle ragioni extrafiscali, il contribuente può «scegliere una condotta semplicemente perché questa determina un vantaggio fiscale lecito», riconosciuto cioè dall’ordinamento.

2.2 Cenni storici

Come visto in precedenza, oggi il concetto di abuso del diritto e di elusione fiscale coincidono ed è così grazie all’introduzione dell’art. 10 – *bis* nella l. 212/2000 (il cd. Statuto del Contribuente) per mezzo del d.lgs. 158/2015. Prima di concentrarsi su questa norma, però, viene rapidamente esposta l’evoluzione giuridica del contrasto all’elusione fiscale in Italia.

Secondo la dottrina²²¹, storicamente si sono sviluppati tre diversi approcci legislativi per far fronte all’elusione fiscale: il primo consiste nel dare un’interpretazione “ampia” alle norme, in modo tale da impedirne l’abuso, operando per analogia sulla disposizione elusa, riconducendo ad essa la fattispecie elusiva; il secondo consiste nel contrastare l’elusione attraverso principi e istituti generali, quali l’abuso del diritto, la frode alla legge o la frode ai creditori²²², ovvero con disposizioni “*ad hoc*”²²³; infine, il terzo consta nell’indagare sul negozio posto in essere dalle parti, al fine di verificare la possibilità di “riqualificarlo” diversamente da quanto effettivamente fatto. Tra queste possibili soluzioni per il contrasto all’elusione fiscale la ricerca di dotare il sistema di uno strumento di portata generale²²⁴ rappresenta quella per la quale sono stati

condizioni di usufruire di un vantaggio fiscale espressamente previsto dal legislatore, da qualificare perciò come legittimo risparmio di imposta.

²²⁰ COMPORTI G., *La capacità contributiva tra abuso del diritto e legittimo risparmio d’imposta*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2021, n. 2, p. 815.

²²¹ MELIS G., *op. cit.*, p. 104.

²²² Secondo GIOVANNINI A., *op. cit.*, l’Amministrazione Finanziaria vanta un diritto di credito nei confronti del contribuente, il quale, attraverso la sua condotta, lo andrebbe a pregiudicare.

²²³ Sempre secondo lo stesso Autore, la prima soluzione ha maggior efficacia sul piano deterrente, ma con il difetto di possedere ampi margini di indeterminazione, in contrasto col principio di certezza del diritto; la seconda possiede sì maggior precisione e determinatezza, ma, allo stesso tempo, rischia di risultare tardiva rispetto alla “scaltrezza” dei contribuenti e, perciò, più ingiusta.

²²⁴ Più precisamente, occorre individuare una clausola generale, la quale è un elemento della fattispecie normativa, espresso dai termini e dai sintagmi valutativi presenti nella stessa, caratterizzato da indeterminazione, allorché

effettuati maggiori sforzi da parte del legislatore, per cercare di individuare un «“concetto valvola” in grado di adattarsi alla multiforme varietà dei comportamenti dei contribuenti»²²⁵. A questo, poi, si accompagna «l’esigenza di giustificare l’applicazione delle norme oltre i casi in esse esplicitamente previsti, dando prevalenza alla funzione e causa del diritto (economica, politica e sociale) e quindi a valori pregiuridici e metagiuridici, rispetto alla forma adottata»²²⁶. In Italia, i primi a cercare una soluzione a tale problematica furono gli appartenenti alla scuola pavese, tra i quali Benvenuto Griziotti, che propose un approccio “funzionale” all’interpretazione delle norme tributarie che consentisse di adattare la tassazione alla sostanza dei fenomeni economici piuttosto che alla loro forma giuridica²²⁷. La teoria proposta (cd. teoria dell’interpretazione antielusiva) partiva dal presupposto che le obbligazioni tributarie fossero uno strumento di ripartizione equa della spesa pubblica, che seguiva parametri di giustizia distributiva e, di conseguenza, anche l’interpretazione della norma tributaria doveva mirare a conseguire un risultato ermeneutico che realizzasse l’uguaglianza fra i contribuenti²²⁸. Tuttavia, tale teoria venne prima avversata per il fatto che faceva assumere all’interprete il ruolo, proprio del legislatore, di colmare le lacune legislative²²⁹ e trovò, successivamente, un ulteriore enorme scoglio nel principio della riserva di legge *ex art. 23 Cost.* e tale tesi venne, pertanto, abbandonata.

L’evoluzione del mercato, nuovi paradigmi contrattuali e le prime internazionalizzazioni delle imprese portarono, sulla fine degli anni ’70 e durante gli anni ’80, a nuove interpretazioni. La prevalente, in particolare, si riferiva alla possibilità di ricorrere, in chiave antielusiva, alla “frode alla legge” di cui all’art. 1344 c.c.²³⁰ oppure alla “nullità della causa” *ex art.1418 c.c.*²³¹. Tuttavia, in quegli anni, in assenza di una clausola generale antielusiva o di una norma residuale di chiusura e in un ordinamento fiscale non flessibile come quello italiano, qualora una fattispecie non fosse stata evasione ovvero non fosse rientrata in una specifica norma

quest’ultimo sia interpretabile come concetto il cui significato non possa venire determinato in concreto se non per il tramite di parametri di giudizio diacronicamente mutevoli ed in potenziale competizione tra loro, in modo tale da attribuire all’interprete il potere di creare in modo discrezionale la singola regola da applicare al caso concreto. Così VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 70.

²²⁵ GIOVANNINI A., *op.cit.*

²²⁶ *Ibidem*

²²⁷ GIUSTI G., *Assenza di sostanza economica ed indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2018, n. 4, p. 1437.

²²⁸ CORDEIRO GUERRA R., *op. cit.*, p. 211.

²²⁹ MELIS G., *op. cit.*, p. 105 che riprende le tesi di A. Uckmar e A. Berliri.

²³⁰ Ai sensi dell’art. 1344 c.c. «si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa».

²³¹ L’art. 1418 c.c. disciplina le cause di nullità del contratto, tra le quali si rinvengono la violazione ad una norma imperativa e l’illiceità della causa.

antielusiva, veniva considerata legittima²³², con una conseguente crescita numerica di operazioni di fatto elusive. Vigeva, insomma, il cd. principio della prevalenza della forma sulla sostanza e si riteneva che, qualora dovesse valere il criterio opposto, doveva essere lo stesso legislatore ad affermarlo esplicitamente²³³.

Una prima svolta avvenne nel 1990 con l'introduzione dell'art. 10 l. 408/1990, che permetteva all'Amministrazione Finanziaria di disconoscere i vantaggi fiscali²³⁴ derivanti da determinate operazioni realizzate senza valide ragioni economiche e all'esclusiva finalità di ottenere fraudolentemente²³⁵ un risparmio d'imposta, qualificandole, per la prima volta, come fiscalmente illecite. In quegli anni sorse, infatti, l'esigenza di introdurre una norma generale al fine di far fronte sia a operazioni elusive di carattere domestico che, soprattutto, al crescente numero di quelle di carattere internazionale. Tuttavia, tale norma presentava grossi limiti relativamente all'ambito operativo piuttosto ridotto²³⁶ e agli insormontabili oneri probatori incombenti sull'amministrazione pubblica per dimostrare il carattere fraudolento dell'operazione attuata nel caso concreto²³⁷.

Alcuni anni dopo, precisamente nel 1997, è stato inserito nel d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 l'art. 37-bis, il quale prevedeva l'inopponibilità all'Amministrazione Finanziaria degli atti privi di valide ragioni economiche e di quelli diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, attribuendole il potere di disconoscere i vantaggi tributari così conseguiti, ampliando, inoltre, il ventaglio di operazioni cui la norma faceva riferimento²³⁸.

²³² Una tangibile dimostrazione di tale orientamento è che la legge-delega 9 ottobre 1971, n. 825, emanata dal governo al fine di divulgare le disposizioni occorrenti per attuare le riforme "secondo i principi costituzionali del concorso di ognuno in ragione della propria capacità contributiva e della progressività", non conteneva alcun criterio direttivo contro l'elusione fiscale. Così PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, n. 4, p. 1445.

²³³ BUSANI A., *L'introduzione della norma antielusiva nello Statuto del Contribuente: continua la riqualificazione dello share deal in asset deal*, in *Le Società*, 2017, n. 7, p. 807.

²³⁴ Si noti una sorta di parallelismo con l'orientamento degli anni precedenti dove, però, in luogo della nullità, viene applicata l'irrelevanza nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria dell'atto compiuto. Così, GALLO F., *op. cit.*

²³⁵ Questo avverbio poneva alcune problematiche interpretative, dal momento che non era chiaro se esso dovesse essere inteso come "frode alla legge" in senso civilistico (di "oggettivo aggiramento" ex art. 1344 c.c.) ovvero penalistico (caratterizzato da artifici e raggiri). Difatti, nella successiva riforma del '97 esso venne eliminato dal testo normativo dell'art. 37-bis d.p.r. 600/73. MELIS G., *op. cit.*, p. 106.

²³⁶ In particolare, la norma si riferiva a fattispecie quali operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari. Al di fuori di queste operazioni, dunque, si rimaneva nell'"elusione fiscale legittima", concetto differente dal mero "risparmio d'imposta", il quale non assumeva i tratti dell'elusione fiscale ed era, dunque, pacificamente concesso dall'ordinamento. MELIS G., *op. cit.*, p. 106

²³⁷ RUSSO P., *op. cit.*

²³⁸ In particolare, trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; cessioni di crediti; cessioni di eccedenze d'imposta; operazioni di cui al d.lgs. n. 544/1992, il quale: ha adeguato alle direttive comunitarie il regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni e tratta il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte

Tuttavia, secondo una parte della dottrina²³⁹, questa norma venne introdotta al fine di circoscrivere l'ambito di operatività della normativa antielusione, indicandola come legge generale, seppur con un ambito applicativo ancora limitato ad un determinato settore impositivo e ad un determinato numero di fattispecie. In un primo momento, infatti, la giurisprudenza continuava a qualificare come non elusive tutte quelle fattispecie che, nonostante ne avessero le caratteristiche, non rientravano in quelle espressamente previste dal legislatore in quell'elencazione²⁴⁰. Si poteva quindi sostenere che in questo arco temporale l'ordinamento italiano fosse basato sui principi di libertà negoziale e, di conseguenza, fiscale: i privati erano liberi di regolare negozialmente i propri interessi e non erano imponibili e/o fiscalmente sindacabili gli atti e le forme negoziali non specificatamente considerati dalla legge fiscale agli effetti dell'imposizione²⁴¹.

Tuttavia, a partire dal 2005, la Corte di Cassazione ha delineato alcuni orientamenti, i quali si avvalevano di strumenti giuridici appartenenti al diritto positivo, destinati a far fronte a quelle fattispecie di elusione il cui ambito era al di fuori dei limiti di cui all'art.37-bis del d.p.r. 600/73. Il primo di questi fu quello utilizzato per alcuni casi di *dividend washing* e *dividend stripping*²⁴², già richiamati in precedenza²⁴³, dove si utilizzarono i già noti al lettore principi civilistici della nullità per difetto o illiceità della causa ovvero della frode alla legge²⁴⁴. In particolare, la Corte fondò la propria tesi sul regime civilistico dei negozi collegati²⁴⁵, sostenendo che il collegamento negoziale perpetrato rappresenta la deformazione della causa dei singoli contratti

di una società; operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'art. 81, co. 1, lettere da c) a c-quinquies) TUIR; cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 TUIR; pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater d.p.r. 600/73, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea; pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 c.c., una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis TUIR, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale.

²³⁹ RUSSO P., *op.cit.*

²⁴⁰ Ad esempio, la sentenza Cass. civ., Sez. Trib., 3 aprile 2000, n. 3979 cita: «a fronte di divergenti trattamenti fiscali, a seconda del soggetto cui faccia capo un certo reddito, la frode alla legge ex art. 1344 cod. civ. non è ravvisabile per il solo fatto che un atto negoziale (reale e non simulato) abbia spostato la titolarità del bene al contribuente "favorito", occorrendo una norma che direttamente od indirettamente neghi la facoltà di trasmigrare con l'atto stesso dall'uno all'altro regime di tassazione; in difetto, si rimane nell'ambito della mera lacuna della disciplina tributaria [...]. La scelta del legislatore di elidere o attenuare la convenienza fiscale dell'operazione riposa sull'evidente presupposto della liceità della medesima».

²⁴¹ CORASANITI G., *op. cit.*

²⁴² Cfr. Cass. civ., Sez. V, 21 ottobre 2005, n. 20398; Cass. civ., Sez. V, 26 ottobre 2005, n. 20816 e Cass. civ., Sez. V, 14 novembre 2005, n. 22932.

²⁴³ V. *supra* p. 42.

²⁴⁴ V. *supra* p. 53.

²⁴⁵ Per collegamento negoziale si intende un «rapporto fra più negozi giuridici, nel senso che l'esistenza o l'esecuzione dell'uno esercita un'influenza sulla formazione o sull'esecuzione dell'altro o degli altri».

collegati, con la conseguenza che l'operazione doveva risultare priva di causa per l'assenza di interessi economici diversi dal mero risparmio fiscale e, dunque, affetta da nullità *ex art.* 1418 c.c. Tuttavia, questo orientamento, risultò non privo di problematiche di applicazione: in *primis*, l'articolo in questione riguarda la violazione di norme imperative (intese, come norme dalle quali scaturiscono direttamente obblighi o divieti) e risultava complicato ricondurre a tale fattispecie quelle tributarie²⁴⁶; in secondo luogo, l'articolo civilistico in questione comportava un effetto di nullità, ritenuto eccessivo ai fini di fronteggiare l'elusione fiscale, essendo sufficiente l'inopponibilità all'Amministrazione Finanziaria delle fattispecie elusive²⁴⁷. Queste critiche, inoltre, sono condivisibili anche dal momento che nel comma 3 dell'art. 10 dello Statuto del contribuente si legge: «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto». Infine, un'attenta dottrina²⁴⁸ ha sottolineato che per causa deve considerarsi la funzione assolta dal contratto, a prescindere dalle ragioni che hanno spinto le parti a concluderlo: se lo scopo è quello di conseguire un risparmio fiscale, il contratto risulta idoneo a realizzare la funzione sociale che gli è stata assegnata e, pertanto, non può considerarsi privo di causa. Di conseguenza, sorse l'orientamento secondo il quale la clausola generale per contrastare l'elusione dovesse essere riconducibile al concetto di abuso del diritto, il quale mirava al riequilibrio delle posizioni tra contribuente e fisco, eliminando esclusivamente il vantaggio fiscale indebito conseguito dal primo in danno del secondo²⁴⁹. A tal proposito, come già illustrato in precedenza²⁵⁰, si ricordi che si erano delineate due diverse correnti giurisprudenziali: secondo la prima, la clausola antiabuso aveva discendenza da alcune pronunce della Corte di Giustizia Europea, mentre per la seconda, tale strumento giuridico atto a limitare le operazioni elusive discendeva direttamente dall'art. 53 Cost. In questa situazione, tuttavia, era dubbio il ruolo che dovesse assumere l'allora vigente art. 37-bis d.p.r. 600/73. Secondo la Suprema Corte²⁵¹, la clausola generale antiabuso aveva

²⁴⁶ Cfr. GALLO F., *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1989, n. 3, pp. 377 – 401. Con le pronunce in questione, dunque, si superò l'orientamento secondo il quale le norme tributarie non fossero norme imperative. Esso è rinvenibile nella sentenza Cass. civ., Sez. V, 03 settembre 2001, n. 11351, ove viene detto che «non è sufficiente, infatti, che una norma sia inderogabile perché possa essere sia qualificata come "imperativa", essendo a tal fine necessario che essa sia di carattere proibitivo e sia posta, altresì, a tutela di interessi generali che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico (Cass., 8 novembre 1995, n. 11598). Caratteri, questi, certamente non ravvisabili nelle norme tributarie, in quanto esse sono poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e, in linea di massima, non pongono divieti, ma assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva (Cass., 5 novembre 1999, n. 12327; 8 novembre 1995, n. 11598; 19 giugno 1981, n. 4024)».

²⁴⁷ MELIS G., *op. cit.*, p. 105.

²⁴⁸ FEDELE A., *Assetti negoziali e "forme d'impresa" tra opponibilità simulazione e riqualificazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 2010, n. 1, p. 1100.

²⁴⁹ RUSSO P., *op.cit.*

²⁵⁰ V. *supra* p. 47 ss.

²⁵¹ Cass. Sez. unite., 23 dicembre 2008, nn. 30055-30056-30057.

come unica base normativa il principio di capacità contributiva, ma essa trovava applicazione unicamente in presenza di “indebiti vantaggi fiscali” derivanti «dall’utilizzo distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale» e solo quando, dunque, non esistono valide ragioni economiche che giustificavano l’operazione. Come osservato²⁵², tale affermazione assumeva la duplice funzione di ricollegare la nozione non scritta di abuso a quella (scritta) desumibile dai primi due commi dell’art. 37-*bis* d.p.r. 600/73 e di applicare questi ultimi ad ogni operazione potenzialmente elusiva, nonostante essi, secondo la stessa Corte, fossero privi di un’autonoma efficacia precettiva. Infatti, come affermato da altra pronuncia²⁵³, l’esistenza dell’articolo in questione «non contrasta con l’individuazione nell’ordinamento di un generale principio antielusione», ma anzi, rappresenta un «mero sintomo dell’esistenza di una regola generale».

Successiva a questi due orientamenti vi fu una sentenza della Corte di Cassazione²⁵⁴, la quale sostanzialmente li superava riportandosi alla giurisprudenza precedente. Gli Ermellini tornarono, dunque, sui loro passi, attribuendo al comma 3 dell’art. 37 d.p.r. 600/73 una funzione delimitativa e affermando che: «si attribuisce ai primi due commi della norma [...] una autonoma portata precettiva rispetto alla disposizione del successivo comma 3²⁵⁵, atteso che la indicata soluzione interpretativa, da un lato, viene palesemente a confliggere con il testo normativo, avuto riguardo all’inequivoco “incipit” del comma 3 (“Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell’ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni...”), e dall’altro, sembra presupporre un limite alla discrezionalità del Legislatore in ordine alla “tipizzazione” della fattispecie dell’abuso di diritto tributario, che non trova alcun fondamento normativo»²⁵⁶.

Tuttavia, col passare del tempo, l’orientamento giurisprudenziale è divenuto via via sempre più equilibrato e meno rigido: i giudici di legittimità chiedevano maggior cautela all’Agenzia delle Entrate nel definire una pratica come abusiva, intimandole di effettuare delle verifiche effettive

²⁵² GALLO F., *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, cit.

²⁵³ Cass. civ., Sez. V, 4 aprile 2008, n. 8772.

²⁵⁴ Cass. civ., Sez. V, 19 dicembre 2014, n. 27087.

²⁵⁵ Il quale considera esplicitamente le condotte attraverso le quali l’abuso può essere realizzato.

²⁵⁶ Secondo i giudici, tra le varie soluzioni a disposizione del legislatore per delineare un generale principio antielusivo, egli ha preferito «“tipizzare” la figura dell’abuso del diritto convogliandola su specifici elementi individuanti le fattispecie e su determinate operazioni negoziali, in assenza dei quali non sono configurabili [...] altre ipotesi (atipiche) di pratiche abusive [...], rispondendo pertanto l’intervento normativo alla esigenza: 1-di limitare il rischio di una indiscriminata applicazione della figura dell’abuso del diritto a qualsiasi fattispecie negoziale (con il conseguente rischio di frequenti ed inevitabili valutazioni contraddittorie di una medesima fattispecie negoziale compiute dai diversi Uffici), evitando la insorgenza di controversie tributarie su accertamenti fiscali che potrebbero presentare elevati rischi di aleatorietà per l’Ufficio finanziario, nonché 2-di evitare che i contribuenti vengano ad essere sottoposti ad inutili e complessi accertamenti fiscali, a discapito di altre e più utili - in termini di risultati conseguibili - attività di verifica e controllo».

e approfondite circa l'antieconomicità delle operazioni, specialmente nel caso di attività d'impresa. Pertanto, era necessario assicurarsi che le attività e i negozi posti in essere risultassero legati a logiche che andavano oltre il risparmio fiscale, ad esempio se esse potessero essere «di natura meramente organizzativa e consistenti in un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa»²⁵⁷. Sicuramente, la posizione assunta in tale decisione costituisce un notevole arresto rispetto ai precedenti orientamenti sull'abuso del diritto e, soprattutto, questa pronuncia non è rimasta isolata²⁵⁸. Veniva, dunque, sottolineata la differenza che doveva sussistere tra abuso del diritto e lecito risparmio d'imposta, ossia l'esistenza di valide ragioni economiche deve fungere da esimente all'abuso del diritto: la loro presenza, a condizione che non fosse marginale, doveva escludere l'esistenza della fattispecie dell'elusività, nel rispetto del principio di libertà d'impresa e iniziativa economica²⁵⁹.

È evidente, dunque, come non vi fosse unitarietà tra gli indirizzi giurisprudenziali ed era più che mai necessario un intervento legislativo che delineasse in maniera definitiva una determinata normativa che individuasse «quelle regole e quei criteri che permettono di tracciare una sicura linea di confine tra il comportamento rispettoso della regola costituzionale dell'equo riparto e quello che da tale parametro esorbita a causa della sia frodolenza, tortuosità e assenza di ragioni economiche»²⁶⁰. Pertanto, il legislatore fece assumere alla legge delega 11 marzo 2014, n. 23 e al d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, attuativo di essa, il compito di introdurre una disciplina positiva del divieto dell'abuso del diritto, per poter dare, così, maggior certezza agli operatori economici. In particolare, nel pieno rispetto della Raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, l'art. 5 della legge delega ha fissato gli obiettivi di: a) introdurre una clausola antiabuso per i tributi non armonizzati che fosse di portata generale, dunque sganciata ad ogni elencazione di fattispecie; b) unificare il concetto di elusione fiscale con quello di l'abuso del diritto, definendo quest'ultimo come «uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione» garantendo, allo stesso tempo, «la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale», considerando, inoltre, se lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali sia causa prevalente al fine di determinare l'abusività

²⁵⁷ Cass. civ., Sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372.

²⁵⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. V, 12 maggio 2011 n. 10383; Cass. civ., Sez. V, 2 novembre 2011, n. 22716; Cass. civ., Sez. V, 28 giugno 2012, n. 10807; Cass. civ., Sez. V, 26 febbraio 2014, n. 4604; Cass. civ., Sez. V, 26 agosto 2015, n. 17175.

²⁵⁹ MATTERA R., *op. cit.*

²⁶⁰ GALLO F., *ult. op. cit.*

dell'operazione, escludendone, in ogni caso, la configurabilità qualora l'operazione o la serie di operazioni fossero giustificate da ragioni extrafiscali non marginali; c) porre a carico dell'Amministrazione Finanziaria l'onere di dimostrare il disegno abusivo e le eventuali modalità di manipolazione e di alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, nonché la loro mancata conformità a una normale logica di mercato, prevedendo, invece, che sia onere del contribuente giustificare l'operazione realizzata, allegando l'esistenza di valide ragioni extrafiscali alternative; d) stabilire specifiche regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'Amministrazione Finanziaria e che salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase dell'accertamento tributario, alla cui motivazione deve comunque ricondursi una formale e puntuale individuazione della condotta abusiva. E così, sulla base delle disposizioni della legge delega, il decreto legislativo ha introdotto l'art.10-*bis* all'interno dello Statuto Contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212), rubricato "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale" che sarà oggetto di un'analisi approfondita nei prossimi paragrafi, anticipando fin d'ora che si tratta di una norma il cui effetto immediato è l'inopponibilità nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria «di tutti gli atti posti in essere al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale, prescindendo da specifiche prescrizioni circa la struttura fittizia o fraudolenta dell'operazione. Si ha riguardo, dunque, a un principio sovraordinato in forza del quale è imposto agli operatori il divieto di utilizzare lo strumento dell'autonomia negoziale per alterare l'equo riparto dei carichi pubblici. Per una corretta applicazione di tale principio, non si può prescindere dall'analisi della natura e della specie delle operazioni nelle loro reciproche finalità e connessioni, per poter così verificare se le stesse abbiano un obiettivo ulteriore o differente rispetto al mero raggiungimento di un vantaggio fiscale. Ciò in quanto, qualora la verifica conduca a risultati positivi, non si perfeziona un abuso della norma che disciplina l'operazione contrattuale prescelta, bensì di quella agevolativa»²⁶¹.

2.3 L'art. 10-*bis* della l. 212/2000

Il legislatore, con l'introduzione dell'art. 10-*bis* all'interno della l. n. 212/2000, ha finalmente sancito nell'ordinamento una norma generale antielusiva che, attraverso la sua funzione residuale²⁶², funge da chiusura del sistema, in modo tale da disciplinare le fattispecie non

²⁶¹ MATTERA R., *op. cit.*

²⁶² Tale funzione è ribadita dalla stessa Relazione illustrativa del nuovo provvedimento normativo, ove viene sancito: «la disciplina dell'abuso del diritto ha applicazione solo residuale rispetto alle disposizioni concernenti la simulazione o i reati tributari, in particolare, l'evasione e la frode: queste fattispecie vanno perseguite con gli strumenti che l'ordinamento già offre. Se, ad esempio, una situazione configura fattispecie regolate dal d.lgs. n. 74/2000 in quanto frode o simulazione, l'abuso non può essere invocato».

espressamente regolamentate. Ciò ha segnato un importante ed innovativo cambiamento all'interno dell'ordinamento tributario dal momento che, in precedenza la realtà economica era rinchiusa da norme di dettaglio e da un'eccessiva produzione legislativa²⁶³. Inoltre, il nuovo abuso del diritto, a differenza dell'ormai abrogato art. 37-*bis* d.p.r. 600/73, si estende all'intera materia tributaria, con la sola esclusione dei tributi doganali²⁶⁴ e il suo campo applicativo non è limitato a un elenco di operazioni tassativamente previste. La norma in questione, in aggiunta, sembra superare le problematiche relative a quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'abuso del diritto derivi dal principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.²⁶⁵. In particolare, quest'ultimo assume definitivamente la sua funzione precettiva e, di conseguenza, attraverso l'art. 10-*bis* l. 212/2000, il principio antielusivo viene previsto ufficialmente nell'ordinamento tributario italiano, nel pieno rispetto del postulato della riserva di legge, requisito mancante fino ad allora. Interessante è poi la scelta del legislatore di collocare l'articolo analizzato all'interno dello Statuto del Contribuente, il quale si ritiene essere l'unico documento riguardante la generalità dei tributi²⁶⁶: si può pensare che egli abbia voluto integrare quell'insieme di principi che costituiscono l'ordinamento tributario al fine di accrescere ulteriormente i valori di certezza, affidamento e buona fede sui quali si deve fondare il rapporto fisco-contribuente²⁶⁷. In questo modo, ci si proietta sempre più verso un modello di azione amministrativa improntata all'ampliamento degli istituti partecipativi ed alla valorizzazione delle forme di collaborazione, in osservanza dei canoni di imparzialità, proporzionalità, trasparenza e reattività²⁶⁸. D'altro canto, la positivizzazione della nozione di abuso del diritto in ambito tributario ha il pregio di contenere quanto più possibile l'attività esegetica del giudice, ancorando tale concetto giuridico all'oggettività di una norma che, per quanto flessibile, è destinata a tracciare delle fondamentali linee guida per l'interprete²⁶⁹. L'art. 10-*bis* l. 212/2000 si compone di 13 commi: nei primi due viene fornita la definizione precisa di abuso; il terzo introduce le valide ragioni extrafiscali come esimente all'abuso del diritto; il quarto cristallizza la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale; dal quinto all'undicesimo sono elencate le garanzie

²⁶³ COMPORTI G., *op. cit.*

²⁶⁴ Art. 4 d.lgs. 128/2015.

²⁶⁵ V. *supra* p. 48 ss.

²⁶⁶ ZIZZO G., *La nozione di abuso nel nuovo art. 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, n. 11, p. 1337.

²⁶⁷ COMPORTI G., *op. cit.*

²⁶⁸ *Ibidem*

²⁶⁹ *Ibidem*

procedurali e processuali poste a favore del contribuente; il dodicesimo delimita l'ambito di operatività del principio antiabuso e, infine, il tredicesimo depenalizza le condotte abusive.

2.3.1 Gli aspetti sostanziali: la definizione di abuso

Secondo l'art. 10-*bis* l. 212/2000, sono tre i presupposti affinché si rinvenga la fattispecie abusiva: la realizzazione di una o più operazioni prive di sostanza economica, il conseguimento di un vantaggio fiscale indebito, il quale rappresenta l'elemento costitutivo del risparmio conseguito, e il fatto che esso sia essenziale nel disegno dell'atto compiuto²⁷⁰²⁷¹. Infatti, il comma 1, nel suo primo periodo cita: «Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti». Si può notare come, innanzitutto, non venga data una definizione vera e propria di abuso del diritto, ma piuttosto ne vengono indicate le condizioni affinché esso si verifichi: il contribuente, pur rispettando formalmente le norme tributarie, pone in essere una o più operazioni prive di sostanza economica, conseguendo un indebito risparmio d'imposta. Per chiarire il primo comma occorre, poi, fare riferimento al comma 2 del medesimo articolo, nel quale alle lettere a) e b), viene data rispettivamente la definizione dei concetti di "operazione priva di sostanza economica" e di "vantaggio fiscale indebito". Dunque, la lett. a) del comma in questione definisce le prime come «i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali». Sostanzialmente si tratta di quelle "costruzioni"²⁷² "artificiose" cui fa riferimento la Raccomandazione n. 772/2012 nel punto 4.4, dove tale accezione viene giustificata con l'assenza di "sostanza commerciale"²⁷³,

²⁷⁰ Anche se quest'ultimo non sarebbe un vero e proprio presupposto, in quanto rappresenta piuttosto l'importanza che gli indebiti vantaggi fiscali assumono all'interno della struttura dell'operazione compiuta, diventando una sorta di conseguenza. Dunque, sarebbe più corretto parlare di "due più uno" presupposti.

²⁷¹ Nella sentenza Cass. civ., Sez. V, 29 luglio 2004, n. 14515 gli elementi che costituivano la fattispecie abusiva erano considerati essere altri tre, ossia: «l'elemento oggettivo, costituito dall'esistenza di fatti o atti o negozi, anche collegati tra loro. L'elemento soggettivo costituito da valide ragioni economiche a sostegno dell'interesse che all'apparenza si assume di perseguire. L'elemento teleologico, costituito dalla finalità di aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario o di ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti». Questo orientamento può dirsi oggi oramai superato.

²⁷² Ai sensi del punto 4.3 per "costruzione" si intende «una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno o un evento». Inoltre, «una costruzione può comprendere più di una misura o di una parte».

²⁷³ Secondo il punto 4.4 della Raccomandazione la mancanza di tale aspetto viene individuato al verificarsi di una o più situazioni, in particolare quando: 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.

concetto pressoché coincidente con quello di “sostanza economica”²⁷⁴. Innanzitutto, occorre osservare che la scelta del legislatore di utilizzare il termine “operazione” non appare ingiustificata. È ormai palese come l’autonomia del privato debba conformarsi alla struttura economica del Paese e di quella dell’Unione Europea. In particolare, la libertà concorrenziale, che si trova alla base della costituzione economica europea, caratterizza il diritto dei contratti, con la conseguenza che esso debba armonizzarsi con le esigenze del mercato, nel quale assume massima importanza, appunto, l’“operazione economica”²⁷⁵. Ne consegue che non sarà più il tipo di contratto che andrà a qualificare la normativa da applicare al caso concreto, bensì l’insieme di tutti gli atti e i fatti attraverso i quali si estrinsecano gli interessi del contribuente, la cui sequenza unitaria e composita costituirà l’“operazione economica”²⁷⁶. Il riferimento a quest’ultima nel suo complesso, dunque, appare in armonia con il concetto di abuso del diritto, in quanto esso, frutto anche dell’autonomia contrattuale concessa al contribuente, si può manifestare sia attraverso una struttura semplice, costituita da un singolo contratto, che complessa, caratterizzata dall’essere composta da più contratti: in questo modo si riuniscono all’interno di un unico concetto tutte le possibili fattispecie realizzabili e oggetto di controllo, le quali potranno qualificare l’operazione sul piano normativo²⁷⁷.

Venendo al concetto di “sostanza economica”, essa può essere definita, secondo la dottrina, in un elemento oggettivo consistente nella coerenza tra gli strumenti giuridici impiegati e gli obiettivi raggiunti²⁷⁸. Come già sottolineato, il legislatore fornisce una definizione di “sostanza economica”, o meglio, individua due indici rappresentativi della sua mancanza: «la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell’utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato». Si nota da subito l’evidente richiamo alle lettere a) e b) del punto 4.4²⁷⁹ della Raccomandazione 772/2012, mentre paiono escluse le altre casistiche indicate. Tuttavia, secondo una dottrina²⁸⁰, la scelta di collocare all’interno dell’art. 10-*bis* l. 212/2000 solamente le prime due delle situazioni individuate dal legislatore comunitario è giustificata dal fatto che la lett. a) del secondo comma assuma una funzione meramente esemplificativa e si è preferito indicare solamente quelle fattispecie in grado di generare maggiore incertezza. Pertanto, l’esclusione degli altri casi particolari potrebbe essere motivata dalla loro evidente e radicale

²⁷⁴ FALSITTA G., *ult. op. cit.*, p. 123.

²⁷⁵ MISCALI M., *op. cit.*

²⁷⁶ *Ibidem*

²⁷⁷ *Ibidem*

²⁷⁸ BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in *Il Fisco*, 2015, p. 2209.

²⁷⁹ V. nota 270.

²⁸⁰ ZIZZO G., *ult. op. cit.*

assenza di sostanza economica che li riconduce al dettato del primo comma. Ora, nel concreto, quanto indicato alla lett. a) sta a significare che gli atti di autonomia negoziale, nell'ambito dell'abuso del diritto, devono essere considerati sulla base della loro struttura formale e della qualità dei vantaggi perseguiti, al fine di valutare, dunque, se essi siano in contrasto con il fondamento giuridico attribuitogli dal legislatore ovvero se collidano con le normali logiche di mercato, con la conseguenza che, qualora assumano almeno uno di questi due tratti, non saranno meritevoli di tutela. Verranno ora analizzati nello specifico questi due indici.

Il primo può essere ricondotto alla ricerca degli interessi che, secondo il legislatore, devono essere salvaguardati: molto semplicemente, nel rapporto fisco-contribuente, essi sono quelli dei privati e del pubblico. I primi sono frutto della libertà negoziale concessa ai soggetti da parte del legislatore, con la condizione che essi potranno essere conseguiti solamente qualora siano riconosciuti dall'ordinamento come meritevoli di tutela, devono essere, cioè, allineati con quelli della seconda categoria. Ne consegue che il trattamento fiscale riservato all'interesse del contribuente sarà differente a seconda di quale delle tre fattispecie viste in precedenza²⁸¹ si andrà a realizzare: il legittimo risparmio fiscale, l'elusione o l'evasione.

Sorge ora spontanea una domanda: qual è il trattamento fiscale coerente con l'autonomia contrattuale del contribuente? La risposta la si può trovare nel secondo indice della lett. a) del co. 2 art. 10-bis l. 212/2000: è quello che si conforma alle "normali logiche di mercato"²⁸². Anche se questo concetto può apparire eccessivamente generico, con un elevato tasso di mutabilità e di opinabilità e, di conseguenza, pericoloso, tale da far sconfinare in un'inammissibile assoluta discrezionalità la valutazione circa la natura abusiva o meno dell'operazione²⁸³, si cercherà di fare luce, per quanto possibile, sul suo significato.

Innanzitutto, per "mercato" si deve intendere, in questo ambito, quell'istituzione la cui esistenza è basata su tre presupposti: a) un'eguale autonomia negoziale in capo ai soggetti che operano nel mercato; b) il contratto quale atto attraverso il quale si formalizzano gli scambi; c) l'assenza di asimmetrie informative, che alterino i poteri contrattuali tra le parti²⁸⁴. Inoltre, esso è "ordinato", nel senso che è in grado di creare un ordine complessivo delle relazioni economiche, generato da azioni autonome dei partecipanti, le quali sono ispirate ad un determinato principio organizzativo²⁸⁵. Le "normali logiche" vanno individuate a seconda della forma, tendenzialmente monopolistica o tendenzialmente concorrenziale, che il mercato assume in

²⁸¹ V. par. 2.1.

²⁸² MISCALI M., *op. cit.*

²⁸³ RUSSO P., *op. cit.*

²⁸⁴ MISCALI M., *op. cit.*

²⁸⁵ *Ibidem*

seguito alla presenza di determinati fattori. Si prenda, in considerazione, ad esempio, la situazione del mercato concorrenziale²⁸⁶, il quale viene menzionato nel primo comma dell'art. 41 Cost.²⁸⁷, dove la libertà di iniziativa economica è da intendersi sia come libertà di promuovere un'attività industriale, commerciale o finanziaria, che come libertà di competere con altri soggetti²⁸⁸. L'unico limite che l'iniziativa economica non può superare, a detta sempre dell'art. 41 Cost., è costituito dal fatto che essa non possa entrare in conflitto con l'utilità sociale ovvero che possa recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. L'utilità sociale, nell'ambito del diritto tributario, si può manifestare nella disciplina dell'abuso, la quale, dunque, svolge una funzione regolatoria e, allo stesso tempo, promozionale della libertà di iniziativa economica. Nello specifico, le operazioni realizzate altro non sono che il mezzo attraverso il quale si realizza la circolazione e la produzione della ricchezza e questi rappresentano gli unici utilizzi per cui esse possono essere oggetto di protezione giuridica²⁸⁹. In altre parole, nel dare importanza alle "normali logiche di mercato", le norme antielusive fiscali assumono la funzione di garantire l'equilibrio del mercato concorrenziale, il quale, appunto, non deve venire alterato da carichi tributari asimmetrici che derivano da operazioni prive di sostanza economica e non conformi alle normali logiche di mercato, con la conseguenza che minori sono le disparità, maggiore sarà il grado di concorrenza.

Per ravvisare la fattispecie elusiva, non è sufficiente che le operazioni siano prive di sostanza economica, ma occorre anche che siano eseguite "nel rispetto formale delle norme fiscali" e, contemporaneamente, realizzino "essenzialmente vantaggi fiscali indebiti". La portata innovativa di tale norma si può individuare anche nell'importanza che viene attribuita al perseguimento di questi ultimi²⁹⁰. In questo modo si è verificata una sostanziale inversione di rotta rispetto alla precedente normativa, dove l'assenza di valide ragioni economiche extrafiscali dell'operazione era sufficiente a rinvenire l'elusione fiscale, attribuendo al perseguimento di un ingiustificato risparmio fiscale un ruolo solamente marginale²⁹¹. Dunque, non è sufficiente che si realizzi semplicemente un risparmio d'imposta, ma è necessario che

²⁸⁶ La concorrenza, da un punto di vista economico, costituisce uno strumento volto a garantire l'efficienza allocativa, mentre, giuridicamente parlando, è una regola sull'autonomia privata dal momento che preclude a tutti gli operatori di influire sui processi decisionali, sui termini e sulle condizioni dello scambio. Così, MISCALI M., *op. cit.*

²⁸⁷ «L'iniziativa economica è libera».

²⁸⁸ MISCALI M., *op. cit.*

²⁸⁹ *Ibidem*

²⁹⁰ L'importanza di quest'aspetto è stata evidenziata anche dalla giurisprudenza europea con la sentenza Corte di Giustizia del 21 febbraio 2008 causa C-425/06 (c.d. Part Service), la quale ha previsto che: «una pratica abusiva può essere riconosciuta qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell'operazione o delle operazioni controverse».

²⁹¹ GALLO F., *ult. op. cit.*

esso sia anche indebito: non abusa chi ottiene un vantaggio fiscale, bensì chi lo consegue, secondo la lett. b) del co. 2 dell'art. 10-*bis* l. 212/2000, «in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario»²⁹². Ne deriva che non può ravvisarsi abuso del diritto in mancanza di contrasto tra il beneficio conseguito e la *ratio* della disciplina applicata per raggiungerlo.

Tale locuzione rappresenterebbe, innanzitutto, una più felice traslazione del concetto di “utilizzo distorto”²⁹³ degli strumenti giuridici” indicato nell'art. 5 della legge-delega, il quale sembra alludere ad un uso anomalo di forme negoziali rispetto ad un ipotetico comportamento ritenuto normale, “tagliato su misura” in funzione al risultato economico da raggiungere. Questo orientamento viene ritrovato anche in alcune sentenze di poco antecedenti la riforma; infatti, in una di queste viene affermato che la condotta elusiva, «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»²⁹⁴. Questa ipotesi, cd. di “abuso delle forme giuridiche”, tuttavia, finirebbe per obbligare il contribuente a mettere in atto l'unica operazione consentita dal legislatore fiscale per ottenere un determinato risultato economico, la quale è molto spesso anche quella fiscalmente più onerosa, facendo assumere i tratti caratteristici dell'elusività a comportamenti che non aggirano alcuna disposizione o principio e negando, di fatto, ogni spazio per la lecita pianificazione fiscale²⁹⁵. In altre parole, un qualsivoglia strumento giuridico rischia di essere etichettato come “distorto” ogniqualvolta permetta di avvalersi di un regime tributario di maggior favore rispetto ad altre alterative che il contribuente avrebbe potuto mettere in atto per conseguire i medesimi risultati economici, ma che risultavano essere fiscalmente più onerose. Viceversa, l'essenza del fenomeno deve ricondursi all'“asistematicità” del vantaggio tributario, cioè nel tenere un comportamento volto ad aggirare i principi che governano la materia fiscale come, ad esempio, quello della simmetria fiscale oppure quello di continuità dei valori di bilancio²⁹⁶, oppure, ancora, quello dei divieti di doppia imposizione o

²⁹² Si noti, anche su questo punto, il parallelismo con la Raccomandazione 772/2012, al punto 4.5, in cui il risparmio assume un'accezione indebita quando «contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili». È opportuno sottolineare, inoltre, che la disposizione interna pare essere più completa di quella comunitaria, dal momento che, così come è stato indicato nell'art. 10-*bis* l. 212/2000, viene evidenziato come il contrasto tra regime ordinario e *ratio* possa avvenire in riferimento sia al medesimo regime che a regimi differenti. Così ZIZZO G., *ult. op. cit.*

²⁹³ A tale aggettivo è necessario attribuire il significato di «modificare, ovvero alterare, un determinato fatto o evento in modo deliberatamente inesatto o fazzioso». Così PROCOPIO M., *op. cit.*

²⁹⁴ Cass. civ., Sez. V, 14 gennaio 2015, n. 438.

²⁹⁵ STEVANATO D., *op. cit.*

²⁹⁶ *Ibidem*

dei “salti d’imposta”²⁹⁷. Infine, è stato precisato nella relazione di accompagnamento all’articolo che deve sussistere «la violazione della *ratio* delle norme o dei principi generali dell’ordinamento e, soprattutto, di quelli della disciplina tributaria in cui sono collocati gli obblighi e divieti elusi». È, dunque, lo stesso legislatore a dare rilevanza al concetto di aggiramento delle norme giuridiche quale elemento chiave per rilevare l’abuso del diritto.

La tipologia di vantaggio fiscale indebito può essere definita in base al tipo di operazione messa in atto. Secondo una dottrina²⁹⁸, è possibile individuare due diverse categorie di comportamenti abusivi con i conseguenti e differenti vantaggi fiscali. In particolare, si può verificare: a) un costrutto insolito, articolato e inutilmente complesso di operazioni, ove il vantaggio fiscale si determina confrontando i risvolti tributari di tale schema operativo con quelli degli strumenti tipici alternativi messi a disposizione dal legislatore per perseguire i medesimi risultati economici oppure, b) un’operazione cd. “circolare”, ossia meramente preordinata ad ottenere un vantaggio fiscale, con irrilevanti ovvero assenti risvolti sul piano economico, che si pone in contrasto con la funzione tipica degli istituti giuridici utilizzati, nel qual caso il beneficio tributario conseguito consiste sostanzialmente nel fatto che il contribuente non avrebbe abbattuto la propria base imponibile senza aver messo in atto tale operazione.

Per quanto concerne le prime, occorre sottolineare, però, che potrebbe esserci il rischio che venga rilevato l’abuso del diritto solamente perché è stata compiuta un’operazione, ugualmente consentita dal legislatore e talvolta addirittura costruita *ad hoc* con finalità agevolative per i contribuenti, in luogo di un’altra fiscalmente più onerosa. Infatti, spesso accade che siano presenti vari percorsi che il privato possa intraprendere per soddisfare i propri interessi e che nessuno di essi sia contrastante con la *ratio* delle norme tributarie: ovvero esse godono di pari dignità strutturale e giuridica²⁹⁹ e, in quanto tali, non dovrebbero essere perseguite. Di conseguenza, far dipendere la non elusività alla mancanza di forme alternative percorribili è del tutto fuorviante, giacché nulla ha a che vedere col tema dell’aggiramento dello spirito delle leggi tributarie, cioè con l’essenza dell’elusione³⁰⁰.

Tale fattispecie, inoltre, fa riflettere sul concetto di “vantaggio”. Quest’ultimo richiama l’idea di un confronto tra due risultati: quello raggiunto e quello che si sarebbe dovuto conseguire attraverso l’operazione elusa, cioè quella che il contribuente avrebbe dovuto mettere in atto secondo il legislatore. Chiaramente, in quest’ambito, il vantaggio deve essere valutato in ottica

²⁹⁷ BUSANI A., *op. cit.*

²⁹⁸ RUSSO P., *op. cit.*

²⁹⁹ PROCOPIO M., *op. cit.*

³⁰⁰ STEVANATO D., *op. cit.*

fiscale, nel senso che è necessario individuare come riferimento un'operazione alternativa a quella realizzata³⁰¹, la quale avrebbe consentito di giungere ad un risultato simile a quest'ultima, ma con un carico tributario superiore.

Secondo la dottrina³⁰², sussistono tre differenti criteri da utilizzare per effettuare tale comparazione: uno di stampo economico, uno di portata giuridica e, infine, uno misto. Per poter stabilire quale sia il metodo preferibile si considerino, per esempio, le operazioni di cessione diretta e indiretta dell'azienda. Da un punto di vista meramente economico, le due operazioni condurrebbero al medesimo risultato, cioè la vendita dell'azienda, mentre su un piano esclusivamente giuridico le due conseguenze sarebbero considerevolmente differenti: nell'una si vende il complesso di beni e nell'altra le partecipazioni della società che lo detiene. Pertanto, si può affermare che entrambi i metodi siano da escludere dal momento che, rispettivamente, il primo è eccessivamente elastico e impreciso, mentre il secondo non consentirebbe mai di comparare due fattispecie, in quanto, giuridicamente, esse saranno sempre differenti per definizione. Resta, dunque, il criterio misto quello preferibile, in quanto considera entrambi i punti di vista. Infatti, il profilo giuridico non va abbandonato in quanto la misurazione della capacità contributiva avviene secondo i criteri stabiliti dal legislatore, il quale individua le fattispecie giuridiche idonee a generare reddito imponibile. Allo stesso modo l'aspetto economico non deve essere accantonato, in quanto ciò che viene tassato costituisce ricchezza, nel senso economico del termine. È pertanto sufficiente che non vi sia perfetta sovrapposizione tra le fattispecie per poterle confrontare, ma basta che vi sia una sorta di somiglianza o affinità, il cui grado, però, è rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione Finanziaria, la quale dovrà tenere presente che la chiave di lettura dei fatti in esame deve coordinarsi con la struttura dell'imposta di riferimento.

Invece, le operazioni "circolari" sembrerebbero essere effettivamente frutto dell'"utilizzo distorto degli strumenti giuridici" cui si faceva riferimento nell'art. 5 della legge-delega³⁰³. In questo caso, infatti, parrebbe non esserci alcun pericolo di errato riconoscimento di elusione fiscale, dal momento che l'operazione stessa è stata progettata appositamente in modo ingiustificatamente artificioso con l'unico scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Pertanto, ogni forma di "confronto" sarebbe superflua.

³⁰¹ Anche nel rispetto del principio di riserva di legge, per reinquadrare il comportamento del contribuente.

³⁰² BEGHIN M., *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, cit., pp. 423 ss., a cui si devono anche le successive considerazioni relative ai vari criteri.

³⁰³ Di questo avviso, RUSSO P., *op. cit.*

Si è detto come il carattere indebito sia fondamentale per far rientrare nell'illiceità l'elusione fiscale, in modo tale da distinguere il vantaggio fiscale così ottenuto da quello conseguito nell'ambito del legittimo risparmio d'imposta. Tuttavia, dal momento che l'indebito è una nozione del diritto civile³⁰⁴, associandolo semplicemente ad un beneficio tributario si finirebbe per annullare la differenza tra evasione ed elusione fiscale³⁰⁵. Pertanto, al fine di distinguere questi due concetti, il legislatore ha aggiunto che gli indebiti vantaggi fiscali devono essere fondamentali rispetto agli altri fini perseguiti con l'operazione realizzata: devono essere, come sancisce l'articolo stesso, "essenziali". Tale aggettivo, tuttavia, può assumere varie sfumature, a scapito della maggior certezza che il legislatore mirava a raggiungere attraverso l'introduzione di questo articolo all'interno dell'ordinamento tributario. Infatti, secondo una parte della dottrina³⁰⁶, la scelta di utilizzare questo termine da parte del legislatore sarebbe alquanto pericolosa: in questo modo, si andrebbe ad attribuire all'Amministrazione Finanziaria un eccessivo potere decisionale, con il rischio che l'Agenzia delle Entrate possa abusare dei propri strumenti, ritenendo, in via del tutto discrezionale che un'operazione economica sia essenzialmente volta al perseguimento di un indebito vantaggio fiscale. Di conseguenza, in futuro potrebbe esserci la possibilità che si sollevino eccezioni di legittimità costituzionale, dal momento che parrebbe essere violato l'art. 23 Cost., il quale prevede che le prestazioni patrimoniali e personali devono essere disposte solo dal legislatore. Per queste ragioni, è necessario definire meglio il termine in questione.

Innanzitutto, ci si potrebbe chiedere quale sia l'accezione di "essenzialmente", ovvero se nello specifico esso equivalga a dire "principalmente" e/o "prevalentemente", oppure "esclusivamente"³⁰⁷. Tale concetto pare essere una traslazione dell'art. 5 co. 1 lett. b) n. 2) della legge-delega 23/2014, il quale stabilisce che occorre, affinché si ravvisi l'abuso di diritto, che i vantaggi fiscali indebiti siano la causa prevalente dell'operazione realizzata oppure, come desumibile dal punto 4.6 della Raccomandazione 772/2012, fondamentali rispetto agli altri fini perseguiti dal contribuente, nel singolo caso considerato. Inoltre, l'avverbio in questione sembra collegare i vantaggi fiscali indebiti con le valide ragioni extrafiscali che devono essere non

³⁰⁴ In particolare, derivante dagli artt. 2033 e 2041 c.c.

³⁰⁵ GIOVANNINI A., *op. cit.*

³⁰⁶ Così PROCOPIO M., *op. cit.*

³⁰⁷ Nel caso di fine "essenziale", «la finalità abusiva avrebbe dovuto costituire l'obiettivo principale, basilare dell'operazione, ben potendo però convivere con finalità anche puramente economiche; senza tuttavia impedire l'operatività della clausola antiabuso», nel caso, invece di fine "esclusivo", «l'accertamento sulla volontà dell'operatore sospettato di velleità abusive si sarebbe dovuto arrestare di fronte alla presenza di una pur minima finalità economica, magari convivente con prevalenti e quasi totalizzanti obiettivi di indebito risparmio fiscale». Così, ATTARDI C., *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, in *Diritto e Pratica tributaria*, 2008, n. 4, p. 20627.

marginali, le quali fungono da esimente al comportamento abusivo³⁰⁸, ai sensi del comma 3 dell'articolo in questione, in una funzione simil-compensativa: se l'operazione determina una più che significativa realizzazione dei primi, necessariamente le seconde saranno alquanto limitate. Pertanto, anche in linea con una parte della dottrina³⁰⁹, il significato da attribuire all'avverbio "essenzialmente" si colloca in una via di mezzo tra le due accezioni "prevalente", ed "esclusivo"³¹⁰. Ecco, dunque, come tale scelta del legislatore sia finalizzata a collocare l'elusione/abuso del diritto in una posizione intermedia tra il legittimo risparmio d'imposta, per la quale non sussiste alcun risparmio indebito, e l'evasione fiscale, che invece realizza un minor versamento d'imposta totalmente illecito. L'avverbio "essenzialmente" è stato, dunque, utilizzato dal legislatore al fine di attenuare il carattere indebito dell'abuso del diritto, come se esso fosse "quasi lecito"³¹¹.

Infine, occorre sottolineare che non è necessario che i vantaggi indebiti siano immediati, ma essi possono manifestarsi anche in un futuro più o meno breve.

2.3.2 (segue) Gli aspetti sostanziali: le valide ragioni extrafiscali e la libertà di scelta del contribuente

Molto spesso le ragioni fiscali non sono le uniche che spingono il contribuente a mettere in atto una determinata operazione e vi sono, dunque, anche altre motivazioni di carattere extrafiscale. Inoltre, sarebbe eccessivo pretendere, da parte del legislatore, di imporre ai contribuenti l'astensione dal compiere operazioni finalizzate a conseguire risultati apprezzabili dal punto di vista economico diversi dei vantaggi fiscali, per il solo fatto che tali benefici non siano conformi alle logiche del sistema tributario. Né si può, allo stesso tempo, esigere che siano gli operatori economici, nel caso si rilevi un'incongruenza tra gli effetti fiscali di un'operazione e le logiche del sistema, a procedere alla disapplicazione del regime tributario legalmente previsto, rideterminando in via autonoma il carico fiscale prendendo in considerazione il più appropriato sistema tributario³¹². Per queste ragioni, nel comma 3 dell'art. 10-*bis* l. 212/2000 il legislatore ha previsto che: «non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono

³⁰⁸ COMPORTI G., *op. cit.*

³⁰⁹ GALLO F., *ult. op. cit.*, in linea con la sentenza Corte di Giustizia del 21 febbraio 2008 causa C-425/06 (c.d. Part Service).

³¹⁰ Tale accezione è, invece, richiesta in altri ordinamenti giuridici, come ad esempio quello francese, come previsto dalla sentenza del *Conseil Constitutionnel* del 29 dicembre 2013. In questo modo, si andrebbe a ridurre notevolmente il potere discrezionale dell'Amministrazione Finanziaria, ma, allo stesso tempo, non sarebbe così chiara la distinzione tra evasione ed elusione fiscale.

³¹¹ GIOVANNINI A., *op. cit.*

³¹² GIUSTI G., *op. cit.*

a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente»³¹³. Con questo periodo, il legislatore ha mantenuto la rilevanza, ai fini dell'abuso del diritto, di quelle che erano definite “valide ragioni economiche” nell'art. 37.bis d.p.r. 600/73. In questo modo, viene ribadito che il principio di fondo rimane quello della libertà di iniziativa economica e di autonomia negoziale, la cui unica limitazione può rinvenirsi in quei comportamenti “patologici” che violano i principi di buona fede ed affidamento sanciti dall' art. 10-bis dello Statuto del Contribuente. Tuttavia, sia sul piano lessicale che strutturale della norma sono state apportate alcune modifiche. Sotto il primo punto di vista, è stata mantenuta l'accezione di “valide”, la quale deve essere intesa nel senso che deve esistere un nesso teleologico tra ragione extrafiscale e strumento per il conseguimento della stessa³¹⁴, in modo tale che le motivazioni che hanno indotto la messa in atto dell'operazione siano evidenti e ben riconoscibili anche da occhi imparziali³¹⁵. Si comprende, tuttavia, come tale accezione sia altamente discrezionale: si rischia, dunque, che l'Amministrazione Finanziaria possa adottare atteggiamenti di chiusura³¹⁶.

Anche il termine “ragioni” è stato riutilizzato dal legislatore. Queste sono identificabili come la causa delle operazioni stesse, cioè ciò che ha spinto il contribuente a realizzarle. È da tenere presente che il legislatore, in questo caso, non sta facendo riferimento alla causa come civilisticamente intesa, ma ad un elemento di carattere empirico, di modo che l'Agenzia delle Entrate possa utilizzare un approccio valutativo di tipo pragmatico³¹⁷.

Infine, la grossa innovazione lessicale consiste nella sostituzione dell'aggettivo “economiche³¹⁸” con quello “extrafiscali”. Tramite l'utilizzo di quest'ultimo, la locuzione assume un'accezione più ampia, in modo tale da estendere il novero di giustificazioni ammesse al fine di non individuare la fattispecie dell'abuso del diritto anche a quei motivi che non sono prettamente economici. Infatti, nelle legislazioni passate, si riteneva che il termine “economico” facesse riferimento solamente alle finalità imprenditoriali che il privato voleva conseguire con

³¹³ Tale principio di diritto è stato ripreso dalla recente sentenza Cass. civ., Sez. V, 19 novembre 2021, n. 35398, ove viene sottolineato che: «le operazioni straordinarie sul capitale delle società giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche d'ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa [...], volte non già a realizzare un indebito risparmio d'imposta e l'erosione della base imponibile, ma a semplificare e razionalizzare l'intera struttura gestionale, e ad abbattere i costi complessivi».

³¹⁴ PEROTTA R. e GAREGNANI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, p. 458.

³¹⁵ DESIDERI S., *Operazioni societarie elusive: 10 questioni da meditare*, in *Corriere Tributario*, n. 18, 1992, p. 1291 ss.

³¹⁶ CAPOLUPO S., *Carattere elusivo delle operazioni straordinarie*, in MARINI G., DELLA VALLE E. e FICARI V. (a cura di), *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, Torino, 2009, p. 413.

³¹⁷ CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., p. 308.

³¹⁸ Questa espressione venne utilizzata per la prima volta nella Direttiva Cee n. 434/1990 e successivamente sia nell'art. 10 l. 408/1990 che, appunto, nell'art. 37-bis d.p.r. 600/73.

le sue scelte, con la conseguenza che la normativa antielusiva dovesse venire applicata solamente nell'ambito dell'attività di impresa. Il termine "extrafiscali", invece, avendo un'accezione più ampia e generale, finisce per ricomprendere anche altre tipologie di valide ragioni e, difatti, sul punto, la norma stessa fa esplicitamente riferimento anche a esigenze di ordine organizzativo e a finalità di miglioramento strutturale e funzionale per l'impresa o per l'attività professionale³¹⁹. Tale scelta, inoltre, può essere stata effettuata anche per dare maggior certezza alla norma; difatti, in un discorso di ordine generale, le "ragioni fiscali" potevano benissimo essere ricondotte a "valide ragioni economiche", potendosi generare, in tal modo, qualche dubbio. Tuttavia, il comma in analisi potrebbe arrivare a risultare ridondante e pleonastico, dal momento che potrebbe farsi riferimento alle norme formalmente rispettate del primo capoverso e, cioè, alle norme applicate con riguardo alle operazioni che hanno permesso al contribuente di conseguire un vantaggio fiscale³²⁰. Anche in questa occasione, quindi, il legislatore potrebbe non aver effettuato la miglior scelta dal punto di vista lessicale³²¹.

Per quanto riguarda il piano strutturale della norma, invece, alle "valide ragioni extrafiscali" è stato dedicato un intero comma, mentre nell'art. 37-*bis* d.p.r. le loro omologhe figuravano solamente come un inciso.

Ci si potrebbe domandare se l'assenza delle valide ragioni extrafiscali rappresentino un elemento costitutivo dell'abuso del diritto, ovvero se la loro esistenza si configuri come fatto impeditivo e, dunque, come eccezione. Generalmente, i fatti impeditivi, a differenza di quelli estintivi e modificativi costituenti l'oggetto di altrettante eccezioni, sono contemporanei e non successivi ai fatti costitutivi della fattispecie³²². Tuttavia, in questo ambito, non possono sussistere dubbi circa la natura di eccezione delle valide ragioni extrafiscali, dal momento che il comma 8 dell'art. 10-*bis* l. 212/2000 prevede che debba essere il contribuente a dimostrarne l'esistenza. È, pertanto, da rifiutare quell'orientamento secondo il quale la mancanza delle valide ragioni extrafiscali sia sufficiente per ravvisare l'abuso del diritto. Infatti, quest'ultimo si realizza qualora l'Amministrazione Finanziaria sia in grado di dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi di cui al comma 1 e, solo allora, sarà concesso al contribuente di

³¹⁹ Sul punto la relazione illustrativa alla nuova normativa ha specificato che: «Conformemente alle indicazioni della norma di delega, sono definite ragioni economiche extrafiscali non marginali anche quelle che, pur non essendo alla base di operazioni produttive di una redditività immediata, sono comunque rispondenti ad esigenze di natura organizzativa volte ad un miglioramento strutturale e funzionale dell'attività economica del contribuente. A questo riguardo va osservato che la delega fa riferimento solo al miglioramento organizzativo e funzionale dell'azienda del contribuente: si pone perciò il dubbio che dette esigenze rilevino solo per le attività di tipo imprenditoriale. Per ragioni logiche e sistematiche si è ritenuto di chiarire il dubbio specificando che la norma si applica anche quando l'attività economica del contribuente sia professionale e non imprenditoriale».

³²⁰ Così, Circolare Assonime del 4 agosto 2016, n. 21.

³²¹ PROCOPIO M., *op. cit.*

³²² RUSSO P., *op. cit.*

paralizzarne gli effetti attraverso la prova dell'esistenza delle valide ragioni extrafiscali. Inoltre, è bene sottolineare che esistono operazioni tra loro alternative che il contribuente può mettere in atto, in ragione della totale assenza di un vantaggio asistemico, e la preferenza di una rispetto all'altra può dipendere unicamente da ragioni fiscali. Un classico esempio è dato dalla possibilità di acquisire un cespite in *leasing* ovvero tramite un finanziamento. La scelta del privato, dunque, potrebbe ricadere sulla soluzione che sia a lui più fiscalmente favorevole, a seconda, cioè, se gli convenga maggiormente dedurre le spese del canone ovvero le quote di ammortamento del cespite acquisito unitamente agli oneri finanziari derivanti dal prestito. Dunque, partire dalla mancanza di valide ragioni extrafiscali per ravvisare l'abuso del diritto comporterebbe un'inversione dello schema di ragionamento, portando a soluzioni talvolta aberranti dal punto di vista della qualificazione elusiva della fattispecie³²³.

L'esistenza delle valide ragioni extrafiscali assume, in sostanza, la funzione di esimente all'abusività dell'operazione: in particolare quest'ultima può venire considerata lecita – quand'anche si generi un risparmio d'imposta - qualora sia giustificata da valide ragioni diverse da quelle fiscali, le quali devono essere, inoltre, non marginali. Tale accezione richiede qualche chiarimento. Già in passato, con la sentenza Cass. civ., Sez. V, 29 settembre 2006, n. 21221, si era utilizzato il concetto di marginalità relativamente ad altre ragioni diverse da quelle tributarie al fine di rinvenire l'elusività fiscale: «in particolare, occorrerà verificare se le affermate finalità economiche di altra natura consentissero una spiegazione alternativa dell'operazione rispetto al risparmio fiscale, o se fossero marginali o addirittura inesistenti». Più recentemente, la relazione ministeriale di accompagnamento all'articolo 10-*bis* l. 212/2000 ha chiarito che «le valide ragioni economiche extrafiscali non marginali sussistono solo se l'operazione non fosse stata posta in essere in loro assenza. Occorre, appunto, dimostrare che l'operazione non sarebbe stata compiuta in assenza di tali ragioni»³²⁴.

Si potrebbe quindi affermare che “non marginale” sia sinonimo di “determinante”. Tuttavia, questa ricostruzione rischia di esagerare il grado di non marginalità, imponendo un giudizio estremamente difficile, posto che nelle ordinarie scelte degli operatori economici le considerazioni di matrice fiscale ed extrafiscale non si escludono a vicenda, ma spesso si integrano e variamente combinano. Quindi, affinché l'elemento considerato sia in grado di

³²³ BEGHIN M., *ult. op. cit.*, p. 427. Inoltre, in giurisprudenza è stato stabilito che la scelta di un'operazione fiscalmente più vantaggiosa non è sufficiente ad integrare una condotta elusiva, laddove sia lo stesso ordinamento a prevedere una simile facoltà, a condizione che non si traduca in un uso distorto dello strumento negoziale o in un comportamento anomalo rispetto alle ordinarie logiche d'impresa, posto in essere al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale (Cass. civ., Sez. V, 26 agosto 2015, n. 17175).

³²⁴ Ancor prima del legislatore, una dottrina si era già espressa in questi termini, in particolare BEGHIN M., *ult. op. cit.*, p. 426.

assumere un effettivo rilievo all'interno della qualificazione della condotta tenuta dal contribuente, sarà necessario ragionare in termini di mera apprezzabilità e significatività, di concreta attitudine a concorrere alla giustificazione della condotta, indipendentemente dal ruolo, decisivo o meno, assolto in tale ambito delle ragioni extrafiscali³²⁵.

Inoltre, secondo un autore³²⁶, in questo modo potrebbe riemergere il rischio che, mancando tale dimostrazione, cioè in presenza di un percorso negoziale anche semplicemente equivalente quanto a risultati economico-sostanziali, rispetto ad altri percorsi fiscalmente più onerosi, si concluda per l'elusività del comportamento. Chiaramente, bisogna escludere che le ragioni extrafiscali siano le uniche che si potranno osservare, dal momento che risulterebbe pressoché impossibile negare in radice, nell'ambito di una condotta che genera un risparmio d'imposta, un nesso con considerazioni di natura fiscale³²⁷.

Un altro aspetto da sottolineare, è che bisogna escludere che le ragioni extrafiscali debbano essere superiori rispetto a quelle fiscali. Infatti, non è necessario effettuare un confronto tra le due aree per stabilire quale delle due abbia una maggiore portata per la giustificazione della condotta: il legislatore, in questo senso, ha attestato, appunto, che esse debbano essere “non marginali” e non “prevalenti”.

Infine, con riferimento al soggetto in favore del quale devono sussistere le valide ragioni extrafiscali, si ritiene che le stesse vadano ricercate in uno qualsiasi dei soggetti coinvolti nell'operazione³²⁸. Si pensi, ad esempio, ad una scissione parziale con beneficiaria *newco*, dove la prima raramente conseguirà un vantaggio, dal momento che viene privata di una parte di patrimonio senza ricevere nulla in cambio; piuttosto esso dovrà essere rinvenuto nella beneficiaria oppure nei soci.

Da un punto di vista più pratico, lo studio del Consiglio nazionale del Notariato n. 56-2016/T ha individuato alcune casistiche che possono rappresentare valide ragioni extrafiscali nei casi di scissioni, fusioni e trasformazioni. In particolare, esse possono essere messe in atto per: effettuare una riorganizzazione aziendale, che sia finalizzata alla gestione separata dei rami di cui si compone l'azienda – ad esempio quello operativo e quello immobiliare - mediante la loro distinta assegnazione ai singoli soci senza un conguaglio in denaro; risolvere eventuali insanabili dissidi tra soci³²⁹; suddividere la compagine sociale sulla base di profili di

³²⁵ ZIZZO G., *ult. op. cit.*

³²⁶ STEVANATO D., *op. cit.*

³²⁷ ZIZZO G., *ult. op. cit.*

³²⁸ CORASANITI G., *op. cit.*

³²⁹ In questi casi l'atteggiamento tenuto dai soci può avere ripercussioni sul funzionamento dell'ente stesso, potendosi talvolta addirittura configurare una situazione di paralisi.

responsabilità; evitare la confusione patrimoniale in vista di nuove acquisizioni relative solo a uno dei rami esercitati; evitare la concorrenza dei creditori propri di un ramo di azienda rispetto a quelli che intratterranno rapporti commerciali con la stessa società in relazione ad una diversa attività condotta mediante l'esercizio di un altro distinto ramo d'azienda; assicurare il controllo di una società al fine della ottimizzazione della gestione; assicurare il ricambio generazionale³³⁰; assicurare il subentro nella titolarità delle partecipazioni e nella successiva gestione della società³³¹; ragioni connesse al migliore conseguimento dell'oggetto sociale.

Successivamente, il legislatore, nel comma 4, ricorda quel principio secondo il quale non è vietato conseguire un risparmio d'imposta, ma non è consentito solo se questo lo si ottiene in maniera illecita³³². Viene introdotta, dunque, una sorta di linea di demarcazione tra il concetto di elusione fiscale/abuso del diritto e lecito risparmio d'imposta e, in particolare, è previsto che «resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale». Infatti, sul punto, la relazione illustrativa evidenzia in modo molto chiaro che l'art. 10- *bis*, 4° comma, intende ribadire «il principio generale secondo cui il contribuente può legittimamente perseguire un risparmio di imposta esercitando la propria libertà di iniziativa economica e scegliendo, tra gli atti i fatti e i contratti, quelli meno onerosi sotto il profilo impositivo. La norma sottolinea, quindi, che l'unico limite alla suddetta libertà è costituito dal divieto di perseguire un vantaggio fiscale indebito». In altre parole, in presenza di regimi fiscali opzionali ovvero di operazioni che il sistema propone come strutturalmente alternative, dotate cioè di pari dignità, il privato è libero di avvalersi dello schema facoltativo appositamente previsto dall'ordinamento ovvero di realizzare un'operazione lecita in luogo di un'altra analogamente consentita, con l'obiettivo di versare un'imposta inferiore³³³, nel pieno rispetto del diritto al libero svolgimento dell'attività economica, di cui all'art. 41 Cost., il cui limite, in ambito tributario, è quello di non poter realizzare un indebito risparmio d'imposta.

Le due fattispecie richiamate dal legislatore nel comma 4, ossia i regimi opzionali diversi offerti dalla legge e le operazioni comportanti un diverso carico fiscale, necessitano ora di qualche

³³⁰ In particolare, nella scissione parziale proporzionale seguita dalla cessione (anche parziale) di quote della scissa e/o della beneficiaria oppure dalla donazione delle quote a propri familiari.

³³¹ In particolare, il caso riguarderebbe le operazioni di scissione/trasformazione seguite da cessione delle relative quote che ne rappresenterebbe la valida ragione extrafiscale non marginale giustificatrice.

³³² Già nella sentenza Cass. civ., Sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372 il Giudice di legittimità aveva sancito che la libertà di scelta di un'operazione economica deve essere sempre garantita, ancorché comportante un differente carico fiscale nei limiti, tuttavia, in cui la scelta dell'operazione prescelta possa giustificarsi "altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta".

³³³ Sul punto, anche la Cassazione con le sentenze Cass. civ., Sez. V, 26 agosto 2015, n. 17175 e Cass. civ., Sez. V, 13 luglio 2018, n. 18632, le quali hanno fatto seguito alla sentenza Halifax (v. *supra* p. 37).

considerazione. Il richiamo delle prime pare quasi essere superfluo³³⁴, in quanto è intrinseco nella definizione di regime opzionale che la sua scelta e conseguente applicazione siano consentite dal legislatore: ad esempio, aderire al regime della trasparenza fiscale ovvero a quello del consolidato nazionale, di cui rispettivamente agli artt. 115 e 117 TUIR, non può in alcun caso far presumere l'esistenza di fenomeni elusivi, dal momento che i vantaggi fiscali che ne derivano sono previsti espressamente per legge.

Per quanto riguarda la seconda fattispecie, l'interpretazione è leggermente più complicata, ma si deve giungere alle medesime conclusioni. Un esempio può essere chiarificatore e, anche in questo caso, può tornare utile il confronto tra cessione di partecipazioni e cessione d'azienda. Nella prima fattispecie, il cedente avrà la possibilità di limitare la tassazione sulla plusvalenza dalla cessione delle azioni/quote, ma ciò sarà controbilanciato dal fatto che il cessionario otterrà i beni che costituiscono l'azienda con i medesimi valori fiscali che essi avevano in capo al cedente, con la conseguenza di poter dedurre gli ammortamenti solamente per il valore residuo da ammortizzare e di calcolare eventuali plusvalenze sui "vecchi" valori fiscali, i quali saranno presumibilmente piuttosto contenuti, generando elevati plusvalori tassabili. Al contrario, questo regime non è previsto per la cessione d'azienda, nella quale, invece, il cessionario attribuirà ai cespiti un nuovo valore per le finalità tributarie, pari, cioè, al valore di acquisto, solitamente più elevato del valore fiscale precedente.

Dunque, è possibile non rinvenire l'elemento sintomatico dell'elusione fiscale nel percorso operativo effettuato dal contribuente in luogo di un altro solamente perché egli consegue un risparmio d'imposta, dal momento che esso potrebbe essere frutto di scelte consapevoli del legislatore e, dunque, in linea con le esigenze del sistema tributario. Pertanto, è da escludere che l'Amministrazione Finanziaria, di fronte a scelte ugualmente metabolizzate dal sistema, possa imporre al contribuente di adottare la soluzione fiscalmente più onerosa. Infatti, potrebbero esserci alcuni regimi appositamente pensati dal legislatore alla luce di esigenze interne al sistema impositivo³³⁵, come ad esempio: per promuovere determinate iniziative, per ragioni di simmetria rispetto alla posizione di altri soggetti, per evitare doppie imposizioni, per esigenze di neutralità in considerazione di ragioni civilistiche³³⁶, per traslare a valle l'onere

³³⁴ PROCOPIO M., *op. cit.*

³³⁵ STEVANATO D., *op. cit.*

³³⁶ Si pensi alla "neutralità fiscale" di fusioni e scissioni, spiegabile col superamento della concezione estintivo-traslativa di tali operazioni.

impositivo³³⁷, per l'operare di un principio di alternatività all'applicabilità di altri tributi³³⁸, di obiettivi erariali di anticipazione del gettito, ecc..

A ulteriore riprova di ciò, nella relazione illustrativa del d.lgs. 128/2015, che ha introdotto l'art. 10-*bis* nello Statuto del Contribuente, è sancito che il contribuente, per dar luogo all'estinzione di una società, può «procedere ad una fusione anziché alla liquidazione. È vero che la prima operazione è a carattere neutrale e la seconda ha, invece, natura realizzativa, ma nessuna disposizione tributaria mostra 'preferenza' per l'una o l'altra operazione; sono due operazioni messe sullo stesso piano, ancorché disciplinate da regole fiscali diverse».

Infine, il concetto di libertà di scelta si ricollega a quello di indebito vantaggio fiscale. Dal momento che la normativa tributaria consente di applicare alla medesima fattispecie regimi differenti, il fatto che la scelta del contribuente ricada su quello fiscalmente più conveniente non può connotare automaticamente il risparmio ottenuto come indebito e chiaramente, offrendo detta possibilità, la normativa inevitabilmente assume che la scelta sia espressione unicamente di logiche di risparmio d'imposta. Analogamente, quando l'ordinamento tributario regola in maniera diversa operazioni simili sul piano degli effetti giuridico-economici, la circostanza che la scelta ricada su quella fiscalmente più conveniente non può connotare il risparmio ottenuto come indebito: infatti, anche in questo caso, le differenze dipendono da scelte consapevoli del legislatore, sicché il risparmio che ne consegue risulta pienamente previsto e ammesso dallo stesso³³⁹.

2.3.3 Aspetti procedurali e conseguenze dell'abuso del diritto

Sul piano sostanziale, dunque, si può stabilire che l'art. 10-*bis* l. 212/2000, salvo qualche ridondanza espressiva e "circolarità" concettuale, ha il pregio di dare una definizione "sintetica" di abuso/elusione a fronte, tuttavia, di inevitabili margini di indeterminatezza che sono propri di una clausola generale antielusiva, i quali potranno essere attenuati in futuro attraverso una gestione accentrata delle relative contestazioni e un'adeguata pubblicità delle posizioni interpretative dell'Amministrazione Finanziaria³⁴⁰.

³³⁷ Come accade nell'IVA, dove la "neutralità" del tributo per gli operatori economici si giustifica con la volontà di incidere il consumo finale.

³³⁸ Che avrebbe dovuto indurre la giurisprudenza a maggiore prudenza nell'applicazione ad operazioni di conferimento d'azienda e successiva cessione delle quote (operazione rientrante nel campo di applicazione dell'iva) del regime previsto per le cessioni di azienda, sulla base di una pretesa prevalenza della sostanza sulla forma.

³³⁹ ZIZZO G., *ult. op. cit.*

³⁴⁰ MELIS G., *op. cit.*, p. 110.

Si passa, ora, agli aspetti procedurali e alle conseguenze dell'abuso del diritto previsti dall'art. 10-*bis* l. 212/2000.

I commi 6 e 7 dell'articolo in questione descrivono il particolare procedimento che deve essere seguito per verificare l'esistenza della fattispecie in esame. In particolare, nel primo dei due è previsto che «senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto», mentre il secondo prevede che: «la richiesta di chiarimenti è notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'Amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni». In questi due commi, dunque, il legislatore ha previsto il cd. “contraddittorio endoprocedimentale”, ossia un procedimento “partecipato” da contribuente e Amministrazione Finanziaria il cui fine è quello di prevedere un corretto esercizio della funzione impositiva nell'ambito dell'abuso del diritto³⁴¹. Fino all'entrata in vigore dell'art. 10-*bis*, la giurisprudenza di legittimità ha tenuto un atteggiamento piuttosto mutevole, nonostante una storica sentenza a Sezioni Unite³⁴², ove pareva definitivamente riconosciuto un pieno diritto di difesa del contribuente nel corso del procedimento, attraverso: a) l'obbligo di rispettare il diritto al contraddittorio; b) il potere e il dovere del giudice di accertare l'esistenza di quest'ultimo; c) l'abbandono di quell'orientamento che riteneva non applicabile il contraddittorio. Difatti, per contro, l'organo supremo di legittimità, sempre a Sezioni Unite³⁴³, ha statuito che, diversamente dal diritto dell'Unione Europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'Amministrazione Fiscale, che si sta accingendo ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di

³⁴¹ CORASANITI G., *Le garanzie procedurali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n. 5 p. 1838.

³⁴² Cass. civ., Sez. unite., 18 settembre 2014, n. 19667.

³⁴³ Cass. civ., Sez. unite., 9 dicembre 2015, n. 24823.

violazione, l'invalidità dell'atto. Oggi, però, si può dire che quest'ultimo orientamento sia ormai superato, grazie, appunto, all'introduzione dei due commi in questione, che vengono di seguito approfonditi.

Innanzitutto, dalla lettura dell'incipit del 6° comma, si comprende come la natura dell'accertamento antiabuso sia quella dell'"accertamento parziale"³⁴⁴, a cui sono state apportate modifiche attraverso la L. 220/2010, in ragione della quale esso può fondarsi non più solo su segnalazioni interne o esterne e sugli elementi acquisiti a seguito di accessi, ispezioni o verifiche, ma anche su quelli acquisiti attraverso indagini bancarie e finanziarie oppure da atti, documenti, dati e notizie forniti dal contribuente in risposta a questionari o inviti a comparire³⁴⁵. In secondo luogo, il legislatore regola il contraddittorio che necessariamente deve sussistere tra contribuente e Amministrazione Finanziaria, a pena di nullità dell'atto impositivo, nel rispetto del diritto di difesa del cittadino (art. 24 Cost.) e del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)³⁴⁶.

La ragione per cui è previsto questo passaggio risiede nella delicatezza che assume la tematica dell'abuso del diritto; difatti, come si è potuto constatare³⁴⁷, il perimetro di quest'ultimo non è di semplice definizione e può essere differente caso per caso, essendo soggetto ad un elevato grado di discrezionalità. Pertanto, attraverso il coinvolgimento del privato, è possibile agevolare la delimitazione ed eventuale identificazione della fattispecie elusiva. Inoltre, un procedimento così ben definito serve anche a controbilanciare il carattere eccessivamente generico e l'ambiguità di alcuni termini utilizzati nella parte "sostanziale", in modo tale da assicurare il principio generale di certezza del diritto. In terzo luogo, infine, la predisposizione di tale strumento preventivo sarebbe anche finalizzato a controbilanciare il potere di accertamento dell'Agenzia delle Entrate³⁴⁸.

Il primo *step* previsto per il contraddittorio consiste in una richiesta di chiarimenti da notificare, ai sensi del 7° comma³⁴⁹, al contribuente, il quale ha un termine di sessanta giorni per dare le

³⁴⁴ In questo modo, l'accertamento antiabuso sarà trattato separatamente da altre eventuali contestazioni. Così, MASTROIACOVO V., *L'abuso del diritto o elusione in materia tributaria: prime note nella prospettiva della funzione notarile*, in Studio n. 151-2015/T del Consiglio nazionale del notariato. La ragione sarebbe legata al carattere di specialità del procedimento di accertamento dell'abuso, il quale non è compatibile con la contestazione di altre fattispecie. Di questo avviso CORASANITI G., *ult. op. cit.*

³⁴⁵ CORASANITI G., *ult. op. cit.*

³⁴⁶ La ragionevolezza della nullità in caso di mancato contraddittorio tra contribuente e Amministrazione Finanziaria è stata sancita anche dalla Corte costituzionale con la sentenza Corte Cost., 7 luglio 2015, n. 132, dove viene affermato che il contraddittorio presidia l'esigenza di poter far emergere elementi utili a dimostrare l'esistenza di valide ragioni economiche sottese alle operazioni esaminate.

³⁴⁷ V. *supra* par. 2.1.

³⁴⁸ COMPORTI G., *op. cit.*

³⁴⁹ Chiaramente, qualsiasi vizio nella notifica che la renda difforme da quanto previsto per legge, avrà i medesimi effetti dell'omissione di presentazione della richiesta e, di conseguenza, l'invalidità del successivo avviso di

proprie spiegazioni circa gli elementi eccepiti nell'atto. In particolare, tale documento deve essere dettagliatamente motivato, nel senso che devono essere indicati gli elementi istruttori e le ragioni giuridiche per i quali l'Amministrazione Finanziaria ritiene che vi siano gli estremi per l'applicazione dell'art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente. Questo aspetto è fondamentale in quanto, solo in questo modo, il contribuente potrà esercitare efficacemente ed effettivamente il proprio diritto di difesa già nella fase amministrativa, nel termine previsto dal legislatore, ovvero entro 60 giorni dalla data della notifica. A ciò si contrappone l'obbligo dell'Amministrazione Finanziaria di consentire l'intervento difensivo e valutare la fondatezza degli argomenti presentati dal contribuente prima di emettere l'atto impositivo, il quale, chiaramente, non potrà essere notificato prima della scadenza dei 60 giorni. L'avviso cui segue la notifica "errata" sarà nullo anche qualora si scoprisse *ex post* che il contribuente è rimasto inerte.

Inoltre, ad ulteriore garanzia della pienezza e dell'effettività del contraddittorio, il legislatore ha previsto, con una disposizione assolutamente innovativa, un termine necessario di sessanta giorni tra la data di ricevimento dei chiarimenti (o del giorno in cui essi sarebbero dovuti pervenire) e quella di decadenza dell'Amministrazione Finanziaria dal potere di notifica dell'atto. Perciò, in deroga alla disciplina ordinaria, qualora tale intervallo di tempo risultasse, per qualsiasi ragione, inferiore, la decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogata fino a concorrenza dei sessanta giorni. Tuttavia, è bene sottolineare che la proroga automatica di decadenza per notificazione dell'atto impositivo, prevista dal 7° comma dell'articolo in analisi, è prevista solo ed esclusivamente nel caso in cui fra la data di scadenza per rispondere alla richiesta di chiarimenti e l'ultimo giorno utile per l'accertamento decorrano meno di sessanta giorni, sempre a condizione che quest'ultimo venga dopo il termine per l'invio della risposta alla richiesta dell'Agenzia³⁵⁰. Perciò, nel caso opposto, non si avrà alcuna proroga³⁵¹.

accertamento.

³⁵⁰ FRANSONI G. e, COLI F., *Abuso del diritto e proroga del termine per l'accertamento*, in *Corriere Tributario*, 2016, p. 755 ss.

³⁵¹ Tale novità normativa, tuttavia, ha sollevato talune perplessità di carattere generale. In pratica, per l'abuso del diritto il termine di decadenza ordinario diventa il termine per la richiesta di chiarimenti, e non quello della notifica dell'avviso. Se la finalità della disposizione di cui al 7° comma dell'art. 10- *bis* è quella di salvaguardare l'efficienza e il diritto al contraddittorio, non si comprende perché ciò debba valere solo con riferimento alle ipotesi di abuso del diritto e, dunque, «si finisce con il postulare che il diritto di difesa del contribuente valga meno a seconda del tipo di oggetto dell'accertamento e che negli altri casi possa essere sacrificato». Di questo avviso, CONTRINO A. e MARCHESSELLI A., *Procedimento di accertamento dell'abuso, contraddittorio anticipato e scelte difensive*, in GLENDI C, CONSOLO C. e CONTRINO A. (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, p. 40.

Una volta decorso il termine, ovvero qualora le risposte siano ritenute insoddisfacenti, l'Ufficio può emettere l'avviso di accertamento, il quale, ai sensi del comma 8 dell'art. 10-*bis* l. 212/2000, deve essere «specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6»³⁵². Dunque, il legislatore prevede che, a pena di nullità, nell'avviso di accertamento devono essere indicati in maniera puntuale e precisa: a) l'operazione posta in essere e le ragioni per cui essa è priva di sostanza economica; b) l'indebito vantaggio e c) le norme e i principi elusi, nonché d) la risposta alle allegazioni del contribuente, ove questi non sia rimasto inerte³⁵³.

La nullità, in questo caso, è stata inserita affinché l'Amministrazione Finanziaria non ignori le ragioni apportate dal contribuente nel contraddittorio ed emetta ugualmente l'avviso di accertamento³⁵⁴. In questo caso, quindi, si può ritenere che il legislatore sia stato maggiormente garantista rispetto a quanto previsto dalla legge-delega. Infatti, nel descrivere la motivazione del provvedimento impositivo, egli menziona, con la condizione della "specificità" e la sanzione della "nullità", l'obbligo di individuare la condotta abusiva, le norme e i principi elusi e gli indebiti vantaggi fiscali realizzati³⁵⁵.

In fase di accertamento, inoltre, il comma 12 prevede che «l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie». Il legislatore in questo comma fa quindi riferimento alla diretta violazione delle disposizioni, come ad esempio nei casi di frode, interposizione fittizia o simulazione, la quale è riconducibile, invece, alla sfera dell'evasione. Pertanto, restano esclusi dalla nozione di condotta abusiva tutti quei comportamenti e situazioni che portano alla rappresentazione di risultati diversi da quelli previsti dalla legge. Dunque, questo comma, assieme al quarto, stanno a sottolineare come tramite l'articolo in esame sia stato introdotto nell'ordinamento una norma "di chiusura" per l'elusione fiscale: l'abuso inizia laddove finisce il risparmio d'imposta e finisce laddove inizia l'evasione³⁵⁶.

Nel comma 9, il legislatore disciplina il regime della prova degli elementi fondamentali per l'individuazione della fattispecie elusiva. In particolare, è previsto che: «L'amministrazione

³⁵² Nello specifico al legislatore era richiesto di «prevedere una formale e puntuale individuazione della condotta abusiva nella motivazione dell'accertamento fiscale, a pena di nullità dell'accertamento stesso» (art. 5, co. 1, lett. e) della legge-delega), importando, così, nella nuova clausola antiabuso la corrispondente tutela prevista dall' art. 37- *bis*, 5° co., d.p.r. n. 600 del 1973.

³⁵³ Si parla, in questo caso di "super-motivazione" dell'atto impositivo. Così BEGHIN M., ult. op. cit., p. 429.

³⁵⁴ BEGHIN M., ult. op. cit., p. 429.

³⁵⁵ CONTRINO A e MARCHESELLI A., op. cit., p. 43.

³⁵⁶ GIOVANNINI A., op. cit.

finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3»³⁵⁷. Innanzitutto, è bene sottolineare che la scelta del legislatore di utilizzare il verbo “dimostrare” in luogo di “provare” sia stata particolarmente accurata³⁵⁸. Infatti, l'Amministrazione Finanziaria non dovrà limitarsi a “provare un fatto”, dovrà, invece, “dimostrare” che un fatto è accaduto, in che termini questo debba essere qualificato, se ha prodotto un risultato ipotetico e comparativo (il risparmio) valutabile in un certo modo (indebito), che ha effetti giuridici privi efficienza o utilità economica e, da ultimo, che sussiste l'essenzialità di tale risparmio³⁵⁹.

Sul punto, inoltre, gli Ermellini hanno ulteriormente chiarito che, qualora l'Amministrazione Finanziaria qualifichi un'operazione economica come abusiva, dal momento che essa assume come scopo fondamentale l'ottenimento di un indebito vantaggio fiscale, l'Ufficio, oltre a dover dimostrare quest'ultimo carattere e la sua essenzialità³⁶⁰, è tenuto anche ad indicare le diverse soluzioni alternative per raggiungere il medesimo risultato³⁶¹. Viceversa, il contribuente, operando in un'area conoscitiva differente e solo una volta che l'Agenzia gli abbia contestato l'abusività dell'operazione, può confutare tale tesi attraverso l'allegazione di rilevanti benefici di carattere organizzativo ed imprenditoriale, oggettivamente quantificabili, i quali rappresentano elementi diversi e ulteriori rispetto a quelli apportati dall'Amministrazione, che nel loro complesso costituiscono, appunto, le valide ragioni extrafiscali. Tuttavia, la definizione delle operazioni abusive come “prive di sostanza economica”, potrebbe rendere complicata tale dimostrazione da parte del contribuente. Nello specifico, se le operazioni realizzate fossero effettivamente prive di sostanza economica, cioè non in grado di determinare alcuna modifica negli assetti economico-patrimoniali delle parti che le hanno realizzate, non vi sarebbe alcuna

³⁵⁷ Tale ripartizione dell'onere era già stata oggetto di pronuncia da parte della Corte di Cassazione nella sentenza Cass. civ., Sez. V, 22 settembre 2010, n. 20030.

³⁵⁸ CONTRINO A e MARCHESELLI A., *L'obbligo di motivazione “rinforzata” e il riassetto degli oneri probatori nel “nuovo” abuso del diritto*, in *Corriere Tributario.*, 2016, p. 15 ss.

³⁵⁹ CONTRINO A. e MARCHESELLI A., *Procedimento di accertamento dell'abuso, contraddittorio anticipato e scelte difensive*, cit., p. 45.

³⁶⁰ In particolare, «incombe sull'Amministrazione finanziaria la prova sia del disegno elusivo che delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale» (Cass. civ., Sez. V, 26 febbraio 2014, n. 4603).

³⁶¹ Cita la sentenza Cass. civ., Sez. V, 16 marzo 2016, n. 5155, riprendendo Cass. civ., Sez. V, 30 novembre 2012, n. 21390: «il carattere abusivo, 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 quanto meno l'esistenza di un adeguato strumento giuridico che, pur se alternativo a quello scelto dai contraenti, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito e si deve indagare se vi sia reale fungibilità con le soluzioni eventualmente prospettate dal fisco».

possibilità per il contribuente di allegare valide ragioni di carattere organizzativo o gestionale per evitare la rilevazione dell'abuso del diritto³⁶².

Una parte della dottrina³⁶³ ha ritenuto che in questo ambito fosse più corretto parlare di onere di "allegazione" piuttosto che di onere della prova. In effetti quest'ultima si riferisce a fatti realmente accaduti e, nella generalità dei casi di abuso del diritto, vi sono pochi dubbi circa la circostanza che essi siano stati realizzati dal contribuente. Ciò che, viceversa, rileva è il conseguimento di un vantaggio fiscale che risulti oggettivamente illegittimo; in altre parole, l'indagine è volta a verificare se le operazioni poste in essere dal contribuente abbiano o meno determinato un vantaggio fiscale indebito.

In definitiva, mentre l'Ufficio deve allegare all'atto di accertamento le operazioni che ritiene "abusiva" e il conseguente vantaggio indebito, il contribuente deve allegare le ragioni con le quali rappresenta che il vantaggio fiscale non risulta tale. In conclusione, la ripartizione così formulata dell'onere della prova può essere vista sotto due differenti punti di vista: il primo, secondo il quale tale disciplina è stata posta a tutela del contribuente per evitare che per il Fisco fosse sufficiente allegare una prova della condotta elusiva per far gravare l'onere di discolpa interamente sul privato; il secondo, per il quale questo comma è stato così formulato affinché fosse in linea con il principio civilistico di riferibilità o vicinanza della prova, per cui è più agevole per chi ha realizzato l'operazione individuare e presentare le ragioni economiche che la giustificano³⁶⁴.

La vera novità, tuttavia, sembra però essere rappresentata dalla non rilevabilità d'ufficio della fattispecie abusiva la quale, dunque, ha posto fine a quelle incertezze giuridiche generate dalla giurisprudenza di legittimità³⁶⁵ che, viceversa, prevedeva la possibilità per il giudice di rilevare la fattispecie oggetto di analisi in ogni stato e grado del giudizio, a prescindere di qualsiasi allegazione al riguardo ad opera delle parti. Il d.lgs. 128/2015, difatti, ha chiarito che l'Amministrazione Finanziaria consuma il proprio potere con l'emissione del provvedimento nel quale ha indicato le ragioni dell'accertamento e, di conseguenza, nessuna integrazione è

³⁶² STEVANATO D., *op. cit.*

³⁶³ PROCOPIO M., *op. cit.*

³⁶⁴ BOSI M., *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2016, p. 16. che a sua volta rimanda a AA.VV., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012*, disponibili all'indirizzo www.uckmar.net.

³⁶⁵ Cass. civ., Sez. V, 11 maggio 2012, n. 7393, la quale, nello specifico, ha previsto che: «eventuali cause di invalidità o di inopponibilità del negozio stesso, anche in considerazione dell'indisponibilità della pretesa tributaria, ben possono essere rilevate dal giudice tributario anche d'ufficio». Il ragionamento posto alla base di questo orientamento era basato su un'ardimentosa applicazione della regola *iura novit curia* e, dunque, «il giudice ha – in quanto connaturale all'esercizio stesso della giurisdizione, quandanche abbia ad oggetto il mero riesame di atti - il potere di qualificare autonomamente la fattispecie demandata alla sua cognizione».

possibile in corso di giudizio né da parte sua né da parte del giudice, il quale, in particolare, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., può pronunciare d'ufficio solo su eccezioni proposte dalle parti. Di questo avviso era anche un'autorevole dottrina³⁶⁶, antecedente all'entrata in vigore dell'art. 10-bis, la quale affermava, appunto, che la possibilità di rilevare d'ufficio un elemento costitutivo della domanda fosse contrario al principio processuale della "corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato". Nello specifico, secondo l'art. 112 c.p.c., il giudice può rilevare d'ufficio un'eccezione, a condizione che non vi sia una norma espressa che lo escluda, essendo riservato solo alle parti; in altre parole, se tra le motivazioni poste a fondamento dell'avviso impugnato non vi è l'abuso del diritto, il giudice non può dotare l'atto di un'ulteriore ragione giuridica e respingere in base a essa il ricorso del contribuente. Il giudice non può insomma eccepire d'ufficio, sostituendosi all'Amministrazione, una "ragione giuridica" che non sia stata posta a base dell'avviso di accertamento, perché ciò significa pronunciarsi su una domanda diversa da quella proposta. Per esemplificare, dunque, qualora l'Amministrazione Finanziaria qualificasse un'operazione come evasiva e adducesse correttamente le motivazioni che sono alla base del ragionamento che l'ha portata a tale affermazione, il giudice, non individuando tale condotta, non potrà fare altro che accogliere il ricorso del contribuente, dal momento che quello stesso fatto deve essere giudicato per come è entrato nel processo e non potendo, dunque, essere qualificato in maniera differente, ad esempio come abuso del diritto.

Al fine di evitare eventuali contenziosi con l'Amministrazione Finanziaria, secondo il comma 5, «Il contribuente può proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto». Dunque, il legislatore effettua un richiamo esplicito allo strumento dell'interpello, attraverso il quale il contribuente può ottenere delucidazioni dal punto di vista fiscale sul proprio comportamento, sottoponendo preventivamente all'Amministrazione Finanziaria ogni possibile ipotesi di elusione, con palesi vantaggi tanto per il contribuente tanto per la stessa Amministrazione, in grado di fornire ora una più efficace consulenza giuridica³⁶⁷. Tuttavia, l'aspetto procedurale viene rinviato all'art. 11 dello stesso Statuto del Contribuente. In precedenza, era l'art. 21, l. 30 dicembre 1991, n. 413, a regolare il cd. "interpello preventivo antielusivo". In base a tale disciplina, il contribuente poteva chiedere all'Agenzia delle Entrate un parere preventivo circa la qualificazione elusiva o meno di una determinata operazione che si apprestava a realizzare. Se l'Amministrazione non rispondeva entro 120 giorni dalla richiesta dei chiarimenti e tale mancato riscontro si protraeva per ulteriori 60 giorni successivi alla diffida da parte del contribuente, si configurava un

³⁶⁶ TESAURO F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Rassegna Tributaria*, 2012, p. 693.

³⁶⁷ COMPORTI M., *op. cit.*

silenzio-assenso³⁶⁸. Nell'attuale art. 11 l. 212/2000 è prevista la possibilità di rivolgersi all'Amministrazione Finanziaria, proponendo varie tipologie di quesiti, tra i quali quelli concernenti l'esistenza dell'abuso del diritto in una particolare fattispecie. Inoltre, viene precisato che la mancata risposta dell'Agenzia delle Entrate entro 120 giorni dall'interpello integri il silenzio-assenso, senza che sia più necessaria la diffida da parte del contribuente e l'ulteriore decorso di 60 giorni e, inoltre, la risposta positiva da parte dell'Amministrazione Finanziaria, ovvero la maturazione del silenzio-assenso, implicano la nullità dell'avviso di accertamento successivamente notificato al contribuente interpellante. Inoltre, per richiedere il parere dell'Agenzia in ordine all'abusività di una determinata operazione o fattispecie, le istanze di interpello, come specificato dalla Circolare n. 9/E del 1° aprile 2016, debbono - fra l'altro - indicare: a) il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo; b) le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione rappresentata. Infine, l'interpello è altresì ammesso per richiedere la disapplicazione di norme antielusive che riducono deduzioni, detrazioni e crediti d'imposta o limitino altri diritti del soggetto passivo, altrimenti consentiti dall'ordinamento. Tuttavia, la risposta negativa a tale richiesta non preclude all'interessato la possibilità di richiedere, offrendo un adeguato corredo probatorio, detta disapplicazione in procedimenti amministrativi o contenziosi³⁶⁹.

Si passerà ora alle conseguenze legali in seguito alla rilevazione della fattispecie dell'abuso del diritto. Il primo effetto può essere ritrovato nel secondo periodo del comma 1, secondo il quale «tali operazioni non sono opponibili all'Amministrazione Finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni». Dunque, la conseguenza diretta e immediata è quella di rendere inopponibili all'organo accertatore i negozi giuridici mediante i quali è stato realizzato l'indebito vantaggio fiscale, senza inficiarne la validità nelle relazioni tra privati, abbandonando, di fatto, ogni rimedio basato sul disconoscimento degli effetti delle operazioni elusive derivante dal diritto civile. Infatti, l'effetto generato è riconducibile al solo profilo fiscale della fattispecie, mentre rimane inalterata, dal punto di vista civilistico, la situazione sottostante; in altre parole, i contratti o, più generalmente, le operazioni, rimangono

³⁶⁸ In caso di silenzio-assenso, si assume come corretta l'interpretazione fornita dal contribuente nell'istanza di interpello. La risposta all'interpello, scritta e motivata, invece, vincola l'Amministrazione Finanziaria con esclusivo riferimento alla questione trattata e limitatamente al richiedente.

³⁶⁹ A tale tipologia di interpello viene ricondotta, ad esempio, la disciplina relativa ai limiti generali al riporto delle perdite.

salde dal punto di vista privatistico, mentre sono incapaci di produrre effetti sul piano fiscale³⁷⁰. Sicuramente, l'inopponibilità dell'atto è il rimedio più idoneo in vista della tutela dei diversi interessi coinvolti, «quello del contribuente a conservare comunque gli effetti giuridici del contratto e quello del fisco al superamento della forma contrattuale utilizzata a fini elusivi per far emergere l'effettiva operazione economica ad essa sottesa»³⁷¹.

Sul piano operativo, invece, qualora emerga la fattispecie elusiva, l'Amministrazione Finanziaria emette un avviso di accertamento la cui funzione è quella di tassare l'operazione elusa, tenendo conto di quanto versato dal contribuente per effetto dell'operazione elusiva. Quest'ultimo è il c.d. schema di tassazione differenziale e, per metterlo in atto, l'Agenzia delle Entrate deve: a) individuare l'operazione alternativa a quella effettivamente realizzata (l'operazione elusa) e b) quantificare l'imposta da versare, decurtando l'importo già versato in relazione all'operazione elusiva³⁷². Chiaramente questo percorso può essere intrapreso solo qualora vi sia la possibilità di individuare un c.d. "controfatto"³⁷³ con il quale confrontare l'operazione realizzata. Difatti, nel caso di operazioni "circolari"³⁷⁴, ossia caratterizzate per il fatto che l'unico effetto rinvenibile è il conseguimento di un indebito vantaggio fiscale³⁷⁵, essendo raramente ravvisabile un'operazione alternativa con la quale effettuare il raffronto, il disconoscimento degli effetti richiederà solamente di sterilizzare i benefici fiscali attraverso, ad esempio, il recupero a tassazione dei componenti positivi esenti conseguiti a fronte di componenti negativi dedotti e così via³⁷⁶. Pertanto, in questo modo non si vuole affermare che, nella formulazione della contestazione, l'organo accertatore debba sempre individuare un percorso negoziale alternativo rispetto a quello impiegato dal contribuente per conseguire un determinato risultato economico, magari evidenziando la maggiore linearità di tale percorso rispetto a quello in concreto adottato, che in tal modo verrebbe a giustificarsi solo per i benefici fiscali ad esso riconducibili³⁷⁷. Così facendo, si tornerebbe a restituire alle valide ragioni economiche quella centralità nell'ambito della ricerca dell'abuso del diritto che si è faticosamente cercata di escludere. Infatti, l'attenzione dell'Amministrazione, si ricorda, deve

³⁷⁰ BEGHIN M., *ult op. cit.*, p. 428.

³⁷¹ PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2012, n.1, p. 717 ss.

³⁷² In definitiva, il Fisco, tramite l'accertamento antielusivo, dovrebbe incassare solamente la differenza tra il carico fiscale relativo all'operazione elusa e quello derivante dall'operazione elusa.

³⁷³ Questa espressione è stata coniata da CANÉ D., *Indebito vantaggio fiscale e abuso del diritto. Profili di diritto comunitario e internazionale*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, p. 1257.

³⁷⁴ Chiaramente, anche in questo caso è comunque necessario dimostrare la contrarietà alla *ratio* di una norma fiscale dell'operazione compiuta.

³⁷⁵ V. *supra* p. 66.

³⁷⁶ Circolare Assonime del 4 agosto 2016, n. 21.

³⁷⁷ GIUSTI G., *op. cit.*

piuttosto dirigersi verso la ricerca dell'indebito vantaggio, ossia del conseguimento di un risultato che, in termini impositivi, si ponga in contrasto con la logica del sistema. Quindi, ove sia ravvisabile tale elemento, si rende necessario sterilizzare gli effetti fiscali incoerenti con la logica del sistema, disconoscendo eventuali deduzioni o recuperando a tassazione componenti positivi ingiustamente esentati.

Il comma 10 prevede che «in caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e, successive modificazioni, e dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472». Gli articoli richiamati nel comma in analisi si riferiscono al tema della “riscossione frazionata in pendenza di giudizio”. In particolare, l'Amministrazione può riscuotere: a) i due terzi delle imposte, sanzioni ed interessi maturati dopo la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale che respinge il ricorso del contribuente; b) fino a concorrenza dell'importo indicato dalla Commissione Tributaria Provinciale che accoglie parzialmente il ricorso e, comunque, non oltre i due terzi; c) il residuo ammontare così come determinato dalla Commissione Tributaria Regionale³⁷⁸. In ogni caso, è esclusa la riscossione provvisoria prima della sentenza di primo grado e gli importi da versare vanno considerati al netto di quanto già corrisposto. Qualora, invece, il ricorso venga accolto, il contribuente può ottenere il rimborso del tributo corrisposto in eccedenza rispetto a quanto statuito dalla sentenza di primo grado, con i relativi interessi previsti dalle leggi fiscali, entro novanta giorni dalla notificazione della sentenza³⁷⁹. Infine, le imposte suppletive devono essere corrisposte solo dopo l'ultima sentenza non impugnata o impugnabile solo con ricorso in Cassazione.

Il comma 11 stabilisce, invece, che «i soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni del presente articolo possono chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle Entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure».

³⁷⁸ Inoltre, il legislatore prevede che, dopo la sentenza della Corte di cassazione di annullamento con rinvio, l'Amministrazione può richiedere l'ammontare dovuto nella pendenza del giudizio di primo grado e, in caso di mancata riassunzione, l'intero importo indicato nell'atto.

³⁷⁹ In caso di mancata esecuzione del rimborso, il contribuente può richiedere l'ottemperanza a norma dell'articolo 70 d.lgs. 546/92 alla Commissione Tributaria Provinciale ovvero, qualora il giudizio sia pendente nei gradi successivi, alla Commissione Tributaria Regionale.

Così come per l'art. 37- *bis* d.p.r. 600/73, anche in questo articolo il legislatore ha posto uno strumento di tutela per i soggetti diversi dall'elusore fiscale, i quali, tuttavia, sono coinvolti nello schema abusivo. In particolare, questi soggetti possono ottenere la restituzione delle somme ingiustamente versate, come conseguenza dell'inopponibilità all'Amministrazione Finanziaria dell'operazione compiuta e la successiva tassazione dell'operazione elusa. La suddetta restituzione, inoltre, non avviene d'ufficio, ma è necessario presentare apposita istanza all'Ufficio competente, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento elusivo è divenuto definitivo, ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale. Infine, l'importo rimborsabile non può eccedere la somma che l'Amministrazione abbia riscosso a seguito della definizione della controversia. Chiaramente, la *ratio* della norma, in questo caso, è quella di voler eliminare una iniqua e illegittima sovrapposizione di prelievi.

Il tredicesimo e ultimo comma dell'art. 10-*bis* l. 212/2000, infine, è relativo alle sanzioni penali ed amministrative applicabili alla fattispecie dell'abuso del diritto. In particolare, esso cita: «le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie». Il tema della sanzionabilità penale dell'abuso del diritto è stato, negli anni, ampiamente dibattuto e fortemente controverso. Secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità³⁸⁰, le operazioni elusive potevano assumere rilevanza penale, in particolare nel quadro del paradigma punitivo della dichiarazione infedele, ma solo se contrastanti con specifiche disposizioni. È stata negata, invece, la punibilità della cosiddetta “elusione non codificata”, anche in base a quanto affermato dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza Halifax³⁸¹, dal momento che, in assenza di un preciso fondamento normativo, non potrebbe ritenersi sanzionabile la violazione del principio generale del divieto di abuso del diritto. Pertanto, era necessario trovare una soluzione definitiva alla questione e, dunque, il legislatore ha optato per l'esclusione della rilevanza penale delle operazioni costituenti abuso del diritto, facendo, viceversa, salva l'applicabilità delle sanzioni amministrative³⁸², ove ne ricorrano in concreto i presupposti. È stata, pertanto, abbandonata quella strada che prevedeva la totale irrilevanza sanzionatoria dell'abuso del diritto, dal momento che era comunque necessario prevedere un deterrente a comportamenti che realizzano

³⁸⁰ Su tutte, Cass. pen., Sez. II, 28 febbraio 2012, n. 7739, caso “Dolce & Gabbana”.

³⁸¹ Ove, in particolare, è stato stabilito che «la constatazione dell'esistenza di un comportamento abusivo non deve condurre a una sanzione, per la quale sarebbe necessario un fondamento normativo chiaro e univoco, bensì e semplicemente a un obbligo di rimborso di parte o di tutte le indebite detrazioni dell'Iva assolta a monte».

³⁸² Il riferimento legislativo sulle sanzioni amministrative è il d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471. In particolare, l'art. 1 co. 2 sancisce che: «se nella dichiarazione è indicato, ai fini delle singole imposte, un reddito o un valore della produzione imponibile inferiore a quello accertato, o, comunque, un'imposta inferiore a quella dovuta [...], si applica la sanzione amministrativa dal novanta al centoottanta per cento della maggior imposta dovuta».

risultati in ogni caso “indesiderati” dal punto di vista dell’ordinamento fiscale³⁸³. Il legislatore, inoltre, tramite questa scelta ha fissato una gradazione differente di sanzionabilità tra le condotte che integrano una violazione diretta di disposizioni normative e quelle che ne aggirano la *ratio*, in ragione della necessità prevista dal delegante di «individuare i confini tra fattispecie di elusione e di evasione e delle relative conseguenze sanzionatorie»³⁸⁴. Tuttavia, sul piano delle sanzioni amministrative, si finisce comunque con l’equiparare, l’evasione sul fatto, l’evasione sul diritto e l’abuso³⁸⁵. Difatti, sulla base dell’attuale testo normativo, non vi è alcuna differenza tra il contribuente che abbia evaso e quello che abbia conseguito un risparmio fiscale indebito. In altre parole, sembrerebbe trovarsi al cospetto di norme che, nonostante gli intenti, finiscono per accomunare gli evasori e gli elusori, senza distinzione tra chi ha nascosto al Fisco ricchezza concretamente generata, tra chi ha male interpretato una disposizione e chi, invece, ha generato vantaggi indebiti operando alla luce del sole³⁸⁶. Sul punto, inoltre, in dottrina è stato autorevolmente sostenuto che al legislatore delegato è sembrato che «l’esclusione della punibilità dell’abuso del diritto con sanzioni penali dovesse essere data per scontata, essendo essa la conseguenza [...] della generale definizione che l’art. 5 della legge delega dà dell’abuso. Tale definizione infatti, per un verso, postula di per sé l’assenza del comportamento elusivo del contribuente di tratti riconducibili ai paradigmi, penalmente rilevanti, della simulazione, della falsità o, più in generale, della fraudolenza in senso naturalistico di cui all’art. 3 della legge n. 74 del 2000 e, per l’altro verso, imprime [...] alla disciplina dell’abuso un indubbio carattere di residualità rispetto agli altri strumenti di reazione previsti dall’ordinamento tributario»³⁸⁷. Infine, pare interessante una critica mossa da un’altra parte della dottrina³⁸⁸. In particolare, essa sostiene che il legislatore delegato abbia ignorato un orientamento della CEDU, la quale ha affermato che le sanzioni, pur qualificate amministrative, hanno natura sostanzialmente penale quando, come in materia tributaria, hanno una certa entità, nonché funzione, afflittiva e non meramente ripristinatoria o risarcitoria. Pertanto, in questo modo, non si potrebbe escludere l’applicazione delle sanzioni (espressamente qualificate) penali e, al tempo stesso, stabilire che si rendono viceversa applicabili quelle (formalmente qualificate) amministrative (ma sostanzialmente penali) senza incorrere in una palese contraddizione e, soprattutto, senza dettare una norma costituzionalmente illegittima³⁸⁹. In più, occorre sottolineare che nell’attuale

³⁸³ GALLO F., *ult. op. cit.*

³⁸⁴ Così, l’art. 8 legge-delega dell’11 marzo 2014, n. 23.

³⁸⁵ BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, cit.

³⁸⁶ CORASANITI G., *Il dibattito sull’abuso del diritto o elusione nell’ordinamento tributario*, cit.

³⁸⁷ GALLO F., *ult. op. cit.*

³⁸⁸ RUSSO P., *op. cit.*

³⁸⁹ Secondo l’autore, vi sarebbe infatti l’ostacolo dell’art. 25 Cost., il quale prevede che: «nessuno può essere

ordinamento tributario, tanto le norme che irrogano le sanzioni amministrative, quanto quelle contenute nel d.lgs. n. 74 del 2000 in tema di sanzioni penali, colpiscono specificamente le violazioni degli obblighi dichiarativi (l'infedele o l'omessa dichiarazione). Tuttavia, chi pone in essere un'operazione abusiva e successivamente in sede di dichiarazione si comporti come se avesse compiuto l'operazione alternativa fiscalmente più gravosa (che, si ricordi, non è sempre di facile individuazione), vanificherebbe e dunque porrebbe nel nulla, oltretutto in palese contraddizione con se stesso, la scelta indirizzata al conseguimento di un indebito vantaggio tributario per il tramite dell'operazione abusiva. Per questo motivo, secondo tale orientamento, non sarebbero applicabili all'abuso del diritto norme sanzionatorie dettate per l'evasione, dal momento che è ormai assodato che si trattino di fenomeni nettamente separati e, inoltre, vi sarebbe il rischio di incorrere nella violazione del principio costituzionale della riserva di legge (quella dell'art. 23 o dell' art. 25 Cost.), realizzandosi sostanzialmente un'estensione in via analogica di prestazioni sanzionatorie a casi non espressamente previsti dalle specifiche norme. Per ovviare a questi problemi, pertanto, parrebbe essere utile introdurre un'apposita normativa che, tenendo da un lato presente la giurisprudenza comunitaria al riguardo e, dall'altro, armonizzando la relativa disciplina con la logica del sistema punitivo generale in materia tributaria, sanzionasse le fattispecie di abuso del diritto. Questo suggerimento si sposa anche con un'altra dottrina³⁹⁰, la quale ha osservato che nel d.lgs. 471/97, riguardante le sanzioni amministrative in ambito tributario, i titoletti degli enunciati fanno riferimento a "violazioni" di leggi tributarie³⁹¹, mentre nei casi di abuso del diritto è più corretto parlare di un loro "aggiramento", essendo queste, almeno formalmente, rispettate.

3. L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA SCISSIONE

Nel capitolo appena conclusosi sono stati presentati i lineamenti fondamentali dell'abuso del diritto, il quale, si ricordi, si sostanzia in un comportamento artificioso contrario alle regole della buona fede oggettiva, sebbene formalmente rispettoso della legge, la cui finalità essenziale è quella di realizzare un vantaggio di natura fiscale per il debitore, contrastante con la legge e con i principi dell'ordinamento. Per queste ragioni, tale condotta viene reputata non meritevole di tutela e quindi, come tale, espunta dall'ordinamento perché non bilanciata da ragioni extrafiscali sostanziali non secondarie adducibili dal debitore e, allo stesso tempo, in essa sono

punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

³⁹⁰ MISCALI M., *op. cit.*

³⁹¹ Ad esempio, l'art. 1 è derubricato "violazioni relative alla dichiarazione dei redditi", l'art. 2 "violazioni relative alla dichiarazione dei sostituti di imposta".

essenzialmente rinvenibili solamente finalità vantaggiose di natura fiscale³⁹². Nel paragrafo conclusivo del primo capitolo, invece, abbiamo visto come il contribuente possa utilizzare l'operazione di scissione per ottenere alcuni vantaggi tributari. Questi ultimi possono essere legittimi, in quanto integrano la fattispecie del lecito risparmio d'imposta, oppure illeciti, determinando l'elusività dell'operazione. L'aspetto principale per cui la scissione è stata vista in modo sospetto da parte dell'Amministrazione Finanziaria è la sua neutralità fiscale, la quale, tuttavia, come discusso in precedenza³⁹³, deve essere ritenuta del tutto fisiologica rispetto alla natura dell'operazione e ai principi del sistema. Ne consegue, che la scissione deve essere posta su un piano di pari dignità rispetto alle alternative poste a disposizione da parte del legislatore. Questo è, difatti, il ragionamento che ha spinto l'Agenzia delle Entrate a classificare come non abusive alcune operazioni di scissione che le sono state proposte in esame da parte dei contribuenti per mezzo dell'interpello. Quest'ultimo, inoltre, rappresenta lo strumento principale attraverso il quale il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive³⁹⁴ prima, e l'Amministrazione Finanziaria poi, definiscono se l'operazione proposta dal contribuente sia elusiva o meno. Le risposte dell'Agenzia delle Entrate più recenti hanno una struttura piuttosto delineata e conforme. In particolare, nella prima parte abbiamo il cd. "quesito", ossia la descrizione nei minimi particolari del caso proposto dal contribuente, in modo tale da presentare tutti i tratti caratteristici dell'operazione per comprendere al meglio la risposta dell'Agenzia; successivamente si trova la "soluzione interpretativa prospettata dal contribuente", ove, appunto, quest'ultimo fornisce la propria proposta circa la fattispecie presentata; infine, nell'ultimo paragrafo viene presentato il "parere dell'Agenzia delle Entrate", nel quale l'Amministrazione Finanziaria emette un proprio giudizio e ne dà una spiegazione. Quest'ultima parte assume una struttura standardizzata: nella premessa vi è il richiamo all'art. 10-bis l. 212/2000, attraverso la presentazione dei tre presupposti dalla cui contemporanea presenza deriva l'identificazione della fattispecie abusiva³⁹⁵ e il successivo riferimento al

³⁹² GIOVANNINI A., *op. cit.*

³⁹³ V. *supra*, p. 15.

³⁹⁴ Tale Comitato era alle dirette dipendenze del Ministero dell'economia e delle finanze, cui era demandata la funzione di emettere pareri su casi concreti proposti dai contribuenti. La richiesta di parere veniva in precedenza esaminata dalla direzione regionale delle entrate territorialmente competente e, solo qualora la risposta non fosse soddisfacente ovvero non fosse stata data, il contribuente poteva sottoporre il caso al Comitato. Quest'ultimo, infine, è stato soppresso con il d.lgs. o in base alle disposizioni del decreto-legge n. 223 del 2006.

³⁹⁵ Il testo è il seguente: «affinché un'operazione possa essere considerata abusiva, l'Amministrazione Finanziaria deve identificare e provare il congiunto verificarsi di tre presupposti costitutivi: a) la realizzazione di un vantaggio fiscale "indebito", costituito da "benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario"; b) l'assenza di "sostanza economica" dell'operazione o delle operazioni poste in essere consistenti in "fatti, atti e contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali"; c) l'essenzialità del conseguimento di un "vantaggio fiscale. L'assenza di uno dei tre presupposti costitutivi dell'abuso determina un giudizio di assenza di abusività».

comma 3, riguardante l'esimente delle valide ragioni extrafiscali³⁹⁶; sempre nella premessa, emerge il metodo di studio e approccio improntato dall'Amministrazione per verificare la sussistenza della fattispecie abusiva e, in particolare, si procede «prioritariamente alla verifica della possibilità di effettuare la valutazione antiabuso richiesta e, in caso affermativo, alla verifica dell'esistenza del primo elemento costitutivo - l'indebito vantaggio fiscale – in assenza del quale l'analisi antiabusiva deve intendersi terminata. Diversamente, al riscontro della presenza di un indebito vantaggio, si proseguirà nell'analisi della sussistenza degli ulteriori elementi costitutivi dell'abuso (assenza di sostanza economica ed essenzialità del vantaggio indebito). Infine, solo qualora si dovesse riscontrare l'esistenza di tutti gli elementi, l'Amministrazione Finanziaria procederà all'analisi della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extrafiscali»; di seguito, infine, attraverso due sottoparagrafi distinti, vengono presentati i giudizi dell'Agenzia con annesse spiegazioni circa l'abusività dell'operazione sia dal punto di vista delle imposte dirette che di quello delle imposte di registro.

Verranno ora presentate le fattispecie principali di scissioni potenzialmente elusive e le risoluzioni più significative del Comitato consultivo e le più recenti dell'Agenzia delle Entrate per comprendere come negli anni si sia evoluto l'orientamento di tali organi nei confronti delle fattispecie descritte nel primo capitolo e come, in particolare, esse siano tuttora considerate dall'Amministrazione Finanziaria. Prima di addentrarsi in questa analisi, infine, vale la pena segnalare che un primo passo verso la non abusività di molte operazioni di scissione è stato mosso dal legislatore con il d.lgs. 358/1997, il quale ha abrogato il vecchio comma 16 dell'art. 123-*bis* del TUIR³⁹⁷, che disponeva espressamente la natura elusiva delle scissioni non aventi per oggetto aziende e di quelle non proporzionali. Attraverso questo intervento legislativo si può, pertanto, registrare una prima mossa del legislatore a favore della legittimità di tutte le scissioni, sia che coinvolgano o meno un'azienda e sia che siano o meno proporzionali, cosicché la diffidenza di fondo che talvolta sembra accompagnare le fattispecie che verranno a breve analizzate non pare giustificata³⁹⁸.

³⁹⁶ Il testo cita quanto segue: «Attraverso il successivo comma 3, il legislatore ha chiarito espressamente che non possono comunque considerarsi abusive quelle operazioni che, pur presentando i tre elementi sopraindicati, sono giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali (anche di ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività professionale)».

³⁹⁷ Il testo del comma in questione citava: «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».

³⁹⁸ DE ROSA F., *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, in *Corriere Tributario*, 2021, n. 8-9, p. 796.

3.1 La singola scissione

Riprendendo l'ordine proposto nel paragrafo 1.3, il primo caso di eventuale abusività da considerare è quello della singola scissione, ossia non seguita da alcuna altra operazione. In particolare, ci si era chiesti se essa costituisse una valida alternativa di pari grado e dignità rispetto alla liquidazione volontaria e all'assegnazione dei beni ai soci o se ci fossero gli estremi per ravvisare l'elusività fiscale essendo aggirate tali operazioni, le quali sono caratterizzate da una maggiore onerosità tributaria. Come si è potuto notare, la scissione può avvenire in varie modalità, in virtù della grande duttilità che la contraddistingue. In questo paragrafo verranno analizzate varie fattispecie di tale operazione e, in particolare: la scissione proporzionale; la scissione non proporzionale; le scissioni a favore di controllanti o di controllate; le scissioni aventi come oggetto singoli beni. Di seguito verranno pertanto presentate alcune risposte che evidenziano l'orientamento assunto dall'Amministrazione Finanziaria nei confronti dei vari casi che si possono realizzare.

3.1.1 La scissione proporzionale

In questo caso, appare piuttosto evidente come l'operazione non possa presentare profili di elusività. Difatti, questa tipologia di operazione viene spesso utilizzata con il fine di suddividere i rami aziendali, ad esempio per separare il ramo industriale da quello immobiliare, senza che vi siano stravolgimenti all'interno della compagine sociale, dal momento che, si ricordi, tramite questa forma di scissione, non avviene alcuna variazione nei rapporti partecipativi. Già in passato, infatti, il Comitato aveva sancito la non elusività dell'operazione effettuata in questa forma³⁹⁹. A titolo esemplificativo, si consideri il Parere del 24 febbraio 2005, n. 5, in cui i due soci al 50% della scindenda, operante nel settore del commercio al dettaglio e all'ingrosso di articoli da regalo, mobili, complementi d'arredamento ecc., erano giunti nella determinazione di procedere ad una separazione dell'attività commerciale da quella prettamente di gestione immobiliare e dell'intestazione della autorizzazione amministrativa relativa all'esercizio del commercio al dettaglio, al fine di realizzare un miglior utilizzo dei beni immobili, senza che vi fosse alcuna variazione a livello partecipativo. Tale operazione doveva avvenire, quindi, attraverso una scissione parziale proporzionale in una beneficiaria di nuova costituzione, la quale otteneva il ramo operativo dell'azienda, mentre la parte immobiliare, che veniva successivamente concessa in locazione alla beneficiaria a canoni di mercato, permaneva in capo alla scissa. Il Comitato, innanzitutto, ha considerato che la scissione è un'operazione

³⁹⁹ In altri casi, tuttavia, il Comitato aveva sancito l'elusività della scissione proporzionale, ma, come si vedrà in seguito, il motivo era perché ad essa seguiva la cessione delle partecipazioni di maggioranza della scissa.

fiscalmente neutrale e di per sé non elusiva, specialmente nel caso in cui il trasferimento di attività dalla società scissa alla beneficiaria avvenga in regime di continuità di valori fiscali e senza sottrazione delle stesse al regime dei beni di impresa e che un'operazione di scissione societaria si caratterizza come operazione di riorganizzazione aziendale, rispondente a determinate finalità e strategie imprenditoriali, sempre che non venga strumentalmente utilizzata per conseguire indebiti vantaggi tributari. Dunque, il Comitato ha rilevato che: a) l'operazione in esame avveniva in regime di continuità dei valori fiscali e senza variazione dell'originario regime d'impresa; b) i soci persone fisiche non intendevano procedere alla successiva cessione delle loro partecipazioni; c) la scissione era finalizzata ad un'effettiva separazione del ramo aziendale da quello immobiliare. Per questi motivi è stata tratta la conclusione che: «l'operazione di scissione parziale proporzionale in esame non presenta caratteri di elusività, in quanto sorretta da valide ragioni economiche e non rivolta all'aggiramento di norme tributarie, salvo che in concreto vengano posti in essere atti, fatti o negozi, diversi od ulteriori rispetto a quelli rappresentati nell'istanza, che incidano sulla struttura e/o sulle finalità dell'operazione, configurandone *ex post* un carattere elusivo».

Della stessa opinione è rimasta l'Agenzia delle Entrate dopo la riforma che ha introdotto l'art. 10-bis l. 212/2000. Si prenda ad esempio la risposta ad interpello del 3 ottobre 2018, n. 21, ove viene analizzato il caso della società Alfa, la quale, oltre a svolgere attività industriale, possiede un compendio immobiliare formato da fabbricati civili e strumentali. Alfa intende incorporare gli immobili assegnandoli ad un'altra società (Beta) che già svolge attività di gestione immobiliare. I soci delle due società sono gli stessi, ma con percentuali differenti nell'una e nell'altra. Per fare ciò, Alfa vuole dare luogo ad una scissione parziale proporzionale a favore di Beta, la quale effettuerà un aumento di capitale e le nuove quote verranno attribuite ai soci di Alfa in proporzione alle loro partecipazioni in quest'ultima. Analizzando l'operazione, l'Agenzia afferma che non è rinvenibile la fattispecie abusiva dal momento che non viene generato alcun vantaggio tributario indebito: infatti, la beneficiaria mantiene gli immobili ricevuti agli stessi valori fiscali che essi avevano nella scissa Alfa, come previsto nell'art. 173 del TUIR. Ne consegue che, non godendo Beta di regimi di tassazione agevolati, l'operazione non genera salti di imposta, dato che le plusvalenze latenti sui beni che erano di Alfa verranno ordinariamente tassate da Beta al momento della loro cessione, esattamente come sarebbe avvenuto se la cessione fosse stata attuata da Alfa stessa. Nella stessa risposta viene inoltre precisato che l'operazione prescelta costituisce uno strumento fisiologico per realizzare la riorganizzazione ipotizzata volta a separare l'attività industriale dal patrimonio immobiliare e, dunque, diversificare i rischi.

3.1.2 La scissione non proporzionale

La questione dell'elusività nell'ambito delle scissioni diventa un po' più complicata quando si parla di scissione non proporzionale, almeno per quanto riguarda i pareri del Comitato antielusivo. Difatti, prima della riforma del 2015, le operazioni realizzate con questa forma venivano analizzate con grande attenzione, dal momento che, tramite esse, è possibile mutare gli assetti proprietari delle società coinvolte, giungendo a dividere definitivamente i beni della scissa tra i soci di questa, in regime di neutralità fiscale, attraverso una distribuzione differente delle partecipazioni nella scissa e/o nelle beneficiarie. Si prenda ad esempio il parere del 14 ottobre 2005, n. 34, ove le sigg.re A e B detenevano ciascuna il 50 % di una società (X snc) il cui patrimonio era costituito da un complesso a destinazione artigianale e commerciale, costituito da otto unità immobiliari separate e distinte catastalmente, le quali venivano concesse in locazione a terzi. Alcuni immobili di proprietà avrebbero subito modifiche sostanziali tali da renderli utilizzabili solo per determinate tipologie di attività e per tale ragione necessitavano di una gestione economica e tecnica *ad hoc* e di alcune opere di ristrutturazione e adeguamento alle norme urbanistiche, diversificate a seconda dell'utilizzo cui erano sottoposti. Tale situazione avrebbe determinato alcune divergenze tra le due socie relativamente alle future modalità di utilizzo degli edifici locati, generando una conflittualità tale da impedire la normale gestione della società. Pertanto, al fine di poter risolvere questa circostanza, le socie avrebbero voluto porre in essere una scissione totale non proporzionale asimmetrica, preordinata alla divisione del patrimonio aziendale in due società a responsabilità limitata unipersonali, possedute l'una al 100% da A e l'altra al 100% da B, ed alla conseguente estinzione della società scindenda, in modo tale da proseguire l'attività imprenditoriale di gestione del patrimonio immobiliare attraverso due soggetti giuridici distinti. Il Comitato ha sancito che: «l'operazione considerata, sulla base delle evidenze che emergono dall'istanza, presenta aspetti di elusività, in quanto priva di valide ragioni economiche (non essendo sufficienti a dimostrarne la sussistenza la mera enunciazione di divergenze di interessi tra i soci della scindenda, senza alcuna dimostrazione concreta di tale dissidio) e diretta a conseguire un vantaggio fiscale indebito, in quanto realizzato attraverso l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario». In particolare, quest'ultimo si sarebbe realizzato poiché «la scissione prospettata appare destinata a surrogare lo scioglimento del vincolo societario da parte dei soci e l'assegnazione agli stessi di parte del patrimonio immobiliare. Operazione, quest'ultima, che sarebbe stata certamente più congruente sul piano giuridico rispetto alle finalità concretamente perseguite, ma assai più onerosa dal punto di vista fiscale in

considerazione dell'emersione di materia imponibile». L'indebito risparmio d'imposta sarebbe invece rinvenibile «nello spostamento *sine die* della tassazione delle plusvalenze sui beni stessi, grazie al regime di neutralità fiscale tipico della scissione». Tutto ciò sarebbe stato dimostrato: dall'assenza di documentazione relativa al dissidio tra le socie⁴⁰⁰, la quale avrebbe potuto cambiare la decisione del Comitato⁴⁰¹; dall'unipersonalità delle beneficiarie; dalla ristretta base azionaria della compagine societaria protagonista della scissione; dalla mancanza di prospettive di ingresso di nuovi capitali e/o soci delle società beneficiarie; dalla gestione di immobili di tipo meramente locatizio; dall'assenza di qualunque dato giuridico-economico in grado di far luce sulle diverse strategie imprenditoriali dei soci e sulla paventata necessità di operare una riorganizzazione aziendale.

Altri indici di elusività sono stati individuati in altre occasioni, ad esempio, nell'inclusione nella compagine societaria di nuovi soci legati con i soci preesistenti da vincoli di parentela e disinteressati alla futura continuazione del *business*, il cui ingresso sarebbe dunque finalizzato, agli occhi dell'Amministrazione Finanziaria solamente a far concorrere gli stessi alla futura ripartizione degli *asset* societari⁴⁰²; oppure, nella riduzione del numero dei soci ai soli membri del medesimo nucleo familiare⁴⁰³; o, infine, ancora nella disdetta dei contratti di locazione stipulati con soggetti terzi, in favore di una crescente utilizzazione diretta delle unità immobiliari da parte degli azionisti⁴⁰⁴.

Nella risoluzione Agenzia delle Entrate del 6 luglio 2001, n. 114, invece, non è stata rilevata la fattispecie abusiva in quanto l'operazione era sorretta da valide ragioni economiche. Nel caso richiamato, la società XY Spa esercitava il commercio all'ingrosso ed al minuto di autoricambi per autoveicoli ed era composta da due soci con una partecipazione paritetica. Era dunque in progetto una scissione parziale non proporzionale, che prevedeva la costituzione di una società composta esclusivamente da beni immobili, mentre nella scissa permaneva il rimanente

⁴⁰⁰ La medesima situazione si era presentata nel parere del 13 luglio 2005, n.18, dove il contribuente faceva riferimento ad una generica e irrisolvibile situazione di conflittualità tra i soci che avrebbe determinato uno stato di inattività gestionale.

⁴⁰¹ Difatti, nel parere del 4 ottobre 2006, n. 29, alla presenza di «gravi e insanabili dissidi insorti nel tempo tra due nuclei familiari sulle modalità di gestione e sulla politica imprenditoriale», il Comitato aveva dato via libera ad un'operazione di scissione parziale non proporzionale che separava l'azienda in due rami operativi. Alla medesima conclusione si era giunti con la risoluzione del 22 marzo 2007, n. 56/E, dove veniva considerata fiscalmente legittima una scissione totale non proporzionale che portava al frazionamento di un immobile produttivo di reddito di impresa tra la scissa e la beneficiaria, al fine, appunto, di porre fine a dissidi insorti tra i soci, i quali non permettevano la continuazione congiunta dell'attività produttiva.

⁴⁰² Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 9 maggio 2007, n. 22.

⁴⁰³ Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 21 settembre 2005, n. 24.

⁴⁰⁴ Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 16 maggio 2006, n. 18. Nello specifico, tale volontà, secondo il Comitato, era indice del desiderio di passare da un'attività imprenditoriale ad una gestione "unanimistica" alla stregua di una comunione *pro indiviso*.

patrimonio aziendale. Le valide ragioni economiche dell'operazione si basavano su differenti scelte di politica aziendale: uno dei due soci intendeva sviluppare l'attuale attività implementando la base societaria con l'ingresso dei propri figli; l'altro, al contrario, intendeva sviluppare l'attività immobiliare separandola dal settore in cui operava attualmente. Con queste premesse, l'Agenzia delle Entrate classificava l'operazione come non elusiva in quanto sorretta da valide ragioni economiche consistenti nella continuazione dell'attività commerciale da parte di uno solo dei soci, con il successivo ingresso dei propri figli.

In seguito all'entrata in vigore dell'art. 10-*bis* l. 212/2000, veniva pubblicata la risoluzione 26 luglio 2017, n. 98/E, la quale dettava una linea definitiva relativamente alla scissione non proporzionale, seguita anche nelle risposte successive. Tale fattispecie riguarda una società immobiliare di gestione, titolare di una serie di unità immobiliari concesse in locazione ai propri soci e familiari, che intendeva procedere all'assegnazione agevolata di tali beni ai propri soci, ai sensi della l. 208/2015⁴⁰⁵. Dal momento che solo alcuni di essi erano favorevoli all'operazione prospettata, si voleva procedere ad una scissione parziale non proporzionale in favore di una società di nuova costituzione, la quale era partecipata dai soci dissenzienti. In questo modo, si sarebbe separato il patrimonio della scissa tra gli immobili, che sarebbero stati in seguito assegnati ai soci, e quelli che sarebbero stati trasferiti alla beneficiaria per seguire la gestione locativa. L'Agenzia ha escluso l'esistenza di un indebito vantaggio fiscale, dal momento che la scissione, prodromica all'assegnazione agevolata dei beni, non è ritenuta in contrasto con la *ratio* della disciplina agevolativa, in quanto è finalizzata a consentire l'assegnazione dei beni solamente ad alcuni soci, possibilità, tra l'altro, ammessa espressamente anche dalla stessa Agenzia nella circolare n. 26/E del 1° luglio 2016. Nella risposta, inoltre, viene ulteriormente sottolineato il fatto che la neutralità dell'operazione veniva ulteriormente garantita dal fatto che la scissione non avrebbe comportato la fuoriuscita dei beni attribuiti alla beneficiaria dal regime di impresa. In particolare, affinché non siano ravvisabili profili elusivi, era necessario che la scissione non proporzionale non fosse, di fatto, volta all'assegnazione dei beni della scissa o della beneficiaria attraverso la formale attribuzione dei medesimi a società di "mero godimento", non caratterizzate, cioè, da alcuna operatività, con l'unico fine di rinviare *sine die* la tassazione delle plusvalenze latenti sui beni trasferiti usufruendo del regime di neutralità fiscale. Tuttavia, nel caso analizzato l'Agenzia delle Entrate non ha qualificato l'attività di locazione di beni immobili come "di mero godimento", in quanto produttiva di reddito di impresa, ancorché i locatari fossero gli stessi soci e il canone fosse concordato.

⁴⁰⁵ Tale legge prevedeva l'assegnazione dei beni ai soci dietro pagamento di un'imposta sostitutiva dell'8% ovvero del 10,5% in caso di società di comodo.

Inoltre, occorre sottolineare che l'operazione sarebbe stata posta in essere in modo tale da risolvere le divergenze decisionali tra i soci, dal momento che, appunto, alcuni di essi preferivano cessare l'attività assegnandosi gli immobili, mentre altri volevano procedere con l'attività locatizia. Per concludere la riflessione su questa pronuncia dell'Agenzia delle Entrate, si rileva come l'operazione oggetto di interpello non venga considerata elusiva nonostante fosse propedeutica alla fruizione, da parte di alcuni soci, di un regime fiscale meno oneroso, quale quello dell'assegnazione agevolata degli immobili. Si tratta di una soluzione innovativa poiché, come visto in precedenza⁴⁰⁶, in passato non sono mancate rilevazioni della fattispecie elusiva relativamente ad operazioni fiscalmente neutrali e meramente prodromiche all'avvalersi di un regime tributario più favorevole.

Come detto, a questa risoluzione seguirono altre risposte ad interpelli aventi il medesimo orientamento. Una di queste, la risposta del 19 ottobre 2018, n. 40, rappresenta una fattispecie praticamente coincidente con quella descritta in precedenza nel parere 34/2005. Due sorelle, socie al 50% ciascuna di una società immobiliare il cui patrimonio era costituito da venti immobili, intendevano suddividere quest'ultimo in due parti mediante una scissione parziale non proporzionale asimmetrica, la quale avrebbe portato alla costituzione di due *newco* unipersonali, in modo tale che ciascuna delle due signore detenesse le partecipazioni in una singola società nella quale era confluito la metà del patrimonio della scissa. La ragione extrafiscale posta alla base dell'operazione era la complessa gestione societaria a causa di alcune notevoli divergenze fra le due sorelle, di difficile risoluzione anche in ragione della mancanza di un socio maggioritario. Un caso analogo era poi quello nella risposta del 12 ottobre 2018, n. 36, con l'unica differenza che i soci erano quattro invece di due e di conseguenza, tramite la scissione, si sarebbe giunti alla costituzione di quattro società unipersonali. In entrambi i casi, l'Amministrazione Finanziaria ha ritenuto che le operazioni di scissione rappresentate non comportassero il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, non ravvisandosi alcun contrasto con la *ratio* di disposizioni tributarie o con i principi dell'ordinamento tributario. Più precisamente, tali operazioni vengono definite "fisiologiche" per consentire ai soci la continuazione separata delle attività di gestione immobiliare⁴⁰⁷. In entrambe le risposte, inoltre, viene precisato che, con la scissione, i plusvalori relativi ai componenti patrimoniali trasferiti dalla scissa alla beneficiaria, sarebbero rimasti solo

⁴⁰⁶ V. *supra* pp. 38-39.

⁴⁰⁷ Nello specifico, nella risposta n. 36/2018 viene detto che si tratta di «un'operazione fisiologica per consentire ai quattro soci di proseguire l'attività di gestione degli immobili secondo diverse prospettive imprenditoriali», mentre nella 40/2018 si precisa che «la scissione in esame appare, infatti, operazione fisiologica per consentire la divisione delle attività di gestione immobiliare tra le due società».

provvisoriamente latenti, dal momento che gli *asset* permangono comunque nell'ambito dell'attività d'impresa. Pertanto, i beni oggetto di trasferimento avrebbero formato il reddito secondo le ordinarie regole impositive vigenti nel periodo di imposta fuoriuscendo dall'impresa, ossia venendo ceduti a titolo oneroso, o divenendo oggetto di risarcimento per la loro perdita o danneggiamento, venendo assegnati ai soci, ovvero ancora essendo destinati a finalità estranee all'esercizio dell'impresa. Anche in questi casi, dunque, non si è ravvisata la costituzione di società "di mero godimento", alla pari di quanto previsto nella risoluzione 98/E/2017. Le risposte analizzate assumono una rilevanza fondamentale anche perché vi è stata un'importante variazione della linea interpretativa rispetto al passato. Come visto nel parere n. 34/2005, una delle ragioni che hanno portato il Comitato a considerare come elusiva l'operazione proposta dal contribuente era che essa avesse come esito la costituzione di società unipersonali, la quale avrebbe rappresentato, secondo l'orientamento di allora, una possibile forma di elusione fiscale rispetto alla ben più onerosa assegnazione dei beni al socio. L'Amministrazione Finanziaria invece, nelle risposte più recenti, non ha considerato l'assegnazione dei beni ai soci come operazione alternativa, in quanto, per giungere al medesimo risultato che si otterrebbe con la scissione, sarebbe stato necessario effettuare successivamente un conferimento in una nuova società. Pertanto, si può affermare che le risposte rappresentano una corretta applicazione del principio contenuto nel co. 4 della l. 212/2000, ossia quello della libertà di scelta della soluzione fiscalmente meno onerosa, con l'ulteriore precisazione, però, che le "strade alternative" debbano essere considerate tali solo quando sono fisiologicamente atte a risolvere il problema iniziale⁴⁰⁸.

Un'altra risposta meritevole è quella del 15 novembre 2018, n. 68, ove l'Agenzia delle Entrate non ha ravvisato l'abuso del diritto in ragione della propedeuticità della scissione non proporzionale al passaggio generazionale della gestione societaria. Nel caso in analisi, il capitale della società Alfa S.r.l è diviso a metà fra due soci appartenenti a gruppi familiari differenti (i signori Caio e i signori Sempronio). Essi, inoltre, sono soci con le medesime percentuali della società Beta S.r.l.; Alfa gestisce immobili ubicati all'interno di palazzine o condomini di proprietà di terzi, strumentali per natura e locati con destinazione commerciale; diversamente, Beta è proprietaria di immobili destinati ad utilizzo vacanziero. I soci proponevano di realizzare una scissione parziale asimmetrica "incrociata", dimodoché Alfa fosse interamente partecipata dai signori Caio mentre il capitale sociale di Beta fosse totalmente detenuto dai signori Sempronio. L'Agenzia ha ritenuto che l'operazione descritta non fosse

⁴⁰⁸ MONFREDINI P.S., *Operazioni di scissione e abuso del diritto: l'Agenzia delle entrate detta la linea*, in *Corriere Tributario*, 2018, n. 47-48, p. 3663.

abusiva, dal momento che non si veniva a realizzare alcun indebito vantaggio fiscale: la scissione era fisiologica alla riorganizzazione delle due società, volta a consentire a ciascun gruppo familiare di continuare la gestione commerciale già di loro pertinenza e di godere del vantaggio patrimoniale e finanziario derivante dalla proprietà e gestione di immobili dati in locazione. I beni trasferiti, pertanto, permanevano nel regime d'impresa e i loro valori fiscali non subivano alcuna mutazione. Ciò che preme sottolineare è che, a differenza dei due casi esposti in precedenza, non viene posta come finalità dell'operazione quella di risolvere difformità di vedute tra i soci, ma comunque viene attestata la legittimità dell'operazione. Pertanto, si può affermare che le valutazioni dell'Agenzia per esaminare l'esistenza della fattispecie abusiva vengano fatte prevalentemente sull'assenza di vantaggi fiscali indebiti e, dunque, sulla mancanza di un utilizzo distorto delle norme applicabili alla scissione, a prescindere dall'esistenza di conflittualità tra i soci⁴⁰⁹. In altre parole, si deve giungere alla medesima conclusione di non elusività indipendentemente dalla presenza di dissidi tra soci, in quanto è sufficiente che l'operazione di scissione avvenga in linea con la *ratio* della legge.

Sulla stessa linea interpretativa si è posta, infine, la risposta del 23 agosto 2019, n. 343. La fattispecie in questione ha ad oggetto una *holding* (Alfa) con azioni ordinarie (azioni A), le quali sono concesse in usufrutto all'esponente di prima generazione mentre la nuda proprietà spetta a quelli di seconda, i quali sono allo stesso tempo titolari di azioni prive di diritto di voto (azioni B)⁴¹⁰. La riorganizzazione prospettata consisteva in una scissione totale asimmetrica finalizzata alla costituzione di quattro nuove società, ciascuna interamente partecipata da un esponente di seconda generazione, la quale era in seguito destinata all'ingresso nelle compagini sociali della terza generazione. Inoltre, veniva precisato che l'operazione così composta era anche volta ad una diversificazione degli investimenti, i quali sarebbero stati differenti per ogni singolo esponente della seconda generazione, portando, in definitiva, i singoli veicoli societari a intraprendere nuove iniziative imprenditoriali. L'Amministrazione Finanziaria ha confermato la liceità di questa impostazione operativa, volta a riprodurre nelle quattro beneficiarie la medesima situazione esistente nella scissa, chiarendo, inoltre, che, a seguito dell'operazione,

⁴⁰⁹ GAIANI L., *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *Il Fisco*, 2019, n. 11, p. 1007.

⁴¹⁰ In particolare, l'assetto proprietario della società è riconducibile per intero ai componenti di un medesimo nucleo familiare e, nello specifico: Tizia, l'"esponente di prima generazione", è titolare del diritto di usufrutto sul 60% del capitale sociale costituito dalle "azioni A"; Caia, Sempronia, Mevia e Filano, ossia gli "esponenti di seconda generazione", sono ciascuno titolare della nuda proprietà del 15% del capitale sociale costituito dalle "azioni A" e della piena proprietà del 10% del capitale sociale costituito da "azioni B". L'attivo patrimoniale è rappresentato da: A) una partecipazione di collegamento (pari al 20% del capitale sociale) nella società Beta, una holding cui fanno capo tutti gli investimenti del gruppo; B) partecipazioni in società controllate; C) partecipazioni in altre imprese; D) quote di fondi comuni di investimento mobiliari di tipo chiuso; E) disponibilità liquide; F) terreni e fabbricati; G) altre attività.

ciascuno dei soci/nudi proprietari, a fronte della partecipazione detenuta in Alfa, avrebbe ricevuto il medesimo diritto di nuda proprietà sulle azioni della rispettiva beneficiaria; mentre Tizia, titolare del diritto di usufrutto sulle azioni A in Alfa, continuerebbe a conservare lo stesso diritto sulle azioni A di ciascuna beneficiaria⁴¹¹. Inoltre, per non ravvisare un disegno abusivo, occorre che ciascuna beneficiaria desse concretamente seguito a dei progetti imprenditoriali, di modo che «l'astratta attitudine all'esercizio di impresa non sia dispersa da una gestione di tipo liquidatorio, finalizzata a conservare nella disponibilità di ciascuna società beneficiaria i soli immobili eventualmente destinati all'uso personale o familiare dei soci di riferimento», condizione esplicitamente prospettata dagli istanti. Pertanto, si può affermare che questa risposta sia in linea con quelle precedentemente esposte, seppur, in questo caso si faccia riferimento ad una fattispecie finalizzata ad un passaggio generazionale. Anche qui, difatti, la ragione fondamentale dell'accoglimento dell'istanza è da rinvenirsi nel fatto che «non sembra ravvisarsi il conseguimento di un indebito vantaggio fiscale» e ciò in quanto, in maniera fisiologica, l'operazione presentava l'obiettivo di diversificare gli investimenti imprenditoriali e di predisporre le condizioni necessarie al passaggio generazionale delle attività in favore degli esponenti di terza generazione. Con queste motivazioni, si deve anche escludere la funzione meramente liquidatoria dell'operazione di scissione, ove, cioè, la stessa assume la finalità di attribuire i beni della scissa a società di "mero godimento", al solo scopo di rinviare *sine die* la tassazione delle plusvalenze sui beni trasferiti e/o delle riserve in sospensione d'imposta eventualmente non affrancate, usufruendo del regime di neutralità fiscale⁴¹².

3.1.3 La beneficiaria controllante e la scissione inversa

Un'altra fattispecie da analizzare è quando l'operazione di scissione viene effettuata in modo tale che tra le beneficiarie coinvolte vi sia il socio stesso della scissa.

Con la risposta del 20 novembre 2018, n. 75, l'Agenzia ha analizzato i profili abusivi di una scissione parziale del ramo immobiliare di una società a favore della propria controllante, con lo scopo di separare l'attività immobiliare da quella caratteristica. In particolare, l'operazione avverrebbe mediante lo scorporo, a valori contabili e quindi senza che si realizzi alcuna rivalutazione, di *asset* immobiliari della società scissa in favore del predetto socio unico. L'Agenzia ha ritenuto che tale operazione non costituisca una fattispecie abusiva, non

⁴¹¹ Inoltre, il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione detenuta da ciascuno dei soci/nudi proprietari in Alfa viene trasferito integralmente sulla partecipazione che ognuno dei medesimi soci/nudi proprietari detiene nella beneficiaria.

⁴¹² MIELE L., *I principi generali desumibili dalle pronunce dell'Agenzia delle entrate sull'abuso*, in Corriere tributario, 2019, n. 1, p. 73. Dello stesso avviso, Assonime nella Circolare del 18 dicembre 2018, n. 27.

determinando la realizzazione di alcun vantaggio fiscale indebito, non ravvisandosi, per l'appunto, alcun contrasto con la normativa relativa alla neutralità fiscale di tale operazione, senza che vi sia, pertanto, la necessità di verificare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali. A ulteriore conferma di ciò, è stato precisato che sia la scissione in esame, sia l'assegnazione degli immobili al socio che si sarebbe potuta in alternativa realizzare (la quale, tuttavia, comporterebbe un maggior carico fiscale), appaiono fisiologicamente idonee a consentire la separazione dell'attività industriale e commerciale da quella immobiliare e, pertanto, devono essere poste, dal punto di vista tributario, su un piano di pari dignità. Tale conclusione rappresenta, dunque, l'applicazione pratica del principio di libertà di scelta tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale, ma poste dall'ordinamento tributario su un piano di pari dignità, ai sensi del comma 4 della l. 212/2000⁴¹³.

Si possono fare riflessioni analoghe per le circostanze opposte, ossia quelle in cui è la controllante a trasferire attività o beni alle proprie partecipate, senza procedere ad un aumento di capitale sociale delle beneficiarie da assegnare ai soci della controllante. In una risposta a interpello non pubblicata risalente al 2014⁴¹⁴, viene analizzata una situazione in cui una *holding* di partecipazioni proprietaria del 100% delle quote di tre società operative impegnate in tre diversi settori vuol procedere ad una riorganizzazione interna. Al fine di rafforzare l'autonomia gestionale e patrimoniale di queste ultime, si vorrebbero trasferire loro alcune funzioni aziendali della *holding*, la proprietà degli immobili industriali utilizzati dalle partecipate sulla base di contratti di affitto, personale e impianti strumentali alla produzione, mentre la *holding* manterrebbe alcune importanti funzioni centrali, quali gestione del personale e tesoreria di gruppo. Viene, pertanto, proposta una scissione parziale verso le tre controllate, le quali assumo il ruolo di beneficiarie. L'Agenzia delle Entrate, al fine di determinare l'esistenza della fattispecie elusiva, ha valutato l'operazione in base all'esistenza o meno di valide ragioni economiche⁴¹⁵ e se l'operazione è preordinata a successivi atti realizzativi a tassazione agevolata. Dalla disamina effettuata, l'Agenzia ha ritenuto l'operazione non classificabile come elusiva, affermando che essa rappresenta una possibile alternativa fra quelle che l'ordinamento mette a disposizione. Nel caso di specie, quindi, il trasferimento dei compendi aziendali è stato ritenuto funzionale a consentire una loro autonoma gestione imprenditoriale da parte delle

⁴¹³ L'Agenzia è giunta alla medesima conclusione anche nella più recente risposta del 23 aprile 2021, n. 282.

⁴¹⁴ I tratti dell'operazione sono stati estrapolati da CAVALLI F., *Scissione parziale senza elusione*, in *Il Sole* - 24 Ore del 5 dicembre 2014.

⁴¹⁵ L'approccio, come si può notare, è differente rispetto a quello attuale, dove innanzitutto si valuta l'esistenza di vantaggi fiscali indebiti, dal momento che l'interpello si riferisce ad una data anteriore alla riforma del d.lgs. 128/2015. Per l'appunto, si parla di valide ragioni "economiche" e non "extrafiscali".

società beneficiarie, con conseguente giustificabilità tributaria del ricorso alla scissione anziché ad operazioni equivalenti, in termini di configurabilità finale del gruppo, come ad esempio il conferimento. L'operazione appena descritta pare essere simile ad una scissione inversa, con la differenza che, per far sì che si realizzi quest'ultima, occorre che la beneficiaria ottenga delle partecipazioni rappresentanti il suo patrimonio, le quali, probabilmente, verranno in un secondo momento annullate. Questa fattispecie, invero, non è stata ancora analizzata dall'Amministrazione Finanziaria e, pertanto, non è possibile effettuare alcuna valutazione direttamente su una risposta dell'Agenzia. Tuttavia, si potrebbe fare qualche osservazione con riferimento alla fusione inversa, in quanto la situazione che si viene a configurare *post* operazione è molto simile a quella della scissione inversa. Infatti, in entrambi i casi, una società, l'incorporante nella fusione e la beneficiaria nella scissione, si troverà a detenere partecipazioni proprie e i soci della partecipante otterranno azioni o quote della beneficiaria in luogo di quelle detenute nella scissa o nell'incorporata, formalizzandosi, sostanzialmente, un'assegnazione ai soci di partecipazioni nella beneficiaria. Si consideri, inoltre, un passaggio della Risoluzione Agenzia delle Entrate del 27 aprile 2009, n. 111/E, ove viene stabilito che: «sia la disciplina civilistica [...] che quella fiscale [...] non menzionano il “verso” della fusione per incorporazione, non discriminando tra l'ipotesi di fusione diretta e l'ipotesi di fusione inversa». Quindi, partendo dal presupposto che una fusione presa singolarmente non possa configurare abuso del diritto in quanto si tratta di un'operazione regolarmente disciplinata sia sul piano civilistico che fiscale, essa non dovrebbe essere considerata elusiva anche nel caso in cui avvenga nella sua particolare forma inversa⁴¹⁶. A conferma di ciò vi è anche il parere del Comitato antielusione del 9 dicembre 2004, n. 31, ove viene analizzata un'operazione di fusione inversa e viene sancito che l'operazione prospettata «non sembra presentare aspetti elusivi». Si consideri ora la scissione inversa. Dal punto di vista civilistico, essa non trova una disciplina vera e propria, ma si può considerare legittima in ragione sia dell'assenza di previsioni che limitano le operazioni di scissione fra soggetti legati da rapporti partecipativi, sia della discrezionalità che viene riconosciuta agli amministratori nel definire il perimetro delle attività e passività patrimoniali da trasferire alla società beneficiaria. Peraltro, la legittimità di questa operazione ha trovato una definitiva conferma nell'inserimento delle scissioni tra i casi speciali di acquisto delle azioni proprie previsti dall'articolo 2357-*bis* c.c. Pertanto, una volta riconosciuta la liceità di questa operazione e una volta attestato che un'operazione legittima presa singolarmente non potrà mai configurare un indebito vantaggio fiscale, non ci possono

⁴¹⁶ La fusione inversa, se combinata con altre operazioni, può, tuttavia, rivelarsi elusiva (cfr. Risposta ad interpellato dell'Agenzia delle Entrate del 23 agosto 2019, n. 341).

essere dubbi nell'affermare che la scissione inversa non presenta profili abusivi, presentandosi come alternativa di pari dignità rispetto all'assegnazione di partecipazioni.

3.1.4 Scissione di singoli beni

Un altro aspetto sul quale vale la pena soffermarsi è relativo all'entità del patrimonio trasferito, ossia, se esso sia composto da un complesso di beni qualificabile come azienda ovvero se sia costituito da singoli *asset*. Sul punto, ci si può ricollegare all'interpello per ultimo analizzato, ove è opportuno osservare che si è giunti alla conclusione così espressa probabilmente perché l'operazione alternativa, appunto il conferimento d'azienda, possiede, al pari della scissione, la caratteristica della neutralità fiscale. Ci si potrebbe, dunque, chiedere se si sarebbe pervenuti al medesimo epilogo nel caso in cui oggetto del trasferimento fosse stato un singolo *asset*, dal momento che, in caso di conferimento di quest'ultimo, l'operazione risulterebbe assoggettabile a tassazione ai sensi dell'art. 9 co. 5 TUIR.

Innanzitutto, come si è visto nelle precedenti risposte ad interpelli, si può tranquillamente escludere che una scissione possa essere considerata elusiva quando oggetto del trasferimento sono aziende, rami aziendali o anche solo alcune unità immobiliari. La ragione addotta è che, per l'appunto, questi rimangono nell'ambito dell'attività d'impresa, in quanto in grado di produrre da sé reddito d'impresa. La questione si fa probabilmente più complessa, invece quando il patrimonio è costituito da singoli *asset* o, addirittura, solo da liquidità. Difatti, con il parere del Comitato antielusivo del 5 luglio 2002, n. 9, la scissione finalizzata a conseguire effetti sostanzialmente simili a quello di mera traslazione di un singolo bene venne considerata elusiva. L'orientamento più recente, dunque successivo all'entrata in vigore dell'art. 10-bis l. 212/2000, è, invece opposto. Si prenda come riferimento la risposta a interpello dell'8 novembre 2018 n. 65. Il caso riguarda una società per azioni immobiliare, la quale svolgeva principalmente attività di locazione immobiliare, i cui soci intendono procedere ad una scissione parziale proporzionale della Alfa S.p.A. con la creazione di quattro società beneficiarie, ove in ciascuna sarebbe confluito un singolo bene immobile⁴¹⁷. È stato inoltre precisato che nessun bene resterebbe inutilizzato e, allo stesso tempo, verrebbe riservato al godimento personale o familiare dei soci o, comunque, destinato a finalità estranee all'esercizio d'impresa⁴¹⁸ e, di conseguenza, sia la scindenda che le beneficiarie svolgerebbero un'effettiva

⁴¹⁷ Per completezza, l'operazione si concluderebbe con la trasformazione della scissa da S.p.A. in S.r.l., evento del tutto irrilevante al fine del ragionamento che si sta esponendo.

⁴¹⁸ In particolare, i beni sono destinati all'esercizio di distinte attività di costruzione e compravendita, gestione turistica e di locazione.

attività di gestione e valorizzazione dei beni⁴¹⁹. L’Agenzia, su questi presupposti, ha riconosciuto l’assenza di vantaggi fiscali indebiti e, dunque, la non abusività dell’operazione, nonostante la stessa prevedesse il trasferimento di singoli beni alle beneficiarie. Alla base di questa conclusione vi è, ancora una volta, il fatto che anche successivamente alla scissione fosse mantenuta la gestione imprenditoriale dei beni, non essendo questi attribuiti a società di mero godimento, come appositamente indicato dall’istante. Questo orientamento, inoltre, dovrebbe rilevare anche quando i singoli beni precedentemente posseduti dalla scissa risultino essere delle partecipazioni; in altre parole, dovrebbe considerarsi del tutto legittima la scissione asimmetrica di una *holding* con assegnazione di partecipazioni in una società operativa. Anche in questo caso, infatti, non vi sarebbe la fuoriuscita del bene partecipazione dal regime d’impresa e a nulla rileva il fatto che il reddito che se ne trae è un *passive income*, alla stregua di ciò che accade nella mera locazione di un immobile⁴²⁰.

Infine, un altro caso su cui occorre soffermarsi è quello della scissione di cassa, la quale prevede il trasferimento ad una o più beneficiarie solamente di risorse finanziarie liquide (cassa, partecipazioni, ecc.) che risultano essere eccedenti rispetto alle necessità della scissa, al fine di effettuare nuovi investimenti anche in nuovi settori, per diversificare, quindi, il rischio economico⁴²¹. In passato tali tipologie di scissione venivano considerate elusive delle norme che prevedono il pagamento dei dividendi (artt. 47 e 89 TUIR)⁴²², così come del comma 5 dell’art. 9 TUIR, che prevede l’imponibilità dei conferimenti in società. Dunque, in pratica, secondo i verificatori, la prassi operativa corretta sarebbe stata quella di distribuire gli utili o le riserve di utili ai soci i quali, al netto delle imposte dovute sulla già menzionata distribuzione, avrebbero poi dovuto provvedere al conferimento di tali somme nel nuovo veicolo, fattispecie anch’essa sottoposta a tassazione. Tuttavia, tale impostazione non può essere condivisa, dal momento che non vi sono ragioni per classificare, a priori, le scissioni di cassa come elusive. In primo luogo, occorre osservare che tale fattispecie rientra in quelle relative al trasferimento di singoli beni, come il caso poco prima richiamato nella risposta a interpello n. 65/2018, nella quale si è appunto ritenuta non elusiva la scissione relativa ad un patrimonio costituito da un

⁴¹⁹ Ulteriori precisazioni sono: a) il fatto che i beni verrebbero trasferiti con i medesimi valori che essi avevano in capo alla scissa, b) che non verranno effettuati trasferimenti di partecipazioni a terzi; c) i nuovi soci che entreranno nella compagine sociale delle beneficiarie non acquisteranno, almeno nel breve-medio periodo, il controllo delle stesse; d) le beneficiarie non fruiranno di alcun sistema di tassazione agevolato.

⁴²⁰ MIELE L., *op. cit.*

⁴²¹ Non sono rari i casi in cui, tra i soci, vengano a sorgere diversità di vedute con riguardo alle strategie di impiego delle risorse finanziarie e, dunque, la scissione può rappresentare, come anche visto in precedenza, una soluzione per porre fine a tali dissidi.

⁴²² SCARIONI P. e ANGELUCCI P., *I pregiudizi dell’Agenzia delle entrate in tema di abuso del diritto*, in Bollettino tributario d’informazioni, 2015, n. 12, p. 896.

singolo immobile, affermando, dunque, che il regime di neutralità non viene aggirato anche se ad essere oggetto di trasferimento è un singolo bene⁴²³. D'altro canto, la scissione è una delle modalità tipiche di costituzione di nuovi soggetti, dal momento che, sotto il profilo civilistico, tanto la costituzione *ex novo*, quanto la costituzione in seguito a una scissione, sono operazioni legittime ed entrambe regolate anche dal punto di vista fiscale⁴²⁴. Tale conclusione, pertanto, può essere estesa anche alla fattispecie in analisi, dal momento che pare irrazionale affermare che la scissione non è legittima se ha per oggetto risorse finanziarie, mentre diviene lecita qualora i beni trasferiti siano immobilizzati⁴²⁵. Continuando con tale ragionamento di analogia con gli *spin off* immobiliari, non dovrebbe tuttavia escludersi che la scissione di cassa possa anche essere ritenuta elusiva: è il caso in cui la liquidità venisse attribuita, ancora una volta, a società di mero godimento, quando, cioè, essa uscisse dal regime ordinario d'impresa, non venendo utilizzata per investimenti imprenditoriali e quindi, per finalità meramente personali⁴²⁶.

In secondo luogo bisogna anche considerare che i soci della scissa otterranno in cambio delle loro precedenti partecipazioni quelle nuove della/e beneficiaria/e, le quali avranno il medesimo valore fiscale che avevano quelle che sono state annullate per effetto della scissione. Pertanto, non si può ravvisare solamente lo scioglimento del vincolo societario da parte dei soci e l'assegnazione agli stessi del patrimonio sociale, in quanto allo stesso tempo si viene a creare un altro legame del medesimo tipo con la beneficiaria, chiaramente a condizione che quest'ultima non sia di mero godimento. Infine, occorre sempre ricordare che il comma 4 dell'art. 10-*bis* l. 212/2000 sancisce la libertà di scelta del contribuente tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale, qualora queste siano previste all'interno dell'ordinamento: condizione indubbiamente rispettata dalla singola operazione di scissione. In conclusione, per queste ragioni, nelle operazioni così strutturate, non può ravvisarsi alcun vantaggio fiscale indebito in quanto la tassazione dei dividendi verrebbe solamente differita al momento in cui le beneficiarie procederanno alla loro distribuzione⁴²⁷.

⁴²³ Si ricordi, inoltre, che la scissione, così come la fusione, è un'operazione sui soggetti e non, quindi, sui beni, come, ad esempio, la cessione. Pertanto, la valutazione su tale operazione deve prescindere da ogni congettura su questi ultimi.

⁴²⁴ FORMICA P. e DODERO D., *Scissioni: abuso del diritto se i beni fuoriescono dal regime dei beni d'impresa*, in *Il Fisco*, 2021, n. 34, p. 3249.

⁴²⁵ MIELE L., *"Scissioni di cassa" non elusive a certe condizioni*, in *Il Quotidiano del Commercialista* – www.eutekne.it del 31 gennaio 2020.

⁴²⁶ Un'altra condizione, come si vedrà nel par. 3.2.1, è quella che non deve sussistere la successiva intenzione di far cedere a terzi le partecipazioni così ottenute da parte dei soci della scissa.

⁴²⁷ MIELE L., *ult. op. cit.*

3.1.5 Considerazioni conclusive sull'abuso del diritto nella singola scissione

Alla luce delle analisi fatte, si può concludere affermando che, ad oggi, sostanzialmente le operazioni di scissione, qualora vengano prese singolarmente, quasi mai raffigurino una fattispecie abusiva. Nello specifico, ciò accade indipendentemente dalla forma giuridica, dunque se la scissione è proporzionale, non proporzionale o addirittura asimmetrica, dalla qualifica assunta dalla beneficiaria, cioè se è partecipante o partecipata della scissa, o dalla natura del patrimonio trasferito per mezzo dell'operazione considerata, quindi sia che esso sia costituito da un'azienda, un ramo aziendale o anche da un singolo bene. La ragione che ha portato a tale conclusione è stata, nelle varie risposte ad interpello analizzate, la stessa: l'assenza di indebiti vantaggi fiscali, ponendo solamente in un secondo piano la sussistenza di valide ragioni extrafiscali le quali, invece, secondo la prassi *ante* riforma del 2015, rivestivano una funzione chiave nella rilevazione dell'elusività fiscale, portando talvolta a soluzioni poco condivisibili. Nello specifico, infatti, la ricerca di queste ultime consiste nella verifica circa il carattere fisiologico o artificioso dell'operazione prospettata: viene, cioè, esaminata la coerenza tra l'obiettivo perseguito ed il percorso prescelto per conseguirlo⁴²⁸. Infatti, laddove vengano presentate le ragioni per le quali l'operazione viene messa in atto, come in tutte le fattispecie precedentemente analizzate, l'Agenzia si esprime favorevolmente circa la fattibilità dell'operazione, la quale si configura essere fisiologica, quindi funzionale e adeguata, per quelle fattispecie di riorganizzazione volte alla separazione tra attività industriale e commerciale ovvero alla diversificazione dei rischi imprenditoriali, oppure alla risoluzione di dissidi tra soci o, ancora, ad un passaggio generazionale. Tuttavia, *repetita iuvant*, tale verifica deve essere posta solo in secondo piano, dal momento che l'aspetto principale per il quale un'operazione debba essere considerata abusiva consiste nell'assenza di indebiti risparmi d'imposta e si potrebbe addirittura ritenere che le risposte di interpello possano concludersi anche solamente una volta che questi non fossero stati rinvenuti⁴²⁹, senza che sia necessario entrare ulteriormente nel merito circa la fisiologicità dell'operazione a conseguire l'obiettivo economico che l'istante si è posto, o meglio, quest'aspetto dovrà essere considerato solo qualora venga rilevato un essenziale ed indebito risparmio fiscale⁴³⁰. Questo ragionamento trova conferma, ancora una

⁴²⁸ FERRARA E., *Scissione per riorganizzazione d'azienda e passaggio generazionale: profili di (non) elusività*, in *Il Fisco*, 2019, n. 43, p. 4107.

⁴²⁹ Ad esempio, ciò è accaduto nella risposta ad interpello del 29 gennaio 2019, n. 13 ove, nell'ambito dell'eventuale abusività nei confronti dell'imposta di registro è stato affermato che: «non avendo riscontrato la sussistenza del requisito dell'indebito risparmio d'imposta, non si procede all'analisi degli ulteriori requisiti previsti dall' articolo 10-*bis* della Legge n. 212 del 2000».

⁴³⁰ Dello stesso avviso la Circolare Assonime del 18 dicembre 2018, n. 27, secondo la quale l'attestazione di fisiologicità nell'operazione, pur se condivisibile, debba essere considerata superflua, dal momento che non vi è

volta, nel comma 4 dell'art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente che sancisce la libertà di scelta del contribuente fra le varie soluzioni proposte dal legislatore per raggiungere un determinato fine, sempre che non vi sia alcun contrasto con la *ratio* di norme oppure con principi dell'ordinamento. Infatti, relativamente a questo profilo, è stato evidenziato che si deve comunque verificare *in primis* se il vantaggio fiscale ottenuto sia o meno indebito e il fatto che il percorso giuridico sia più o meno articolato non dovrebbe rappresentare, di per sé, un indice di abusività⁴³¹. Tuttavia, analizzare la fisiologicità di un'operazione potrebbe essere fondamentale anche per valutare l'esistenza della "conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato" al fine di attestare se sussista uno dei due indici di mancanza di sostanza economica richiamati nel co. 2 lett. a) dell'art. 10-*bis* l. 212/2000 ed è, dunque, probabilmente per questa ragione che l'Amministrazione esprime un giudizio in merito a tale aspetto.

In secondo luogo, si possono fare anche alcune osservazioni relativamente all'elusività che l'Agenzia attribuisce all'operazione nel caso in cui comporti la costituzione di una o più beneficiarie di mero godimento, in particolare nei casi di scissione asimmetrica⁴³². Nelle risposte agli interpelli analizzati si è potuto notare come sovente l'Agenzia abbia sottolineato, anche solo incidentalmente, che qualora si verificassero le condizioni per la costituzione di tali fattispecie societarie, l'operazione è da considerarsi elusiva, dal momento che, con la creazione di "meri contenitori", i beni verrebbero sottratti all'attività d'impresa, ravvisandosi un'assegnazione di fatto dei beni ai soci in regime di neutralità fiscale, senza, cioè, che venisse applicato il consueto trattamento fiscale. Innanzitutto, dal punto di vista civilistico, è dibattuto in dottrina se le società di mero godimento possano trovare diritto di cittadinanza nell'ordinamento, dal momento che non verrebbe rispettato il requisito previsto nell'art. 2247 c.c., ossia quello secondo il quale, affinché possa rinvenirsi un contratto societario, è necessario che vi sia lo svolgimento di «un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili»; piuttosto, la fattispecie considerata si troverebbe nell'area di applicazione dell'art. 2248 c.c. relativo alla comunione di beni⁴³³. Tuttavia, vi è chi sostiene⁴³⁴ che il contrasto tra questi due articoli

alcuna possibilità di aggiramento del regime fiscale della neutralità poiché l'operazione di scissione deve essere considerata come non elusiva a prescindere da ogni valutazione sulle finalità dell'operazione, essendo essa ormai da molto tempo ricompresa e dunque consentita dall'ordinamento italiano.

⁴³¹ CARINCI A., *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso di diritto*, in il Fisco, 2018, n. 43, pag. 4107. Talvolta, si possono venire a creare situazioni in cui non si configura alcun vantaggio e dunque, rimanendo invariato lo *status* fiscale del bene, non è possibile nemmeno effettuare una valutazione circa la sua natura indebita. In questo senso, DE ROSA F., *op. cit.*

⁴³² Tali riflessioni sono riprese da DE ROSA F., *op. cit.*

⁴³³ «La comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III».

⁴³⁴ DE ANGELIS L., *Le società in generale*, in AA.VV., *Diritto commerciale-volume I*, 2017, Milano, p. 187.

dovrebbe essere letto nel senso che la sottoposizione dei beni al regime societario sarebbe incompatibile con quello della comunione. Ne consegue che non sembra esservi alcuna preclusione alla costituzione e all'esercizio di una società avente ad oggetto il godimento di beni, altrimenti si giungerebbe all'assurda ipotesi di dover eliminare un amplissimo novero di società attualmente esistenti in Italia. La società di mero godimento può essere considerata, a prescindere da ogni interpretazione dottrinale circa la sua legittimità, un soggetto che non trae alcun beneficio dal proprio patrimonio, ma che ha invece come unico scopo «l'esercizio finale della facoltà d'uso e di disposizione di un diritto cointestato⁴³⁵». Le preoccupazioni relative all'abusività di tali fattispecie, però, sarebbero riconducibili alla sua qualificazione civilistica e non al suo *status* fiscale. Infatti, sotto quest'ultimo punto di vista, esiste nell'ordinamento italiano la disciplina delle società di comodo, di cui all'art. 30 l. 724/1994, che obbliga questi soggetti al pagamento di un reddito figurativo, equiparandoli in qualche modo ad ogni altro contribuente. La presenza di questo dettato normativo, assieme a quello dei beni concessi in godimento ai soci⁴³⁶, al di là del loro contenuto, fa sì che le società di mero godimento, seppur scoraggiate e penalizzate⁴³⁷, siano comunque tollerate ed inserite nel sistema e, perciò, legittimate. Ne consegue che la loro costituzione non può essere considerata contraria né ad alcuna legge, né ad alcun principio e, perciò, non potrebbero esserci le condizioni per ravvisare la fattispecie abusiva. Pertanto, si può affermare che, quando l'Agenzia delle Entrate rinviene l'elusività di una scissione comportante la creazione di una società di mero godimento, essa sta, in realtà, commettendo un errore e sarebbe, dunque, più corretto che venisse richiamato il regime fiscale delle società di comodo⁴³⁸ e/o dei beni concessi in godimento ai soci, ravvisando un'eventuale evasione in caso di mancata applicazione delle rispettive normative.

Alla luce delle risposte analizzate e delle valutazioni sin qui fatte, si può, in definitiva, affermare che è errato ritenere equivalenti la liquidazione volontaria e l'assegnazione dei beni ai soci alla singola scissione, in tutte le sue forme. Infatti, la differenza sostanziale risiede nel fatto che,

⁴³⁵ Studio del Consiglio Nazionale del Notariato del 26 maggio 2016, n. 69-2016/I.

⁴³⁶ Ai sensi dell'art. 2, co. 36-*sexsiedecies* d.l. del 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁴³⁷ Sul punto la circolare dell'Agenzia delle Entrate del 29 marzo 2013, n. 7/E afferma che: «Va preliminarmente osservato come tale ultima disciplina sia stata concepita per contrastare le società che, indipendentemente dall'oggetto sociale adottato, gestiscono il proprio patrimonio essenzialmente nell'interesse dei soci senza esercitare un'effettiva attività d'impresa[...] la disciplina in esame intende scoraggiare la permanenza in vita di società, costituite senza finalità elusive, ma prive di obiettivi imprenditoriali concreti e immediati, cioè di società che – per diverse ragioni – non svolgono alcuna effettiva attività imprenditoriale».

⁴³⁸ Tra l'altro, la stessa Agenzia ha evidenziato la natura antielusiva di tale normativa, in particolare nella circolare del 2 febbraio 2007, n. 5/E ove viene affermato che «Le modifiche apportate dal citato articolo 35 (del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; n.d.a.) hanno reso più efficaci le disposizioni sulle società non operative, accentuandone le finalità antielusive» oltre a dichiarare la possibilità per il contribuente di ricorrere all'interpello disapplicativo al fine, appunto, di rendere inoperosa tale disciplina.

nella scissione, i beni trasferiti, indipendentemente che costituiscano aziende ovvero siano singoli, restano all'interno del contesto dell'attività d'impresa⁴³⁹, condizione che giustifica appieno il carattere neutrale della scissione; viceversa, tramite la liquidazione il contesto sociale viene dissolto e, per questo motivo, questa operazione deve ritenersi realizzativa⁴⁴⁰. Paragonando la scissione all'assegnazione dei beni, la conclusione a cui si deve giungere deve essere la medesima. Infatti, tramite la prima, i beni rimangono all'interno dell'ordinario regime d'impresa, essendo assegnati ad una o più beneficiarie⁴⁴¹, e i soci mantengono il costo fiscale delle partecipazioni originariamente possedute, non producendosi, pertanto, né doppie imposizioni né salti d'imposta⁴⁴², mentre con la seconda i beni fuoriescono dal regime di impresa. A maggior ragione, tale operazione non può essere considerata elusiva se le beneficiarie sono socie, dal momento che, in seguito al trasferimento dei beni, questi non fuoriescono dal regime d'impresa. Inoltre, entrambe le operazioni sono garantite dal legislatore sia sul piano civilistico che fiscale, con la conseguenza che devono essere considerate alternative l'una all'altra e, dunque, di pari dignità sul piano tributario. In altre parole, non sembra si possa sostenere che con la scissione si otterrebbe il rinvio a tempo indeterminato della tassazione sulle plusvalenze, poiché esso è consentito dalla disciplina fiscale in tutti i casi in cui sopravvive la società, a prescindere che essa si scinda o meno⁴⁴³. Peraltro, è la stessa Agenzia ad affermare che i plusvalori relativi ai componenti patrimoniali trasferiti dalla società scissa alla beneficiaria, mantenuti provvisoriamente latenti dall'operazione, sono destinati a concorrere alla formazione del reddito imponibile secondo le ordinarie regole impositive vigenti al momento in cui i beni fuoriusciranno dalla cerchia dei beni relativi all'impresa e, nello specifico, quando essi saranno oggetto di cessione a titolo oneroso, ovvero quando diventeranno oggetto di risarcimento, anche in forma assicurativa, per la loro perdita o danneggiamento, oppure, ancora, quando saranno assegnati ai soci o, comunque, destinati a finalità estranee all'esercizio dell'impresa⁴⁴⁴.

3.2 *Share deal vs asset deal*

Se nei casi di singola scissione sembra oramai assodato che questa non possa essere considerata praticamente mai abusiva, la questione si fa un po' più complessa nella seconda fattispecie

⁴³⁹ Si tengano comunque sempre ben presenti le considerazioni fatte in merito alle società di mero godimento.

⁴⁴⁰ ZIZZO G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, cit., p. 716.

⁴⁴¹ Anche qui, si tenga presente il ragionamento fatto poc'anzi relativamente alle società di mero godimento.

⁴⁴² Circolare Assonime del 4 agosto 2016, n. 21.

⁴⁴³ DE ROSA F., *op. cit.*

⁴⁴⁴ In questo senso, le risposte nn. 553/2020; 72/2020; 343/2019; 106/2019; 53/2019; 87/2019; 139/2018; 101/2018.

richiamata nel paragrafo 1.3, ossia quella della scissione seguita da una cessione di partecipazioni. Questa tipologia di operazione si colloca nell'annosa comparabilità tra *share deal* e *asset deal*, ove il primo rappresenta la circolazione indiretta di beni mediante la cessione di partecipazioni, mentre il secondo rappresenta la vendita diretta degli stessi. Alla base di questa contrapposizione vi è che il legislatore tributario attribuisce alla fattispecie richiamata un trattamento fiscale differente, venendosi a creare margini, che possono essere più o meno legittimi, di pianificazione fiscale per i soggetti coinvolti nell'operazione, dal momento che, a parità di valore della plusvalenza realizzata, essa subirà un trattamento fiscale più favorevole nel caso in cui ad essere cedute siano le partecipazioni⁴⁴⁵. In particolare, dal punto di vista della mera convenienza fiscale, il soggetto interessato all'acquisizione di un complesso aziendale tiene conto del fatto che, normalmente, l'acquisizione di beni dà luogo a nuovi valori fiscali, i quali sono probabilmente più elevati rispetto a quelli che i cespiti hanno in caso di acquisto delle partecipazioni che consentono il controllo degli stessi, ove questi, invece, mantengono il medesimo valore che avevano in capo al cedente⁴⁴⁶. Ne consegue che, attraverso l'*asset deal*, il cessionario avrà, con ogni probabilità, maggiori valori da poter dedurre nel corso degli esercizi fiscali (nello specifico, maggiori ammortamenti) e determinerà, in caso di successiva cessione dei beni stessi, una minor plusvalenza imponibile. Viceversa, chi intende trasferire a terzi il complesso aziendale, tendenzialmente preferirà che ciò avvenga per mezzo della cessione di partecipazioni, in ragione delle condizioni solitamente più vantaggiose dal punto di vista fiscale previste per la loro circolazione.

Vengono ora esposti alcuni pareri del Comitato antielusivo e alcune risposte di interpelli date dall'Agenzia delle Entrate che permettono di comprendere l'orientamento interpretativo di questi soggetti relativamente alle varie modalità attraverso le quali si può manifestare tale duplice operazione. In particolare, si vedrà come viene considerata la circolazione indiretta di un'azienda e di un singolo bene, nonché l'interpretazione di altre variabili quali la successiva donazione, passaggio generazionale *mortis causa*, oppure la preventiva rivalutazione delle partecipazioni prima della loro alienazione o, infine, la rinuncia ad un credito.

3.2.1 La scissione seguita da circolazione indiretta di un complesso aziendale

È bene specificare fin da subito che, ad oggi, non vi è un chiaro orientamento in merito alla loro abusività. Infatti, mentre in passato vi era una certezza piuttosto consolidata nel classificare

⁴⁴⁵ Il riferimento è al regime *pex* ovvero alla tassazione tramite imposta sostitutiva, cui si è già ampiamente dibattuto nel par. 1.3.

⁴⁴⁶ Si ricordi, comunque, la possibilità di affrancare i maggiori valori dei beni oggetto di scissione attraverso il pagamento di un'imposta sostitutiva, dimodoché essi siano rilevanti anche a fini fiscali.

questa combinazione come elusiva, in seguito all'introduzione dell'art. 10-*bis* l. 212/2000, l'Agenzia delle Entrate ha alternato alcune risposte a interpello che rendevano legittima la scissione di un complesso aziendale seguita da cessione di partecipazioni e altre, seppur solo in maniera incidentale, che ne sancivano l'abusività. Tuttavia, le prime sembrano rappresentare ormai l'orientamento prevalente.

Per il passato, si può prendere come riferimento la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2009, n. 256/E⁴⁴⁷. Nello specifico, Tizio e Caio, proprietari al 50% ciascuno della società Alfa Snc, operante nel settore della fabbricazione e commercio di mobili, volevano separare la componente immobiliare dall'azienda produttiva, con la successiva cessione di quest'ultima e la concessione in locazione dell'opificio al cessionario dell'azienda e, per fare ciò, si voleva procedere ad una scissione totale e proporzionale, la quale assegnava ad una beneficiaria il complesso immobiliare e ad un'altra l'immobile. Per effetto dell'operazione, dunque, i due soci della scissa avrebbero sostituito alla partecipazione in quest'ultima quelle nelle due beneficiarie, costituite attraverso l'apporto del patrimonio proveniente dalla scissa, e avrebbero provveduto, in un secondo momento, alla cessione delle partecipazioni della beneficiaria con il ramo operativo. Nella sua risposta l'Agenzia afferma innanzitutto, in modo generale, che «l'operazione di scissione potrebbe assumere valenza elusiva qualora la stessa rappresentasse solo la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di una società "contenitore" (di immobili, di azienda, ecc.) e alla successiva vendita delle partecipazioni in essa detenute da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili, l'azienda, ecc..) ai beni di secondo grado (titoli partecipativi) soggetti a un più mite regime impositivo (capital gain)». L'Agenzia, entrando nel merito del caso analizzato, rileva che l'operazione, così com'è strutturata, non assume le finalità giuridico-economiche tipiche della scissione, dal momento che sembrerebbe soddisfare finalità proprie di altri atti o strumenti giuridici, il cui compimento si rivelerebbe fiscalmente più oneroso. In particolare, la scissione totale e proporzionale prospettata non sarebbe concepita in funzione dell'esigenza di suddividere due complessi aziendali autonomamente funzionanti, in ragione di un valido progetto imprenditoriale, ma «rappresenterebbe solo una fase intermedia di un più complesso disegno unitario finalizzato alla creazione di una mera società "contenitore" (una delle beneficiarie), destinata ad accogliere

⁴⁴⁷ Della stessa linea interpretativa, seppur solo incidentalmente, le Risoluzioni Agenzia delle Entrate del 22 marzo 2007, nn. 56/E e 58/E, quella del 7 aprile 2009, n. 97 e i pareri del Comitato consultivo norme antielusione, tra i tanti, quelli del 4 ottobre 2006, n. 26 e 27, quello del 25 luglio 2006, n. 24, quello del 14 novembre 2005, n. 43 e quello del 24 febbraio 2004, n. 2.

il ramo operativo dell'azienda da far circolare successivamente sotto forma di partecipazioni». Ne consegue che i soci persone fisiche realizzino un indebito risparmio d'imposta, potendo beneficiare del meno oneroso regime di tassazione sui *capital gain*, rispetto a quello ordinario di tassazione sulla cessione di azienda o ramo d'azienda. Pertanto, rilevando l'assenza di valide ragioni economiche, l'Agenzia classificava l'operazione come elusiva, poiché riteneva che il contribuente avesse intenzione di surrogare tale operazione alla cessione d'azienda, più onerosa dal punto di vista fiscale.

Degno di nota è poi quanto espresso nella risoluzione del 4 ottobre 2007, n. 281 e cioè che l'ipotesi di cessione di una partecipazione "non di controllo" ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n.1), c.c. «non qualifica il disegno combinato della scissione seguita dalla cessione di quote, come strumentale a soddisfare finalità proprie di altri atti o negozi giuridici, il cui compimento si rivelerebbe fiscalmente più oneroso». In altre parole, per ravvisare la fattispecie elusiva, occorre che la scissione fosse stata seguita dalla cessione di almeno il 51% delle quote della scissa o della beneficiaria, mentre la vendita di una partecipazione non di maggioranza non sarebbe stata sufficiente a configurare l'operazione come elusiva, in quanto non suscettibile di far mutare il soggetto che esercita il controllo.

Infine, è opportuno sottolineare che, sebbene la maggioranza delle soluzioni proposte dall'Agenzia o dal Comitato antielusione si esprimesse per l'elusività delle operazioni, vi erano alcuni pareri dello stesso Comitato che, viceversa, ne sancivano la liceità. Si sta parlando, ad esempio di quello del 21 settembre 2005, n. 19⁴⁴⁸ e di quello del 3 novembre 2005, n. 40⁴⁴⁹. In entrambi i casi le motivazioni che avevano portato a tale conclusione erano basate sulle valide ragioni economiche, rinvenute, in particolare nel parere n. 19/2005, nella prospettiva di ingresso di nuovi investitori che gli istanti avevano presentato e in quella di una crescita di redditività della componente immobiliare, sino ad allora sfruttata non al meglio e, nel parere n. 40/2005, oltre a quest'ultima causale, vi erano quelle di «rendere la società scissa operativamente più

⁴⁴⁸ È il caso di una società operante nel settore editoriale, detenuta dai soci A e B (per il 45% ciascuno) e dal socio C (per il 10% e figlio di A e B). I soci volevano procedere ad una scissione parziale proporzionale al fine di separare l'attività operativa da quella immobiliare, la quale sarebbe confluita in una beneficiaria *newco*, e, successivamente, A e B avrebbero ceduto le proprie partecipazioni nella scissa a terzi, i quali erano interessati della sola componente operativa e avrebbero introdotto nuove risorse per poter potenziare l'attività editoriale della società. I soci A e B, infine, avrebbero detenuto le partecipazioni della beneficiaria, la quale avrebbe in seguito concesso in locazione gli immobili in parte alla scissa e in parte ad altri soggetti.

⁴⁴⁹ In questo parere si analizzava il caso di un'impresa svolgente attività di fabbricazione di orologi, partecipata con quote del 50 % dai soci A e B, i quali erano fratelli. Veniva proposta una scissione parziale proporzionale per separare la componente operativa da quella immobiliare, al fine di vendere successivamente le partecipazioni della scissa, ove permaneva la parte operativa, ai figli di A, i quali avrebbero proseguito l'attività del padre e dello zio. Anche in questo caso, questi ultimi avrebbero continuato a detenere le partecipazioni nella beneficiaria, la quale avrebbe concesso in locazione gli immobili alla scissa.

agile e pronta a rapide trasformazioni commerciali e industriali» e di «realizzare il ricambio generazionale alla guida dell'attività artigianale di fabbricazione, nonché, in prospettiva, l'ampliamento della base societaria a soggetti esterni». Attraverso questi due pareri, una parte di dottrina ha evidenziato come, in generale, vi siano state soluzioni «necessariamente equivoche e contrastanti» poiché l'analisi delle fattispecie si è fondata sulla ricerca di valide ragioni economiche, con la conseguenza che si è scesi a esami di merito in ordine al disegno perseguito, alla struttura societaria, alla composizione tra i soci, alla loro eventuale conflittualità, alle prospettive di ingresso di terzi, ecc.⁴⁵⁰ Dal momento che queste componenti possono assumere sfaccettature differenti, la ricerca dell'esimente rischiava di diventare «un'indagine di puro merito imprenditoriale e dunque a carattere meramente soggettivo⁴⁵¹» con la conseguenza di poter giungere ad interpretazioni differenti o addirittura contrastanti, come quelle dei casi appena presentati.

In seguito all'introduzione dell'art. 10-bis l. 212/2000, come accennato in precedenza, l'orientamento dell'Amministrazione Finanziaria ha cominciato ad essere meno lineare, dal momento che, a risposte che continuavano a sancire la possibilità che l'operazione presentasse aspetti di elusività nel caso in cui si fosse successivamente proceduto alla cessione delle partecipazioni della scissa o della/e beneficiaria/e, se ne affiancarono altre che, viceversa, classificavano la medesima fattispecie come non abusiva. Emblematica, in questo senso, è la contrapposizione tra la risoluzione n. 97/E del 25 luglio 2017 e la già richiamata 98/E del 26 luglio 2017⁴⁵². In quest'ultima, infatti, l'Agenzia ha affermato che «l'operazione di scissione, tuttavia, potrebbe assumere valenza elusiva qualora, ad esempio, la stessa rappresentasse solo la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di società “contenitore” (di immobili, di azienda, ecc.) e alla successiva cessione delle partecipazioni da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (i.e., gli immobili, ecc.) ai beni di secondo grado (i.e., titoli partecipativi) soggetti a un più mite regime impositivo (*capital gain*)», richiamando sostanzialmente quanto indicato, ad esempio, nella già menzionata risoluzione 256/E/2009. Tuttavia, nella risoluzione pubblicata appena il giorno precedente, l'orientamento pareva essere decisamente opposto. Nel caso di specie, la società X S.p.A., attiva nel settore dei servizi sanitari e titolare di un compendio immobiliare, intendeva realizzare un'operazione di scissione parziale proporzionale attraverso la quale veniva attribuito

⁴⁵⁰ NAPOLITANO F., *Limiti e ambito di elusività delle operazioni di scissione*, in *Corriere Tributario*, 2007, n. 2, p. 110.

⁴⁵¹ *Ibidem*

⁴⁵² Per i vari tratti caratteristici, si veda *supra* p. 96.

ad una beneficiaria di nuova costituzione il solo compendio immobiliare. Successivamente, i soci della scissa avrebbero ceduto le partecipazioni di quest'ultima⁴⁵³ in favore di una terza società, la quale aveva fatto pervenire in precedenza un'offerta di acquisto del solo compendio operativo. L'Agenzia, non rilevando alcun contrasto con la *ratio* di alcuna norma o principio dell'ordinamento, ha concluso che l'operazione non configurasse l'abuso del diritto, dal momento che non era rinvenibile alcun indebito vantaggio fiscale. Nello specifico, l'Amministrazione Finanziaria, in primo luogo, ha riconosciuto che la circolazione diretta di un ramo di azienda e la sua circolazione indiretta sono due alternative che il sistema tributario mette a disposizione del contribuente, cioè poste sullo stesso piano e aventi pari dignità fiscale e, perciò, la decisione di propendere per uno o per l'altro percorso rappresenta quella libertà di scelta che il legislatore, nell'art. 10-*bis* l. 212/2000, ha attribuito al contribuente. Per questa ragione, pertanto, l'Agenzia non ha ravvisato la presenza di alcun indebito vantaggio fiscale, non essendo sufficiente che l'operazione comportasse un beneficio per il contribuente, essendo necessaria anche la sua natura indebita affinché potesse essere ravvisata la fattispecie abusiva. In secondo luogo, l'altro elemento fondamentale che deve sussistere per far sì che l'operazione analizzata non sia classificata come elusiva è che, come nei casi esposti nel precedente paragrafo, non venga meno il regime d'impresa nella scissa, così come nelle beneficiarie. Infatti, nella risposta 97/E/2017 è previsto che: «resta inteso che, affinché non siano ravvisabili profili di abuso del diritto, la scissione deve caratterizzarsi come un'operazione di riorganizzazione aziendale finalizzata all'effettiva continuazione dell'attività imprenditoriale da parte di ciascuna società partecipante». Sul punto, inoltre, è opportuno sottolineare come l'Agenzia ponga l'accento sulla continuazione dell'attività piuttosto che sui soggetti che la proseguiranno, giustificando ulteriormente l'operazione sul piano fiscale. Tale risposta è stata accolta positivamente anche da Assonime, la quale ha evidenziato come la scissione, quand'anche seguita dalla cessione di partecipazioni nella beneficiaria o nella scissa, non comporta di per sé alcun trasferimento realizzativo dei beni di primo grado (immobili, macchinari, ecc.), i quali restano sempre nel regime di impresa⁴⁵⁴. Di conseguenza, continua Assonime, operazioni come quelle presentate nella risoluzione 97/E/2017 sono meramente funzionali a consentire il passaggio da una cessione diretta dei beni d'impresa ad una loro cessione indiretta, che sono opzioni con pari dignità fiscale. Questa risoluzione, pertanto, rappresenta il superamento dell'orientamento passato, secondo il quale si ravvisava

⁴⁵³ Si ritiene che si debba giungere alle medesime conclusioni qualora vengano cedute le partecipazioni della beneficiaria.

⁴⁵⁴ Circolare Assonime del 3 agosto 2017, n. 20.

costantemente una fattispecie abusiva nelle scissioni seguita dalla cessione delle quote nelle beneficiarie o nella scissa. Sulla stessa linea d'onda si colloca la risposta ad interpello del 29 gennaio 2019, n. 13⁴⁵⁵. Il fatto presentato consisteva in una complessa operazione costituita da una scissione parziale proporzionale a favore di una beneficiaria neocostituita seguita dalla cessione della partecipazione totalitaria nella società scissa a un terzo soggetto. In particolare, l'Agenzia ha confermato che il trasferimento di un'azienda o di un ramo di essa possa avvenire anche per mezzo di una cessione delle partecipazioni della società contenente l'azienda, anche qualora essa sia preceduta da una scissione volta ad individuare l'azienda, o il ramo d'azienda, destinata ad essere ceduta, senza che possa essere rinvenuta la fattispecie abusiva ai sensi dell'art. 10- bis l. 212/2000. A fondamento della propria posizione interpretativa, l'Amministrazione Finanziaria ha posto, anche in questo caso, l'assenza di un indebito risparmio d'imposta, realizzato, cioè, in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Un'altra questione su cui queste due risposte si sono soffermate è quella inerente al rapporto tra la norma generale antiabuso (art. 10-bis l. 212/2000) e l'art. 20 d.p.r. n. 131/1986 (TUR)⁴⁵⁶. In particolare, la situazione era la seguente: se da un lato gli operatori prediligevano le forme di circolazione "indiretta" delle aziende, dall'altro gli Uffici andavano ad individuare gli effetti economici delle varie operazioni al fine di applicare le imposte di registro come se fosse stato stipulato un atto giuridico corrispondente a tali effetti, riqualificando, di fatto, le operazioni di scissione (ma anche di conferimento) seguite da cessione delle partecipazioni in cessioni d'azienda e trasformando, in sostanza, un atto tassabile in misura fissa in una soggetta ad imposta proporzionale⁴⁵⁷. Sul punto, l'Agenzia ha affermato che non è necessario formulare alcuna osservazione in merito alla qualificazione abusiva dell'operazione ai sensi dell'art. 10-bis, in ragione della sua natura residuale⁴⁵⁸, e si deve applicare, invece, l'art. 20 del TUR. Dunque, in sostanza, secondo l'Amministrazione Finanziaria, l'operazione combinata "scissione e cessione di partecipazioni" deve essere valutata in conformità alla giurisprudenza di legittimità in materia di riqualificazione degli atti collegati di conferimento e cessione di

⁴⁵⁵ Un'altra risposta ad interpello che appartiene a questo orientamento è la n. 53/2019.

⁴⁵⁶ «L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici, dell'atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi». In pratica, ai fini delle imposte d'atto, le operazioni di cessione d'azienda derogano al regime di sostanziale neutralità che caratterizza le operazioni straordinarie quali i conferimenti d'azienda e le scissioni. Così, ALBANO G. e DI CAVE S., *L'abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale*, in *Corriere Tributario*, 2017, n. 42, p. 3259.

⁴⁵⁷ ALBANO G. e DI CAVE S., *op. cit.*

⁴⁵⁸ Si ricordi il comma 12 dell'art. 10-bis l. 212/2000.

partecipazioni⁴⁵⁹. Sul punto è intervenuta Assonime⁴⁶⁰, la quale, al di là del contenuto delle sentenze richiamate, afferma che tale giurisprudenza non è estendibile anche alle fattispecie di scissione e cessione di partecipazioni. La ragione risiede nel fatto che mentre nelle operazioni di conferimento e conseguente cessione di partecipazioni il soggetto conferente ottiene, per effetto di tale combinazione, una somma in denaro in contropartita dell'alienazione del ramo d'azienda, nel caso in cui l'operazione propedeutica alla cessione delle partecipazioni sia una scissione, la scissa non ottiene alcunché in cambio e a loro volta i soci, per effetto della medesima operazione, si troverebbero nella situazione di possedere una partecipazione la cui cessione non potrebbe ricevere un trattamento diverso da quello che si sarebbe verificato se i soci avessero ceduto la partecipazione originaria "ante scissione".

L'orientamento relativo all'imposta di registro viene, infine, superato dalla risposta a interpello n. 13/2019. In essa, infatti, viene affermato che la cessione indiretta di un ramo aziendale, previa sua individuazione mediante una scissione, «non configura il conseguimento di un vantaggio indebito realizzato in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario», dal momento che «la tassazione in misura fissa nell'ambito dell'imposta di registro risponde ad esigenze che nulla hanno a che vedere con la tassazione di capacità contributiva e che quindi non possono ritenersi "vantaggi fiscali" concessi dal legislatore a fronte della manifestazione di una capacità contributiva». Di conseguenza, conclude l'Agenzia, «i contribuenti che, anche motivati dalla finalità di minimizzare il loro carico impositivo, scelgono di trasferire l'azienda mediante la cessione delle partecipazioni, previo loro conferimento in un apposito veicolo, non può essere ritenuto abusivo, difettando proprio il contrasto con la ratio di disposizioni o principi desumibili dall'imposta di registro».

3.2.2 La scissione seguita da circolazione indiretta di un singolo bene

I dubbi in merito ai profili di abuso del diritto in relazione alla scissione seguita dalla cessione delle partecipazioni si fanno ancora più forti quando, in seguito a siffatta operazione, sia mantenuto ovvero trasferito un patrimonio non avente la natura di complesso aziendale *ex art. 2555 c.c.*: infatti, nella stessa risoluzione 97/E/2017 viene affermato che l'operazione, affinché non venga ravvisata come fattispecie elusiva, non deve coinvolgere «società sostanzialmente costituite solo da liquidità, *intangibles* o immobili, bensì società che esercitano prevalentemente attività commerciali ai sensi dell' art. 87, co. 1, lett. d), del TUIR». In questo modo viene limitata la liceità dell'operazione solo ai casi che permettevano la circolazione indiretta dell'azienda o

⁴⁵⁹ Nello specifico, nella risoluzione 97/E/2017 vengono richiamate le sentenze Cass. civ., Sez. V, 18 dicembre 2015, n. 25487; Cass. civ., Sez. V, 11 maggio 2016, n. 9582; Cass. civ., Sez. V, 15 marzo 2017, n. 6758.

⁴⁶⁰ Circolare Assonime del 3 agosto 2017, n. 20.

di un suo ramo, restando escluse, quindi, quelle in cui venivano trasferiti indirettamente singoli *asset*. L’Agenzia, dunque, aveva subordinato l’assenza di profili abusivi dell’operazione al carattere “riorganizzativo” della scissione, ossia all’effettiva continuazione dell’attività imprenditoriale da parte di ciascuna società partecipante alla scissione. Perciò, non ravvisandosi tale condizione, la scissione doveva considerarsi finalizzata alla semplice veicolazione di singoli beni, effettuata tramite la successiva cessione di partecipazioni, in luogo della cessione diretta degli stessi, e quindi configurare un indebito vantaggio fiscale, tale da far rientrare quest’operazione nell’ambito di applicazione della disciplina antiabuso, qualora sussistano, chiaramente, anche le ulteriori condizioni. Pertanto, mentre la scissione di singoli *asset* non seguita da altre operazioni, indipendentemente dalla forma con cui venisse realizzata, restava un’operazione non elusiva, la scissione dei medesimi beni con successiva cessione delle partecipazioni del veicolo societario che li contiene tornava ad essere considerata un’operazione abusiva. Secondo una parte della dottrina, tale orientamento sarebbe desumibile dall’art. 176 co. 3 TUIR, dal quale sarebbe rinvenibile «il principio secondo cui la circolazione dei beni isolati, a differenza della circolazione di aziende o rami d’azienda, non può beneficiare della traslazione dell’onere impositivo in capo al cessionario»⁴⁶¹. Sul punto Assonime è intervenuta in due occasioni, sia prima che dopo la pubblicazione della risposta n. 97/E/2017⁴⁶². In entrambi i casi, viene argomentato che il risultato che si viene ad ottenere per mezzo della sequenza ipotizzata non è dissimile da ciò che si sarebbe verificato nel caso in cui una società avesse già posseduto *ab origine* un bene singolo e, successivamente, si sarebbe proceduto alla cessione delle sue partecipazioni di controllo, con la conseguenza che tale scelta sarebbe stata certamente ritenuta legittima e non abusiva. Perciò, essendo assodato che «la scelta tra *asset deal* e *share deal* è del tutto fisiologica anche quando la società partecipata risulti titolare di un bene singolo (e non di un’azienda), non sarebbe sistematicamente coerente considerare elusiva un’operazione come la scissione che si limita, per l’appunto, a riportare il contribuente nella condizione di poter effettuare questa scelta⁴⁶³». Dunque, secondo Assonime, in altre parole, la scissione sarebbe sostanzialmente un’operazione propedeutica a permettere al contribuente di

⁴⁶¹ SCARIONI P. e ANGELUCCI P., *op. cit.*

⁴⁶² Nello specifico, nelle già citate circolari n. 21/2016 e 20/2017.

⁴⁶³ Occorre precisare che, tuttavia, Assonime afferma che possono sussistere casi particolari nei quali la veicolazione tramite una società riguarda beni di primo grado soggetti a limiti o a vincoli di circolazione, nei quali sarebbe, quindi, configurabile un indebito vantaggio fiscale. In particolare, l’Associazione fa l’esempio del caso in cui un’eccedenza IRES venga fatta confluire tramite scissione in una società-veicolo che poi sia trasferita a terzi in modo da consentire a questi ultimi - tramite, ad esempio, l’ingresso della stessa società veicolo in una *fiscal unit* preesistente - di utilizzare tale eccedenza avvalendosi del meccanismo di compensazione. Questa ipotesi potrebbe ritenersi in contrasto con la ratio della disciplina che consente di trasferire le eccedenze IRES solo nell’ambito del gruppo in cui si sono formate (art. 43 del D.P.R. n. 600/1973) e che, viceversa, permette di cedere a terzi i soli crediti chiesti a rimborso nella dichiarazione dei redditi (art. 43- *bis* del D.P.R. n. 600/1973).

poter scegliere, come gli è concesso dal comma 4 dell'art. 10-*bis* dello Statuto, tra due regimi che, come ricorda la stessa Agenzia, sono di pari dignità fiscale e questa condizione deve sussistere indipendentemente dalla natura dei beni che vengono trasferiti, sia che essi siano in grado di comporre un'azienda ai sensi dell'art. 2555 c.c., sia, viceversa, non lo siano, ciò anche in considerazione della circostanza che, per i singoli beni d'impresa, così come per le aziende, non esiste un principio che imponga la cessione diretta in luogo di quella indiretta.

Inoltre, un'altra parte della dottrina ha osservato che nella combinazione di operazioni considerata che coinvolge un singolo bene e preceduta da una scissione, non è possibile trovare la violazione di una *ratio* e che i due possibili percorsi, *share deal* e *asset deal*, non sono omogenei dal punto di vista giuridico ed economico⁴⁶⁴. Infatti, la vendita diretta del singolo cespite trasferisce la proprietà dello stesso, mentre la cessione delle partecipazioni, ancorché il bene sottostante sia il medesimo, trasferisce lo *status* di socio e la proprietà solo indiretta del bene. Ciò significa che, per giungere al medesimo risultato finale, occorrerà che la società "trasferita" assegni il cespite all'acquirente delle partecipazioni della stessa, fattispecie che genera l'imposizione fiscale. Ne consegue che la differenza tra regimi fiscali pare essere giustificata sul piano sistematico e, dunque, l'Agenzia non può eccepire alcunché sul trasferimento indiretto di un singolo bene, ancorché preceduto da una scissione.

A queste osservazioni, che paiono essere condivisibili, occorre aggiungere anche quanto affermato nel paragrafo precedente, relativamente alla continuazione dell'attività d'impresa. Infatti, non è necessario soffermarsi su chi sia il soggetto che proseguirà l'attività operativa, essendo sufficiente che il patrimonio trasferito sia destinato a permanere all'interno del circuito imprenditoriale, indipendentemente, dunque, dalla sua conformazione⁴⁶⁵. Coerentemente con quanto scritto in precedenza⁴⁶⁶, anche qualora gli *asset* fuoriuscissero dal regime d'impresa per essere utilizzati personalmente dai soci acquirenti, non dovrebbe rinvenirsi alcun abuso in quanto sarebbe applicabile la disciplina delle società di comodo. Si evidenzia, infine, che un ulteriore indizio in linea con questa interpretazione sarebbe rinvenibile nella già richiamata risposta a interpello n. 13/2019, ove viene ribadito il principio di carattere generale della pari dignità fiscale tra "cessione diretta" e "cessione indiretta" d'azienda già affermata in occasione della risoluzione n. 97/E/2017, senza, però, effettuare alcuna limitazione di sorta in relazione alle scissioni aventi ad oggetto singoli beni.

⁴⁶⁴ DE ROSA F., *op. cit.*

⁴⁶⁵ Si veda anche quanto affermato nel par. 3.1.4 per la semplice scissione di un singolo bene, oramai accettata nell'ordinamento fiscale.

⁴⁶⁶ V. *supra* pp. 107-108.

3.2.3 Altre questioni relative alla scissione seguita da circolazione indiretta di beni

Restano, infine, da analizzare alcuni casi di scissione seguita da alienazione di partecipazioni nella scissa o nella beneficiaria che presentano alcune peculiarità. In particolare, verrà presentata una fattispecie che coinvolge una donazione invece di una cessione di quote, un'altra che realizza un passaggio generazionale mediante successione *mortis causa*, una terza che prevede la rivalutazione delle partecipazioni prima della loro cessione e, infine, una che contempla una rinuncia ad un credito.

Negli orientamenti passati, le posizioni rigide espresse dall'Agenzia in merito alla circolazione indiretta di beni aziendali trovava una deroga nel caso in cui tale passaggio di proprietà avvenisse per mezzo di una donazione effettuata nell'ambito del nucleo familiare, al fine di assicurare il passaggio generazionale dell'impresa. Si prenda ad esempio la risoluzione del 22 marzo 2007, n. 58, che riguardava una scissione immobiliare parziale e proporzionale seguita dalla donazione da parte del socio di maggioranza delle proprie quote in parti uguali ai 3 figli. L'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che tale operazione non integrasse alcuna fattispecie elusiva in quanto volta a favorire il ricambio generazionale nell'ottica di una continuità nella gestione dell'azienda di famiglia. Ancora, con la successiva risoluzione del 4 ottobre 2007, n. 281/E l'Agenzia delle Entrate ha affrontato il caso di una scissione immobiliare parziale e proporzionale seguita dalla donazione delle azioni detenute dal socio di controllo nella società scissa a favore dei figli, e questi, in seguito al trasferimento a titolo gratuito, mantenevano la titolarità della propria percentuale di partecipazione. Anche in quest'occasione, l'Agenzia delle Entrate ha sostenuto la legittimità della donazione, la quale era preordinata, anche in questo caso, alla necessità di un ricambio generazionale nell'esercizio dell'attività. Inoltre, affinché non fossero ravvisabili profili elusivi, era ritenuto necessario che la descritta operazione non fosse, di fatto, «volta alla mera assegnazione dei beni della scissa o della beneficiaria ai soci attraverso la formale attribuzione dei medesimi a società di “mero godimento”, non connotate da alcuna operatività, al solo scopo di rinviare *sine die* la tassazione delle plusvalenze latenti sui beni trasferiti usufruendo del regime di neutralità fiscale, ma al contrario si caratterizzasse come operazione di riorganizzazione aziendale finalizzata all'effettiva continuazione dell'attività caratteristica - da parte della scissa - e di quella immobiliare - ad opera della beneficiaria»⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ Con riguardo all'attribuzione a società di “mero godimento”, si veda quanto affermato nel paragrafo 3.1.5, pp. 107-108.

Pertanto, la non elusività di tali operazioni sarebbe rinvenibile nella volontà dei soci di effettuare un passaggio generazionale, la quale rappresenterebbe la valida ragione economica posta alla base delle operazioni di scissione. Occorre tuttavia sottolineare che, seppur incidentalmente, nella risoluzione n. 56/E del 2007 veniva affermato che «l'operazione di scissione potrebbe assumere [...] valenza elusiva qualora rappresentasse solo la prima fase di un più complesso disegno unitario finalizzato alla successiva rivendita o donazione delle quote societarie delle beneficiarie da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili) ai beni di secondo grado (quote di partecipazione) soggetti a un più mite regime di tassazione», introducendo più di qualche dubbio sulla solidità della linea interpretativa principale.

Ad ogni modo, l'orientamento di liceità di tale combinazione di operazioni è stato mantenuto anche in seguito all'introduzione dell'art. 10-*bis* l. 212/2000. Nella risposta a interpello del 27 ottobre 2021, n. 746, due fratelli, soci al 50% ciascuno in due s.a.s. immobiliari, per separarsi, intendevano effettuare due scissioni non proporzionali asimmetriche seguite da una donazione di quote di minoranza ai rispettivi figli per poter ricostituire la pluralità dei soci richiesta per le società di persone. L'Agenzia delle Entrate, non rinvenendo alcun vantaggio fiscale indebito, ha considerato la duplice operazione lecita sotto il piano tributario, sancendo, una volta per tutte la legittimità della scissione seguita dalla donazione delle quote ottenute per effetto di essa.

È possibile trovare una particolare fattispecie di passaggio generazionale nella già menzionata risposta n. 343/2019⁴⁶⁸. In particolare, essa prevedeva che, una volta effettuata la scissione, negli statuti delle beneficiarie sarebbe stata inserita una specifica clausola che consentisse alle “Azioni B” di riacquistare il diritto di voto al verificarsi del decesso dell'esponente di prima generazione, in modo tale da far sì che i soci di seconda generazione venissero a detenere la piena proprietà del 100% delle azioni aventi diritto di voto nelle beneficiarie facenti capo a loro. Successivamente, al momento del decesso dell'esponente di seconda generazione, il trasferimento *mortis causa* della piena proprietà delle azioni della beneficiaria in favore dei propri discendenti avverrebbe, ai sensi dell'art. 2347 c.c., con la costituzione di una comproprietà e la nomina di un rappresentante comune che disporrebbe della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria ai sensi dell'art. 2359, co. 1, n. 1) c.c. In questo modo, gli esponenti di terza generazione acquisirebbero il controllo della beneficiaria e il trasferimento non dovrebbe scontare l'imposta di successione, ai sensi dell'art. 3, co. 4-*ter*, primo periodo, del d.lgs. n. 346 del 1990⁴⁶⁹, ove, chiaramente, fossero ottemperati gli ulteriori requisiti

⁴⁶⁸ Per i tratti caratteristici dell'operazione, v. *supra* p. 99.

⁴⁶⁹ «I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile

richiesti. L’Agenzia ha evidenziato come siffatta riorganizzazione, finalizzata a preordinare le condizioni necessarie al passaggio generazionale *mortis causa* delle attività in favore degli esponenti di terza generazione, non integri un disegno abusivo ai sensi dell’art. 10-*bis* della l. 212/2000, non consentendo la realizzazione di alcun vantaggio fiscale indebito. Infine, l’Agenzia delle Entrate ha precisato che «il trasferimento *mortis causa* della quota azionaria corrispondente all’intero capitale sociale di ciascuna società beneficiaria dagli esponenti di seconda generazione a favore degli esponenti di terza generazione (limitatamente ai discendenti ed al coniuge), ai fini dell’imposta di successione, sarà esente, purché vengano rispettate le condizioni di legge sopra illustrate *ratione temporis* ovvero, sia trasferita una quota di partecipazione di controllo di cui all’ articolo 2359, primo comma, n. 1) del codice civile e che i beneficiari proseguano l’attività d’impresa per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento». La scissione, dunque, diviene così anche uno strumento utile a realizzare il trasferimento delle partecipazioni da una *governance* ad un’altra, senza che vi sia alcuno spostamento di tassazione dai beni di primo grado a quelli di secondo grado, a patto che sia perseguita la continuità aziendale, così come richiesto dall’ordinamento.

Un’altra variabile che può essere inserita nella fattispecie in analisi in questo paragrafo è quella della previa rivalutazione delle partecipazioni che verranno cedute. Troviamo questa circostanza, ad esempio, nel parere del Comitato antielusione del 4 ottobre 2006, n. 27⁴⁷⁰ e nella risposta a interpello n. 97/E/2017⁴⁷¹. Tuttavia, pare che tale circostanza non abbia giocato alcun ruolo nelle conclusioni cui sono pervenuti i soggetti interpellati⁴⁷² e, dal momento che nella risposta 97/E/2017, ove viene sancita la legittimità dell’operazione così come presentata all’Agenzia, non viene menzionato tale aspetto, è lecito ritenere che la rivalutazione delle partecipazioni precedente alla cessione a terzi, al chiaro fine di ridurre l’ammontare della plusvalenza imponibile, non permetta di ottenere alcun vantaggio fiscale indebito. Ad ulteriore conferma di ciò, si sostenga anche che si verrebbe a creare un paradosso molto simile a quello precedentemente analizzato da Assonime per la circolazione indiretta di un singolo bene⁴⁷³. Infatti, sarebbe illogico ritenere che la previa rivalutazione fosse abusiva nel caso in cui non fosse occorsa la scissione, dal momento che tale possibilità è espressamente prevista

a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all’imposta».

⁴⁷⁰ In particolare, i soci, prima di procedere alla cessione delle proprie quote, avevano dichiarato di volersi avvalere dell’opportunità di rivalutarle versando l’imposta sostitutiva del 4%, ai sensi dell’art. 5 della l. 448/2001.

⁴⁷¹ Anche in questo caso i soci, prima di alienare le partecipazioni, volevano rivalutarle, pagando, però, l’imposta sostitutiva dell’8%, così come previsto nelle modificazioni nel frattempo occorse all’art. 5 della l. 448/2001.

⁴⁷² Così, DELLA VALLE E., *L’elusione nella circolazione indiretta del complesso aziendale*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p. 375.

⁴⁷³ V. *supra* p. 117-118.

dall'ordinamento e, di conseguenza, la scissione deve essere ritenuta come mero strumento di individuazione del patrimonio da trasferire, dando per assodato, ormai, che la circolazione indiretta dei beni debba essere considerata lecita.

Tuttavia, in una recente risposta ad interpello⁴⁷⁴, è stata dichiarata l'abusività di un'operazione di scissione che prevedeva una rivalutazione delle azioni, le quali, però, sarebbero state acquisite successivamente dalla medesima società che le aveva emesse. La risposta riguarda un'operazione di riorganizzazione realizzata da quattro soci persone fisiche legati da rapporti di parentela ed avente ad oggetto la società di famiglia Alfa. Al fine di separare il ramo d'azienda finanziario da quello operativo, i soci volevano attuare una scissione parziale proporzionale, trasferendo il ramo alla società beneficiaria di nuova costituzione Beta. Una volta perfezionata l'operazione, Beta avrebbe acquistato azioni proprie, corrispondenti al 10% del capitale sociale, da due dei quattro soci che sarebbero fuoriusciti dalla compagine societaria, i quali, prima della cessione, avrebbero provveduto alla rivalutazione delle proprie partecipazioni, pagando un'imposta sostitutiva dell'11%⁴⁷⁵. In questo modo, i soci superstiti (marito e moglie) avrebbero preconstituito le condizioni per attuare il passaggio generazionale di Beta a favore dei figli, tramite la stipulazione di appositi patti di famiglia. L'Agenzia delle Entrate, da un lato, ha confermato la legittimità della scissione, finalizzata ad una gestione più efficiente delle attività finanziarie oggetto di trasferimento. Dall'altro, ha contestato la genuinità dell'operazione di acquisto di azioni proprie precedentemente rivalutate ritenendo che il ricorso alla rivalutazione integrasse un'ipotesi di abuso del diritto in capo ai soci uscenti, ex art. 10-bis, l. 212/2000, classificando, dunque, l'operazione nel suo complesso come elusiva. A parere dell'Agenzia delle Entrate, infatti, la cessione delle azioni rivalutate a favore di Beta, che prospettava in seguito di ridurre il capitale sociale, avrebbe comportato in capo ai Soci uscenti il conseguimento di un vantaggio fiscale indebito, dato dall'elusione delle disposizioni fiscali in materia di recesso c.d. tipico⁴⁷⁶. Inoltre, la sequenza negoziale descritta sarebbe stata priva

⁴⁷⁴ In particolare, risposta ad interpello dell'8 febbraio 2021, n. 89.

⁴⁷⁵ In particolare, ai sensi dell'art. 1, co. 1122 e 1123, della l. 178/2020, che ha previsto una riapertura dei termini per la rivalutazione delle partecipazioni ai sensi dell'art. 5 l. 448/2001.

⁴⁷⁶ In questo caso, secondo l'Agenzia, verrebbe aggirato quanto previsto nell'art. 47 co.7 TUIR. In particolare, dal momento che probabilmente la beneficiaria acquisterebbe le partecipazioni al valore rivalutato, i soci persone fisiche uscenti pagherebbero l'imposta sostitutiva dell'11% prevista per la rivalutazione in luogo della ritenuta d'imposta del 26% da applicare per il recesso tipico sulla parte che eccede il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Inoltre, questa circostanza è realizzabile dal momento che il valore rivalutato può essere utilizzato in sede di computo del *capital gain* su espressa previsione del legislatore al fine di «incentivare la circolazione delle partecipazioni, anche nell'ottica di agevolare lo sviluppo e la crescita del mercato finanziario italiano» (cfr. relazione generale della V commissione permanente al disegno di Legge n. 1985, nonché le circolari dell'Agenzia delle Entrate del 31 gennaio 2002, n. 12/E e del 22 aprile 2005, n. 16/E e la risposta a interpello del 23 agosto 2019, n. 341), mentre, come chiarito dall'Agenzia nella circolare del 5 giugno 2002, n. 47/E, esso è irrilevante per il calcolo delle imposte delle fattispecie descritte nell'art. 47 TUIR.

di sostanza economica e non supportata da ragioni extrafiscali non marginali. Tale conclusione ha generato qualche critica⁴⁷⁷. Innanzitutto, le argomentazioni dell’Agenzia delle Entrate paiono essere contraddittorie. Infatti, da un lato, la risposta sembra legittimare l’operazione di acquisto di azioni proprie da un punto di vista giuridico, affermando che «la plusvalenza derivante da tale cessione costituirà un reddito diverso assoggettato all’imposta sostitutiva», mentre dall’altro ne disconosce gli effetti fiscali tipici, basandosi soltanto sul presupposto della previa rivalutazione effettuata dai soci uscenti (la plusvalenza «verrà (...) azzerata laddove i soci cedenti dovessero aderire ad una legge di rivalutazione delle partecipazioni medesime»). In sostanza, l’unico elemento su cui l’Agenzia qualifica l’operazione come abusiva sembra essere la previa rivalutazione delle partecipazioni.

Tale ragionamento non può essere condivisibile, dal momento che non è possibile differenziare il trattamento fiscale di una determinata fattispecie a seconda che si sia precedentemente aderito ad un determinato regime fiscale legittimamente applicato. Perciò, il risparmio d’imposta conseguito dai soci uscenti per il tramite della rivalutazione deve essere ritenuto lecito, fisiologico e non, dunque, indebito. In particolare, questo tratto non può essere rinvenuto dal momento che non si è realizzato alcun aggiramento della *ratio* della legge sulla rivalutazione, poiché la finalità della stessa è quella di incentivare la cessione (onerosa) delle partecipazioni e il disinvestimento dei soci nell’ottica di favorire lo sviluppo del mercato finanziario italiano. Ne consegue che, in presenza di un’effettiva cessione azionaria, il risparmio di imposta connesso alla rivalutazione deve ritenersi legittimo indipendentemente dal soggetto acquirente, dal momento che le disposizioni normative che disciplinano la rivalutazione non ne ancorano la spettanza alla natura del cessionario⁴⁷⁸. Ciò significa che non deve essere mossa alcuna contestazione sia nel caso in cui l’acquirente sia un soggetto estraneo alla compagine sociale, che in quello in cui le partecipazioni rivalutate vengano cedute ai soci superstiti⁴⁷⁹. Infine, si deve giungere alla medesima conclusione nel caso in cui l’acquirente delle partecipazioni sia la stessa società che le ha emesse, nei limiti, chiaramente, delle disposizioni civilistiche. In questo caso, continuano gli Autori, l’ipotesi di abuso potrebbe sussistere «laddove l’acquisto di azioni

⁴⁷⁷ Sul punto, ANTONINI M. e ZOPPIS G., *Realmente abusiva la cessione delle partecipazioni rivalutate?*, il Il Fisco, 2021, n. 14, p. 1325. Dal quale sono riprese anche le considerazioni fatte in seguito.

⁴⁷⁸ Sul punto nella sentenza Cass. civ., sez. trib., 6 novembre 2020, n. 24839, è stato affermato che: «in presenza di operazioni di cessione effettive e non fittizie di un pacchetto azionario [...] non appare chiaro del come e del perché l’accesso a quella opzione fiscale agevolata abbia potuto rappresentare l’indispensabile presupposto del complessivo meccanismo abusivo, architettato dal socio - contribuente e teso a nascondere la sua effettiva capacità contributiva».

⁴⁷⁹ Cfr. la risposta a interpello del 5 agosto 2020, n. 242 con cui l’Agenzia delle Entrate ha escluso profili abusivi con riferimento al disinvestimento definitivamente effettuato da taluni soci uscenti tramite la cessione di azioni previamente rivalutate a favore dei soci superstiti, nel presupposto che «è nella libera scelta dei soci uscenti recedere dalla società mediante il recesso atipico». Negli stessi termini con la risposta del 5 gennaio 2021, n. 4.

proprie sia strettamente contestuale (e specificamente finalizzato) all'annullamento delle partecipazioni acquistate [...] impedendone in radice la circolazione sul mercato». Tuttavia, nel caso presentato all'Agenzia viene precisato che «non è previsto l'annullamento delle azioni proprie acquistate», prospettando la costituzione di una riserva negativa di patrimonio netto e la contestuale registrazione di un debito nei confronti dei soci uscenti, venendo di fatto, dunque, escluso il contestuale annullamento delle azioni. Per queste ragioni, non essendo ravvisato alcun vantaggio fiscale indebito, si può concludere per la non abusività dell'operazione, senza che sia necessario effettuare ulteriori valutazioni.

Tuttavia, per completezza d'esposizione, si ritiene doveroso effettuare altre osservazioni. Innanzitutto, sempre secondo gli Autori, la cessione a titolo oneroso delle partecipazioni non sarebbe fungibile rispetto al recesso "tipico", in quanto il diritto a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 2347 c.c., può essere esercitato solo nei casi previsti dalla legge o dallo statuto sociale e, perciò, si può sostenere che la fattispecie messa in atto rappresenterebbe un mero disinvestimento della partecipazione. In secondo luogo, si ricordi che ai sensi dell'art. 10-bis, co. 4, l. 212/2000, vi è la possibilità per il contribuente di scegliere tra gli atti, i fatti e i contratti che gli consentono di minimizzare il carico fiscale nell'esercizio della sua libertà di iniziativa economica. Quindi, in presenza di un vantaggio fiscale lecito, l'Amministrazione Finanziaria non ha il potere di contestare il ricorso ad un certo negozio in luogo di altri, comprimendo illegittimamente la facoltà di scelta tra regimi opzionali diversi e tra operazioni comportanti un differente carico fiscale. Anche l'asserita non conformità alle "normali logiche di mercato" pare non essere condivisibile. Infatti, l'acquisto di azioni proprie viene espressamente regolata dal legislatore civile nell'art. 2357 c.c. e, pertanto, la sua messa in atto deve essere considerata di per sé coerente con le "normali logiche di mercato".

Infine, è stato individuato un altro percorso, alternativo alla rivalutazione delle partecipazioni, che permette di abbattere la base imponibile sulla quale calcolare le imposte sulla plusvalenza realizzata. Esso consiste nel trasferimento nella beneficiaria di crediti nei confronti dei soci della scissa i quali, prima di vendere le quote ottenute in seguito alla scissione, rinuncerebbero al proprio diritto di credito nei confronti della beneficiaria, generando un incremento del valore fiscale della partecipazione per il calcolo della plusvalenza. Nella risposta all'interpello del 2 febbraio 2021, n. 78, un *trust* è socio unico di Beta Consulting S.r.l., società operante nel settore della costruzione e progettazione di edifici, che, a sua volta, è socia al 90% della Teta S.r.l., la quale svolge attività di compravendita di beni immobili. Originariamente le quote della Beta erano detenute da due coniugi i quali, in un secondo momento, avevano costituito il *trust* e, solo successivamente all'atto del trasferimento delle partecipazioni, i coniugi hanno fatto confluire

nel *trust* i loro crediti da finanziamento nei confronti della Beta Consulting. Ad un certo punto si avvia una trattativa per la vendita della Teta S.r.l., attraverso la quale si genererebbe una rilevante plusvalenza in capo alla Beta Consulting, che non potrebbe peraltro accedere al regime della *participation exemption* di cui all'art. 87 del TUIR⁴⁸⁰. Viene pertanto proposto il seguente percorso alternativo: attraverso una scissione di Beta Consulting, verrebbe costituita la Teta Tre S.r.l., ove sarebbero confluiti la partecipazione in Teta S.r.l. e parte del debito da finanziamento nei confronti del *trust*, venendosi a realizzare una scissione negativa⁴⁸¹; una volta effettuata l'operazione, il socio avrebbe rinunciato alla restituzione del credito nei confronti della Teta Tre, aumentando così il costo fiscale della partecipazione in quest'ultima⁴⁸². A completamento della descrizione, viene precisato che Teta Tre acquisterebbe anche il residuo 10% delle partecipazioni nella Teta, in modo tale da diventare socia al 100% della controllata. Il percorso alternativo si conclude con la cessione da parte del *trust* delle partecipazioni di controllo di Teta Tre, realizzando il trasferimento a terzi, seppur in maniera indiretta, della società Teta, ottenendo una plusvalenza più contenuta rispetto al percorso lineare, conseguente alla rinuncia del credito da finanziamento. Nell'operazione così descritta, l'Agenzia delle Entrate rileva la fattispecie abusiva dal momento che «il vantaggio fiscale è da considerarsi indebito in quanto conseguito in aggiramento delle disposizioni tributarie in materia di determinazione della plusvalenza, ai sensi degli artt. 86 e 87 del TUIR, nonché della disciplina delle rinunce ai crediti vantati dai soci, ai sensi dell'art. 101, comma 7 del medesimo TUIR. La capitalizzazione della *newco* (beneficiaria della scissione sopra descritta) operata per il tramite della predetta rinuncia a credito da parte del *trust*, [...] appare finalizzata esclusivamente a ridurre il carico fiscale dell'operazione, facendo emergere che i diversi soggetti giuridici coinvolti nelle operazioni sopra descritte (sostanzialmente riconducibili ai disponenti) si precostituiscono le condizioni per ridurre la base imponibile della plusvalenza idonee a far conseguire loro un vantaggio fiscale».

Tali conclusioni non paiono convincenti ed è, dunque, possibile fare qualche osservazione in merito⁴⁸³. Il passaggio che appare a prima vista più critico nella valutazione dell'operazione sembra essere quello della rinuncia al credito da finanziamento, grazie alla quale la società partecipata registra un incremento del valore fiscale da considerare per il calcolo della

⁴⁸⁰ Si ricordi, infatti, che una delle condizioni per l'applicazione di tale regime fiscale è che la società partecipata deve esercitare attività commerciale, condizione non soddisfatta dalla Teta S.r.l.

⁴⁸¹ Si ricordi che la scissione negativa è una particolare forma di scissione ove la beneficiaria ottiene un patrimonio con saldo contabile negativo, ma con valore economico positivo.

⁴⁸² Come previsto ai sensi dell'art. 101, co. 7 TUIR.

⁴⁸³ Tale risposta a interpello viene analizzata in DE ROSA F., *Rinuncia al credito e scissione: profili di elusività nella pianificazione fiscale?*, in *Il Fisco*, 2021, n. 12, p. 1111, da cui sono tratte le successive osservazioni.

plusvalenza, verificandosi, secondo l’Agenzia, un indebito vantaggio fiscale. Tuttavia, si può affermare che, qualora il socio non rinunciasse al credito, il prezzo di vendita dovrebbe essere corrispondentemente più basso, perché la società resterebbe gravata di una passività in più; viceversa, con la rinuncia, il prezzo può essere più alto nella stessa misura del credito, perché la società non dovrà più rimborsare il finanziamento al socio, e contemporaneamente aumenta il costo fiscale della partecipazione, mantenendo la plusvalenza allo stesso livello. In altre parole, in caso della mancata rinuncia, il *trust* avrà comunque diritto di ottenere ciò che gli spetta e, dunque, la fattispecie deve essere considerata simmetrica e del tutto neutrale dal punto di vista delle imposte sui redditi. Spostando l’attenzione sull’operazione di scissione, anche alla luce delle valutazioni fatte in precedenza, è ormai assodato che essa, seguita da un’operazione di cessione delle partecipazioni della beneficiaria, non possa configurare un abuso del diritto. Infatti, anche in questo caso, la Beta Consulting non vende la sua partecipazione nella Teta S.r.l., ma il *trust*, suo socio, la divide con una scissione e separa il ramo holding, che coincide nei fatti con la partecipazione da alienare, con lo scopo di cedere la società che detiene questa partecipazione. La legittimità dell’operazione, però, potrebbe riguardare il fatto che, sostanzialmente, oggetto del trasferimento indiretto sia un singolo bene, ossia la partecipazione in Teta S.r.l., società per giunta non commerciale. Tuttavia, l’Agenzia sembra fondare le proprie argomentazioni sulla rinuncia del credito e non su questa circostanza. Infatti, in altre situazioni, l’Agenzia delle Entrate si è soffermata sulla continuità dell’attività imprenditoriale in capo alla partecipata ceduta, assumendo una posizione, mai fino in fondo confermata o smentita, per cui la non elusività della scissione seguita dalla cessione di quote della beneficiaria (o della scissa) non spetterebbe se la partecipata è una società immobiliare o non operativa, ma appunto, questo tema non viene affrontato in questa risposta.

In definitiva, alla luce di queste considerazioni, non si può ritenere che sia stato realizzato un vantaggio fiscale indebito, dal momento che si sta semplicemente spostando la tassazione dal bene di primo grado al bene di secondo grado, fattispecie oramai non ritenibile come elusiva, con la peculiarità di poter beneficiare di un finanziamento soci effettivamente esistente e quindi corrispondente a risorse investite nella società, le quali legittimamente possono avere un impatto sulla determinazione della plusvalenza senza che si contravvenga ad alcuna *ratio* o principio dell’ordinamento.

3.2.4 Considerazioni conclusive sull’abuso del diritto nella scissione seguita dalla circolazione indiretta di beni

Analizzando il mercato, si possono considerare tre diverse alternative alla circolazione diretta

di beni: a) cessione delle partecipazioni della società che possiede i beni da trasferire; b) conferimento dei beni in un veicolo aziendale con successiva cessione delle partecipazioni dello stesso; c) scissione dei beni in un veicolo aziendale con successiva cessione delle partecipazioni della scissa ovvero della beneficiaria. Per quanto riguarda la prima di queste fattispecie, è piuttosto evidente che sarebbe assurdo classificarla come abusiva, dal momento che si tratta della pura e semplice cessione di partecipazioni, adeguatamente disciplinata dal legislatore fiscale. Per quanto riguarda la seconda, è proprio quest'ultimo a sancire la legittimità di tale combinazione di operazioni nel comma 3 dell'art. 176 TUIR. Per la scissione seguita da cessione di partecipazioni della scissa o della beneficiaria, invece, si è potuto notare come la questione abbia subito negli anni delle interpretazioni differenti: in passato era praticamente sempre ritenuta elusiva, mentre oggi sembra essere quasi sempre legittimata da parte dell'Agenzia delle Entrate. Occorre sottolineare che, ancor prima dell'introduzione dell'art. 10-bis l. 212/2000, l'orientamento principale era già stato oggetto di forti critiche da parte della dottrina⁴⁸⁴, la quale legittimava la circolazione indiretta di beni previa una scissione. Alla base di questa linea di pensiero vi era principalmente il dettato dello stesso art. 176 comma 3 TUIR, il quale tuttora sancisce la non elusività del conferimento d'azienda, effettuato in continuità di valori fiscali o in regime di imposizione sostitutiva, al quale faccia seguito la cessione di partecipazione derivante dal conferimento⁴⁸⁵. La disposizione in esame aveva, dunque, equiparato il regime dei soggetti già titolari di azienda per mezzo di partecipazioni a quello di soggetti che non godono di tale schermo⁴⁸⁶, sancendo la legittimità della circolazione indiretta di rami aziendali preceduta da un conferimento. Quest'ultima fattispecie, pertanto, rispetta perfettamente i principi dell'ordinamento, evitando salti d'imposta: il trasferimento avviene in regime di neutralità, che non comporta dunque maggiori ammortamenti in capo al conferitario, o comunque questi verrebbero giustificati dal pagamento dell'imposta sostitutiva prevista dall'ordinamento stesso per l'affrancamento a fini fiscali dei valori rivalutati dei beni conferiti. Alla luce di ciò, si prospettava che quanto previsto per il conferimento valesse anche per la scissione, giustificando l'assenza di un'analogia norma con le «difficoltà legislative che

⁴⁸⁴ CHIRICHIGNO S. e CACACE S., *Elusività della scissione finalizzata alla divisione di un complesso aziendale*, in *Corriere Tributario*, 2009, n. 45, p. 3711.

⁴⁸⁵ Altre critiche che sono state mosse a quest'orientamento dell'Amministrazione Finanziaria sono: a) che la circolazione indiretta dell'azienda sarebbe giustificata dall'interesse delle parti di non dover incorrere nella rettifica del valore dell'avviamento ai fini dell'imposta di registro, la quale poteva verificarsi nella cessione diretta d'azienda, dal momento che l'imposta di registro prevista in questo caso è di tipo proporzionale (DELLA VALLE E., *op. cit.*); b) che l'esistenza di diversi criteri di tassazione per le varie tipologie di operazioni non possono automaticamente classificare una determinata fattispecie come elusiva solamente perché essa conduce ad un impatto fiscale meno oneroso, dal momento che questa circostanza potrebbe essere frutto di una scelta del legislatore (NAPOLITANO F., *op. cit.*).

⁴⁸⁶ ZIZZO G., *ult. op. cit.*, p. 543.

sarebbero occorse nell'individuare l'ambito di applicazione dell'esimente in questione⁴⁸⁷», dal momento che il co. 3 dell'art. 176 TUIR faceva espresso riferimento ai conferimenti d'azienda⁴⁸⁸, mentre la scissione non necessariamente coinvolgeva compendi aziendali⁴⁸⁹.

Con un'attenta analisi, tuttavia, questa linea di pensiero pare essere piuttosto superficiale. Se da un lato è vero che l'introduzione del comma 3 dell'art. 176 TUIR è stata importante al fine di rendere legittima la circolazione indiretta dei beni preceduta da un'altra operazione, dall'altro occorre sottolineare che conferimento e scissione seguiti dalla cessione di partecipazioni, sebbene conducano al medesimo risultato economico dell'alienazione, ad esempio, del complesso aziendale, lo stesso non possa dirsi se confrontiamo le operazioni sul piano giuridico. Difatti, come già altre volte accennato, esiste una differenza sostanziale tra scissione e conferimento, ampiamente rilevante sul piano fiscale, che riguarda il soggetto che ottiene nuove partecipazioni per effetto dell'operazione straordinaria. In particolare, nel conferimento è il soggetto conferente che ottiene in contropartita le partecipazioni per il patrimonio trasferito, mentre nella scissione sono i soci della scissa ad ottenerle, con quest'ultima che viene privata di una parte delle proprie ricchezze senza ottenere nulla in cambio. Pertanto, a livello di soggetto che ha trasferito i propri beni vi è una sostanziale differenza, rilevante ai fini fiscali, in quanto, per giungere alla medesima situazione, occorre che la conferente assegni le partecipazioni ai propri soci, circostanza oggetto di imposizione tributaria. Ne consegue che la non abusività della scissione seguita dalla cessione di partecipazioni da parte dei soci della scissa dovrebbe essere rinvenuta in altre motivazioni e, in questo caso, è giunto in soccorso il legislatore che, tramite l'introduzione dell'art. 10-bis l. 212/2000, ha generato un vero e proprio spartiacque nell'interpretazione delle fattispecie sottoposte in esame all'Agenzia delle Entrate. Infatti, questa nuova norma ha permesso di cambiare completamente il metodo di valutazione delle fattispecie potenzialmente elusive, spostando l'attenzione dalla ricerca delle valide ragioni economiche a quella della sussistenza di un indebito vantaggio fiscale. Sul punto Assonime, con la circolare del 18 dicembre 2018, n. 27, ha definito l'approccio seguito dall'Amministrazione Finanziaria ed avallato dalla prevalente giurisprudenza precedente alla riforma del 2015 come "monodimensionale", in quanto essenzialmente basato sulla valutazione della esistenza di valide ragioni economiche e non del reale aggiramento delle finalità del meno oneroso regime fiscale scelto dal contribuente. Di conseguenza, si finiva per individuare

⁴⁸⁷ CHIRICHIGNO S. e CACACE S., *op. cit.*

⁴⁸⁸ Si ricordi che, i conferimenti di singoli beni, a differenza di quelli d'azienda, hanno natura realizzativa ai sensi dell'art. 9 TUIR.

⁴⁸⁹ ZANETTI E., *Ris. n. 256/E – Scissioni societarie ed elusione fiscale*, in *il Fisco*, 2009, p. 6367.

l'operazione che appariva più naturale in termini economici per raggiungere l'obiettivo che il contribuente si prefiggeva di conseguire e, sulla base di questo parametro di confronto, si valutava se l'operazione effettivamente realizzata fosse elusiva in quanto mancante di valide ragioni economiche⁴⁹⁰. Ora, invece, come ricordato dalla stessa Agenzia in alcune delle sue risposte⁴⁹¹, l'approccio è differente, rilevando *in primis* l'indebito vantaggio fiscale, la sua essenzialità complessiva nell'operazione e l'assenza di sostanza economica e, solo qualora siano rinvenuti contemporaneamente questi tre elementi, si procede all'analisi delle valide ragioni extrafiscali. Inoltre, analizzando gli effetti concreti di una o dell'altra opzione, non si realizza l'aggiornamento della *ratio* di alcuna norma o principio dell'ordinamento, dal momento che gli eventuali risparmi ottenuti dai contribuenti sono frutto di una scelta specifica del legislatore. Infatti, nel caso di cessione diretta (*asset deal*) il cedente realizza una plusvalenza o una minusvalenza interamente imponibile/deducibile, mentre l'acquirente si vedrà riconosciuti fiscalmente i maggiori o minori valori fiscali (che ha pagato) relativi al ramo di azienda acquistato, e procederà pertanto alla deduzione del costo mediante la tecnica dell'ammortamento; nel caso, invece, di cessione indiretta (*share deal*), gli eventuali plusvalori latenti sui beni non vengono riconosciuti in capo all'acquirente, perché oggetto di acquisizione è la partecipazione, il cui costo non è in alcun modo deducibile⁴⁹². Sono, invece, deducibili i maggiori valori dei beni eventualmente affrancati per mezzo del pagamento dell'imposta sostitutiva.

Ad ogni modo, mentre in passato era praticamente escluso che una società potesse scindersi e successivamente i soci di questa potessero cedere le proprie partecipazioni senza incorrere nella fattispecie elusiva, l'orientamento di fondo emerso dalle posizioni più recenti è che l'Agenzia riconosce che un ramo di azienda possa circolare con due modalità alternative: in via diretta, ossia tramite cessione del complesso dei beni del compendio aziendale, ovvero in via indiretta, e cioè tramite cessione della partecipazione della società titolare del medesimo ramo di azienda. Pertanto, le due alternative previste dall'ordinamento sono poste sullo stesso piano e sono, dunque, liberamente accessibili⁴⁹³. Quindi in sostanza, in questo quadro, la scissione rappresenterebbe lo strumento «più coerente per enucleare in un involucro societario una attività di impresa⁴⁹⁴» che si vuole successivamente trasferire per mezzo della cessione di

⁴⁹⁰ FERRARA E., *op. cit.*

⁴⁹¹ Ad esempio, nelle risposte n. 97/E/2017 e 98/E/2017.

⁴⁹² FURIAN S., *Non elusiva la scissione con trasferimento di immobili per risolvere i "dissidi fra soci"*, in *Il Fisco*, 2018, n. 46, p. 4407.

⁴⁹³ ALBANO G., *La linea interpretativa del fisco sui profili anti-abuso delle scissioni*, in *Il Fisco*, 2019, n. 4, p. 307.

⁴⁹⁴ ROSSI L., *L'abuso del diritto nelle operazioni di scissione e di "leveraged buy out"*, in *Corriere tributario*,

partecipazioni, la quale è una fattispecie riconosciuta e regolarmente disciplinata nell'ordinamento tributario. Di conseguenza, non si può configurare, né integrare, alcun indebito vantaggio fiscale⁴⁹⁵.

Tuttavia, è bene sottolineare che vi sono ancora alcune eccezioni di abusività con riguardo a questa combinazione di operazioni, seppur espresse in via incidentale. Vi sono, inoltre, anche altre pronunce che, però, riconducono la fattispecie abusiva non all'operazione in sé, ma a particolari elementi che la caratterizzano.

Infine, se da un lato vi è la quasi totale certezza della liceità del trasferimento indiretto di un ramo d'azienda, dall'altro vi sono ancora tanti dubbi circa quelle fattispecie di operazioni che coinvolgono un singolo bene. Sul punto, l'Agenzia, se in un primo momento aveva espressamente previsto che operazioni di questo genere fossero da qualificare come elusive, in un secondo è passata a non esprimersi sul merito ovvero, come nel caso della risposta ad interpello n. 78/2021, a qualificare l'operazione come abusiva, ma non per il fatto che il patrimonio successivamente ceduto sarebbe composto da un unico bene (le partecipazioni in Teta). Pertanto, sembra esservi una sorta di apertura da parte dell'Agenzia anche per questa fattispecie di operazioni, ma per averne l'assoluta certezza occorrerà attendere una risposta positiva all'interpello proposto.

3.3 Le operazioni complesse

Oltre alla scissione seguita dalla cessione di partecipazioni nella beneficiaria o nella scissa, l'Agenzia si è potuta esprimere in riferimento ad altre operazioni complesse, ove la scissione rappresenta solo uno degli *step* previsti dal contribuente. In particolare, le operazioni oggetto di interpello che sono state sottoposte all'esame dell'Amministrazione Finanziaria sono di quattro tipologie: a) un conferimento seguito da una scissione; b) una cessione di partecipazioni seguita da una scissione; c) una scissione seguita da una fusione; d) una scissione seguita da una trasformazione. Queste quattro operazioni possono essere concentrate in due gruppi: in particolare, le prime due rientrano nelle fattispecie ove una determinata operazione viene prima di una scissione, mentre le restanti due appartengono all'insieme di operazioni complesse ove alla scissione segue un'altra operazione straordinaria.

3.3.1 La scissione preceduta da un'altra operazione

Come anticipato, in questo paragrafo vengono presentate due tipologie di operazioni e cioè

2015, n. 7, p. 491, il quale considera, inoltre, le altre soluzioni «più macchinose o pienamente alternative» a quella proposta.

⁴⁹⁵ MIELE L., *I principi generali desumibili dalle pronunce dell'Agenzia delle entrate sull'abuso*, cit.

quelle che presentano una scissione anticipata da un conferimento ovvero da una cessione di quote e come queste siano state considerate ai fini della rilevazione dell'abuso del diritto.

La prima di queste fattispecie richiamate è stata affrontata dall'Agenzia nell'eventualità in cui il conferimento fosse sia d'azienda che di partecipazioni. Il primo caso è stato trattato in un interpello non pubblicato, il quale, però, è stato oggetto di analisi da parte di Assonime⁴⁹⁶. L'operazione coinvolgeva una società industriale Alfa partecipata da due fratelli, Tizio con quota maggioritaria e Caio con quota di minoranza, per la quale i soci intendevano costituire due distinte *holding* unipersonali, una di Tizio e l'altra di Caio, nelle quali ciascuno di essi trasferiva le proprie partecipazioni. Per attuare il disegno senza emersione di plusvalenze imponibili, si procede *in primis* ad un conferimento d'azienda in regime di neutralità⁴⁹⁷ nella *newco* Beta, che diventa l'impresa industriale, con la trasformazione della conferente in una holding di partecipazioni. In seguito, Alfa dà corso ad una scissione totale non proporzionale ed asimmetrica, attribuendo pro-quota la partecipazione in Beta a due società: Alfa 1 (con capitale detenuto da Tizio al 100%) secondo la percentuale posseduta da Tizio in Alfa; Alfa 2 (con capitale detenuto da Caio al 100%) secondo la quota percentuale a suo tempo posseduta da Caio in Alfa. La struttura finale sarà dunque la seguente: Tizio controlla al 100% Alfa 1, che detiene la quota di maggioranza della nuova società industriale Beta, e Caio controlla al 100% Alfa 2, che possiede una quota di minoranza di Beta. L'Agenzia aveva ravvisato un abuso del diritto in quanto riteneva che fosse stato aggirato il regime fiscale dei conferimenti di partecipazione. Infatti, era stato ritenuto che tale *iter* fosse eccessivamente tortuoso e che si sarebbe potuto giungere con il più semplice conferimento di partecipazioni da parte di ciascun socio in una propria *holding* unipersonale, ma così facendo l'operazione si sarebbe rilevata neutrale solo per il socio di maggioranza, mentre avrebbe determinato l'emersione di una plusvalenza tassabile in capo al socio di minoranza, alla luce delle disposizioni degli artt. 9 e 177 TUIR al tempo vigenti.

Tale posizione è stata criticata da Assonime alla luce della già richiamata disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 176 TUIR, la quale, si ricordi, stabilisce che l'operazione di conferimento d'azienda seguita dalla cessione delle partecipazioni nella conferitaria non è suscettibile di accertamento antiabusivo. Sulla base di questa norma, dunque, continua Assonime, non si comprende come il conferimento posto prima di una cessione di partecipazioni, combinazione di operazioni che consente di spostare la tassazione dai beni di primo grado (fattispecie che si realizzerebbe con la cessione diretta dell'azienda) ai beni di

⁴⁹⁶ Circolare Assonime del 18 dicembre 2018, n. 27.

⁴⁹⁷ Ai sensi dell'art. 176 TUIR.

secondo grado (le partecipazioni) e, dunque, suscettibile di potenziale esenzione da tassazione del *capital gain*, non configuri *ex lege* abuso del diritto, mentre se lo stesso precede una scissione, operazione neutrale e meramente riorganizzativa, tale combinazione venga invece qualificata come elusiva. Inoltre, è stato osservato che il comma 3 dell'art. 176 TUIR assume una funzione incentivante alla riorganizzazione dei complessi aziendali con operazioni che coinvolgono un conferimento e, dunque, nel caso di specie, quest'ultima tipologia di operazione straordinaria è in linea con la *ratio* dell'art. 176 TUIR in quanto non vi è alcuna alterazione dello schema negoziale prescelto alla luce della successiva scissione della conferente⁴⁹⁸. Di conseguenza, non sarebbe ravvisabile alcun indebito vantaggio fiscale e, dunque, la fattispecie abusiva.

Il caso della scissione preceduta da un conferimento di partecipazioni viene descritto nella risposta all'interpello dell'8 ottobre 2018, n. 30, la quale riguarda un'operazione concatenata differente da quella appena illustrata, ma realizzata per ottenere una struttura finale sostanzialmente identica. Una società Alfa, che svolge attività di *holding*-immobiliare, era partecipata da quattro fratelli (Tizio, Caio, Sempronio e Mevio) con quote del 25% ciascuno. Alfa deteneva, tra l'altro, una partecipazione rilevante in una società Beta, con azioni quotate in borsa, le quali erano oggetto di un impegno di *lock-up*⁴⁹⁹ da parte di Alfa nei confronti degli altri soci di Beta. I fratelli intendevano giungere ad avere una struttura composta da quattro società (Alfa 1 con unico socio Tizio, Alfa 2 con unico socio Caio, Alfa 3, con unico socio Sempronio, e Alfa 4 con unico socio Mevio) ciascuna delle quali proprietaria del 25% di Alfa, la quale era a sua volta titolare delle azioni della quotata Beta, al fine di consentire di svolgere l'attività secondo le proprie distinte attitudini e per agevolare il passaggio generazionale. Per fare ciò si era ipotizzato il seguente percorso: a) conferimento unitario da parte dei quattro fratelli del 100% (25% ciascuno) del capitale di Alfa in una *newco* Alfa 1⁵⁰⁰; b) scissione parziale asimmetrica di Alfa 1 con creazione di Alfa 2, Alfa 3 e Alfa 4, con assegnazione del 25% delle partecipazioni in Alfa a ciascuna delle beneficiarie, con la conseguenza che Alfa tornava a non essere sottoposta al controllo di alcun singolo soggetto. Infine, veniva precisato

⁴⁹⁸ BARBAGELATA G. e SCHIAVINI S.S., *La scissione societaria e i rischi di abuso del diritto*, in Rivista della Guardia di Finanza, 2020, n. 4, p. 1009.

⁴⁹⁹ Secondo l'Enciclopedia Treccani, questo concetto, in finanza, consiste nell'«impossibilità per un investitore di vendere, per un determinato periodo di tempo, le quote di un investimento effettuato».

⁵⁰⁰ Quest'operazione, dal momento che viene effettuata congiuntamente dai conferenti, consente alla conferitaria di acquisire il controllo di Alfa ai sensi dell'art. 2359 c.c. e, dunque, essa potrà usufruire del regime di cui all'art. 177, co. 2 TUIR, che prevede la determinazione del valore di realizzo in base all'importo iscritto dalla conferitaria nel proprio patrimonio netto. Di conseguenza, Alfa 1 contabilizzerebbe il conferimento al medesimo costo fiscale che le quote di Alfa avevano in capo ai conferenti e ciò consentirebbe di non far emergere plusvalenze imponibili dall'operazione, ancorché, come detto, ogni singolo socio conferente apporti una quota “non di controllo”.

dagli istanti che la medesima situazione non poteva essere raggiunta mediante la scissione asimmetrica di Alfa, con suddivisione del suo patrimonio in quattro società, dato che ciò avrebbe comportato violazione dell'accordo parasociale su Beta, le cui azioni, infatti, verrebbero suddivise in quattro distinte società. Era pertanto necessario mantenere un'unica *subholding* intermedia tra le quattro singole holding personali dei fratelli e la quotata Beta. L'Agenzia ha ritenuto che la combinazione di operazioni così descritta presentasse profili di elusività in quanto avrebbe generato vantaggi tributari indebiti costituiti, come nel caso precedente, dall'aggiramento del regime di tassazione a valore normale previsto dall'art. 9 del TUIR per i conferimenti di partecipazioni non di controllo. L'Agenzia basava questa affermazione sul fatto che l'obiettivo perseguito poteva essere raggiunto in modo più lineare con il conferimento, da parte di Tizio, Caio, Sempronio e Mevio, di una quota del 25% di Alfa in quattro distinte *holding*, generando, appunto, un carico fiscale maggiore.

Questa risposta dell'Agenzia è stata oggetto di diverse osservazioni, alcune delle quali verranno ora presentate. Innanzitutto, è stato obiettato che parrebbero non esserci differenze sostanziali tra la scissione di immobili singoli e la scissione di partecipazioni⁵⁰¹. Difatti, come visto in precedenza⁵⁰², in alcune risposte è stato sancito che la scissione effettuata per singoli immobili non costituisce fattispecie abusiva in quanto i beni non fuoriescono dal regime ordinario d'impresa. Analogamente ciò deve valere anche nel caso si tratti di partecipazioni, seppur queste siano detenute da *holding*, dal momento che l'ordinamento qualifica queste ultime come società che svolgono attività d'impresa a condizione che le partecipate siano società commerciali⁵⁰³, a prescindere dal fatto che le partecipazioni possedute siano maggioritarie o di minoranza. Ciò induce, quindi, a ritenere che le scissioni di *holding* aventi come oggetto partecipazioni debbano essere poste sullo stesso piano di operazioni analoghe riguardanti singoli immobili e che entrambe non possano dar luogo a vantaggi fiscali indebiti. Da questo ragionamento derivano due implicazioni: la prima, diretta, è che la scissione di *holding*, come riconosciuto per quelle relative a rami immobiliari, è un'alternativa di pari grado e che produce effetti diversi rispetto ad un'ipotesi di liquidazione in favore dei soci, dal momento che gli *asset* della scissa non fuoriescono in alcun modo dal regime dei beni di impresa; la seconda, invece, è che il trasferimento mediante scissione delle partecipazioni detenute da una *holding* deve

⁵⁰¹ GARCEA A., *La scissione delle holding e l'abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, 2018, n. 44, p. 3386.

⁵⁰² V. *supra* par. 3.1.4.

⁵⁰³ Cfr. in proposito la disciplina *pex ove*, nell'art. 87 co. 5 TUIR, viene sancito che per le partecipazioni in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, i requisiti della collocazione territoriale e dello svolgimento di attività commerciale da parte delle partecipate si riferiscono alle società indirettamente partecipate e si verificano quando tali requisiti sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante.

ritenersi legittimo indipendentemente dalle modalità con cui queste siano pervenute alla società scindenda, vale a dire sia che si tratti di operazioni fiscalmente irrilevanti, come il conferimento di partecipazioni o di azienda, che di operazioni realizzative, come l'acquisto da terzi.

Si può, inoltre, osservare che il tratto caratteristico di quest'operazione è che viene consentito alla conferitaria di acquisire il controllo di una società, così come richiesto dall'art. 177 TUIR per poter usufruire della neutralità, solamente per un istante, ritornando subito dopo ad una situazione in cui ogni società nata dalla scissione possiede partecipazioni "non di controllo". È dunque possibile, secondo Assonime⁵⁰⁴, che l'Agenzia abbia fondato il giudizio di abuso anche valutando un possibile uso strumentale della normativa per l'operazione realizzata e che dunque sia stata considerata non solo l'esistenza di una soluzione più semplice, ma fiscalmente più onerosa, ma anche che si sia verificato l'aggiramento delle finalità della norma applicata. Questa ricostruzione è stata immediatamente obiettata dalla stessa Assonime, la quale sottolinea che l'art. 177 del TUIR non richiede, affinché si possa usufruire del regime di neutralità, che la conferitaria mantenga per un determinato periodo di tempo il controllo partecipativo acquisito. Inoltre, si prosegue nella circolare, lo stesso risultato finale avrebbe potuto essere ottenuto scindendo Alfa a favore di quattro distinte beneficiarie possedute da ogni fratello (con attribuzione *pro-quota* delle azioni di Beta), con successivo conferimento congiunto da parte di queste quattro società delle azioni di Beta ad una nuova *holding*, la quale avrebbe di fatto preso il posto della originaria Alfa, avvalendosi del regime neutrale previsto dall'art. 175 del TUIR, se non fossero state presenti le clausole parasociali che lo impedivano. Così facendo, infatti, la conferitaria dell'operazione in neutralità avrebbe mantenuto la partecipazione qualificata stabilmente nel tempo⁵⁰⁵.

Tuttavia, cercare tutte le possibili valide alternative che il contribuente può mettere in atto non è il percorso interpretativo più corretto e in linea con l'attuale normativa anti-abuso. Infatti, passando ad analizzare entrambe le fattispecie appena presentate, Assonime rileva che l'approccio utilizzato dall'Agenzia nell'analizzare queste operazioni ai fini antiabuso fosse ancora legato all'ormai abrogato art. 37- *bis* del d.p.r. 600/73, in ragione del quale veniva effettuata una sorta di *test* basato su un'operazione alternativa, considerata più logica e giustificabile sotto il profilo economico, legittimando l'operazione scelta dal contribuente solo

⁵⁰⁴ Il riferimento è alla già più volte richiamata circolare n. 27/2018.

⁵⁰⁵ Altre possibili soluzioni potevano essere: effettuare un conferimento integrale delle partecipazioni detenute dalla *holding* Alfa in una *newco*, in regime di "realizzo controllato" ai sensi dell'art. 177 co. 2 TUIR e, in seguito, si procede alla scissione di Alfa in 4 *newco* unipersonali; conferire l'azienda della partecipata Beta in regime di neutralità fiscale ai sensi dell'art. 176 TUIR, la quale diventerebbe *holding*, seguita da una scissione di quest'ultima nelle *holding* unipersonali dei singoli soci. Tali soluzioni sono presentate da GARCEA A., *op. cit.*

in presenza di valide motivazioni economiche. Tale metodo interpretativo non poteva, però, essere più attuale alla luce dell'introduzione dell'art. 10-*bis* l. 212/2000 e, in particolare, del comma 4, ove veniva sancita la libertà del contribuente nello scegliere l'operazione che ritenesse più opportuno applicare, a patto che venissero rispettati la *ratio* delle norme e i principi dell'ordinamento. Ciò, chiaramente, doveva valere anche in quei casi, come questi, ove si intendesse intraprendere un percorso che permettesse di usufruire di regimi fiscali neutrali in luogo di quelli realizzativi, dal momento che tale peculiarità è frutto di una scelta ragionata del legislatore⁵⁰⁶. Pertanto, affinché si possa ravvisare la fattispecie abusiva, è necessario che siano presenti contemporaneamente i presupposti dell'indebito vantaggio fiscale, la sua essenzialità nel disegno operativo e la mancanza di sostanza economica e, solo allora, l'operazione può essere eventualmente legittimata dalle valide ragioni extrafiscali. Anche negli interpelli esaminati le operazioni realizzate appaiono conformi alle rispettive fattispecie giuridiche cui la norma fiscale accorda la neutralità e, quindi, non vi sarebbe alcun motivo per censurarle.

Si può inoltre osservare che la linea interpretativa adottata in queste risposte si pone in contrasto con quella di altre risoluzioni precedenti, la quale era, invece, conforme al nuovo art. 10-*bis*⁵⁰⁷. Un esempio su tutti è la risoluzione 97/E/2017, la quale, come si è visto⁵⁰⁸, ha rappresentato un punto di svolta nell'interpretazione dell'esistenza dell'abuso del diritto nelle fattispecie di scissione seguite da cessione di partecipazioni. Infatti, tale combinazione di operazioni straordinarie è stata valutata per la prima volta come non elusiva in seguito all'utilizzo da parte dell'Agenzia di questo approccio sorto in seguito alla riforma del 2015. Quindi, ciò che può essere contestato all'Agenzia è che abbia utilizzato un metodo fondato sull'esistenza delle valide ragioni economiche, ormai superato in quanto riferito ad una normativa passata, non tenendo conto della nuova impostazione di cui all'art. 10-*bis*, la quale considera, invece, ben altri presupposti per la rilevazione dell'abuso del diritto e concede al contribuente un maggior margine di libertà nelle proprie scelte⁵⁰⁹.

Infine, occorre sottolineare che, con l'attuale normativa, il problema dell'eventuale abuso del diritto in entrambe le fattispecie presentate si sarebbe potuto risolvere già alla radice, in quanto il comma 2-*bis* dell'art. 177 TUIR, previsto nell'ordinamento solo a partire dal 2019⁵¹⁰, introduce la possibilità di creare delle *holding* unipersonali in regime di neutralità indotta,

⁵⁰⁶ Pertanto, è da escludersi che la scelta di un *iter* più tortuoso sia necessariamente indice della presenza della fattispecie abusiva.

⁵⁰⁷ GAIANI L., *op. cit.*

⁵⁰⁸ V. *supra* pp. 113 ss.

⁵⁰⁹ MATTERA R., *op. cit.*

⁵¹⁰ In particolare, venne introdotto dall'art. 11-*bis*, co. 1, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 giugno 2019, n. 58.

qualora venissero conferite delle partecipazioni “qualificate”⁵¹¹. Di conseguenza, l’Agenzia non avrebbe potuto eccepire l’aggiramento di alcuna norma fiscale, dal momento che si sarebbe potuto scegliere una soluzione più diretta attraverso il conferimento nella *holding* unipersonale in regime di realizzo controllato⁵¹². Tuttavia, dovrebbe essere considerata comunque abusiva l’operazione di conferimento congiunto con successiva scissione, qualora oggetto del trasferimento fossero partecipazioni non qualificate⁵¹³. In tal caso, infatti, con una operazione inutilmente articolata, si realizzerebbe un aggiramento dell’art. 9 del TUIR, impedendo l’eventuale emersione dei plusvalori latenti sulle partecipazioni.

Il conferimento di partecipazioni seguito da scissione è stato affrontato successivamente anche in altre fattispecie, non ravvisandosi mai la loro abusività. Nella risposta del 20 maggio 2019, n. 148, l’Agenzia ha analizzato una particolare sequenza di operazioni consistente in: a) uno scambio di partecipazioni mediante conferimento *ex art. 177 co. 2 TUIR*, effettuato da due soci che trasferiscono congiuntamente il diritto di usufrutto e la nuda proprietà della partecipazione che possiedono in una società (Alfa) in un’altra società (Beta); b) una scissione totale della prima società (Alfa) a beneficio delle altre due società socie (Beta e Delta); c) un ulteriore scambio di partecipazioni mediante conferimento effettuato sempre dalle persone fisiche al fine di conferire congiuntamente il diritto di usufrutto e la nuda proprietà della partecipazione che possiedono in una società (Gamma) in un’altra società (Beta). L’Agenzia non ha ravvisato alcun indebito vantaggio fiscale, poiché le operazioni realizzate non sono in contrasto con le finalità delle norme tributarie o con i principi dell’ordinamento tributario⁵¹⁴.

La risposta all’interpello del 6 agosto 2020, n. 248 ha affrontato il caso in cui due società, di proprietà di due differenti compagini sociali di tipo familiare, possedevano il 50% ciascuna di diverse società immobiliari ed in previsione di separare le proprie sorti, le famiglie decidevano per il conferimento di tali partecipazioni in regime di realizzo controllato *ex art. 175 TUIR*, a

⁵¹¹ Si ricordi che i requisiti per l’applicazione di tale norma sono che: a) le partecipazioni conferite rappresentino, complessivamente, una percentuale di diritti di voto esercitabili nell’assemblea ordinaria superiore al 2 o al 20 per cento ovvero una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 5 o al 25 per cento, a seconda che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni; b) le partecipazioni siano conferite in società, esistenti o di nuova costituzione, interamente partecipate dal conferente.

⁵¹² FORMICA P. e AURIEMMA F., *Il nuovo regime del realizzo controllato alla prova dell’abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 2021, n. 10, p. 913.

⁵¹³ Verrebbero esclusi anche eventuali conferimenti ove, per raggiungere le percentuali richieste, venissero conferite partecipazioni da due soggetti distinti, in quanto verrebbe aggirata la ratio del comma 2-*bis* dal momento che, parlandosi di singolo conferente, con questa norma si vuole incentivare la creazione di *holding* unipersonali. Sul punto v. la risposta all’interpello dell’Agenzia delle Entrate del 4 settembre 2020, n. 309, ove viene negata la possibilità di creare quattro *holding* familiari ove la percentuale richiesta dalla norma sarebbe stata raggiunta per mezzo del conferimento congiunto di più membri della stessa famiglia.

⁵¹⁴ In particolare, sottolinea l’Agenzia, con il disposto di cui all’art. 9, co. 2, secondo periodo, del TUIR, secondo cui “in caso di conferimenti o apporti in società o in altri enti si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti”.

favore di una società conferitaria di nuova costituzione, la quale, pertanto, diveniva proprietaria al 100% delle società immobiliari e risultava partecipata al 50% dalle società conferenti riconducibili ai due diversi gruppi familiari. Successivamente, la conferitaria avrebbe attuato una scissione totale asimmetrica a favore di due *newco*, ognuna delle quali partecipata interamente da una delle conferenti originarie, tra cui suddividere le varie partecipazioni totalitarie possedute nelle varie immobiliari. L’Agenzia delle Entrate ha stabilito che la serie di operazioni straordinarie così costituita non determina il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, in quanto esse non sono contrarie alle disposizioni fiscali o ai principi dell’ordinamento giuridico tributario vigenti. Infine, tale fattispecie è stata affrontata anche nella recente risposta ad interpello del 23 marzo 2022, n. 152. Il caso richiamato riguarda un’operazione di scissione parziale non proporzionale asimmetrica preceduta da un conferimento di una partecipazione di controllo, detenuta dalla scindenda Alfa, a favore di una *holding* di nuova costituzione. L’Agenzia non ha ravvisato la realizzazione di alcun indebito vantaggio fiscale, dal momento che la scissa, anche a seguito dell’operazione di scissione, avrebbe continuato ad esercitare la propria attività d’impresa commerciale con i cespiti che non sono stati oggetto di trasferimento, mentre la beneficiaria della scissione avrebbe intrapreso una nuova e propria attività d’impresa. Lo stesso obiettivo, conclude l’Agenzia, non sarebbe stato perseguibile attraverso la creazione di due *holding* unipersonali, da parte dei soci, mediante conferimento delle rispettive partecipazioni nella scindenda, in quanto le due nuove società sarebbero state poste al di sopra nella catena societaria, continuando a gestire in modo unitario tutte le partecipazioni detenute in Alfa.

La questione relativa ad un’operazione di cessione di quote seguita da una scissione pare essere, invece, meno problematica e tale fattispecie è stata affrontata nella risposta ad interpello del 24 dicembre 2019, n. 537. Il caso di specie riguardava la società Alfa S.p.A., *holding* capogruppo del Gruppo Alfa che svolgeva principalmente attività industriale (in Beta S.r.l.), alla quale si accompagnano altre attività ed era, inoltre, partecipata dai fratelli Tizio e Caio con quote del 46,25% ciascuno, mentre il restante 7,5% per cento del capitale sociale era rappresentato da azioni proprie. Per facilitare il passaggio generazionale ai figli di Tizio e Caio, era maturata la volontà dei due soci di riorganizzare il Gruppo, mediante la realizzazione di due entità giuridiche separate, singolarmente partecipate dalle rispettive famiglie. Per fare ciò, l’istante proponeva un complesso di operazioni così strutturato: a) annullamento delle azioni proprie; b) acquisto da parte di Beta del 100% delle quote Gamma S.r.l., società del gruppo che svolge attività commerciale, detenuta per l’80% da Alfa e per il 10% ciascuno dai due fratelli,

diventando così *sub-holding* industriale⁵¹⁵; c) scissione parziale non proporzionale di Alfa, la quale trasferiva le partecipazioni in Beta, quelle in Delta (altra società del gruppo che svolge attività commerciale) e l'80% delle disponibilità liquide e delle attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni a due *holding newco* facenti capo ai due nuclei familiari, mentre le partecipazioni nelle altre società del gruppo dovevano rimanere sotto il diretto controllo di Alfa; d) cessione da parte dei fratelli delle proprie partecipazioni di Beta (complessivamente dello 0,08%) alle rispettive nuove *holding*, realizzando una plusvalenza tassabile⁵¹⁶. All'esito della prospettata riorganizzazione, dunque, le società attive nel *core business* storico del Gruppo Alfa (Beta S.r.l., Gamma S.r.l. e Delta S.r.l.) sarebbero state gestite tramite due *holding* di nuova costituzione facenti capo ai due nuclei familiari, mentre tutte le altre società (attive nei settori immobiliare e non *core*) sarebbero rimaste sotto il controllo diretto della Alfa S.p.A. L'Agenzia ha analizzato, *in primis* la cessione di quote di Gamma da parte dei fratelli, con la quale «i fratelli Tizio e Caio non realizzano alcun effettivo disinvestimento delle partecipazioni detenute in Gamma s.r.l., rimanendo entrambi comunque *dominus* del Gruppo Alfa, ivi compresa la società Gamma». Perciò, secondo l'Agenzia, tale operazione si sarebbe posta in contrasto con la *ratio* della rivalutazione ai fini fiscali delle partecipazioni effettuate sulle quote nel 2013, consentendo di drenare liquidità dalla società acquirente Beta s.r.l., sempre da loro controllata, realizzandosi un recesso atipico, anziché applicare il regime impositivo della distribuzione delle riserve di utili, che caratterizza, invece, il recesso tipico, realizzando in tal modo un indebito vantaggio fiscale. Tuttavia, esaminando la sostanza economica dell'operazione, l'Amministrazione Finanziaria ha sottolineato che lo strumento utilizzato per ottenere tale risparmio fiscale pare essere conforme alle normali logiche di mercato, «essendo direttamente finalizzato al raggiungimento dell'obiettivo economico cui la medesima operazione è preordinata». Pertanto, tale circostanza porta a non ravvisare nel caso in esame una fattispecie abusiva ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000, dal momento che, «in presenza di un'operazione conforme a normali logiche di mercato in relazione al raggiungimento di un obiettivo economico [...], l'Amministrazione Finanziaria non può sostituire la stessa con un'operazione altrettanto conforme a normali logiche di mercato ma fiscalmente più onerosa, essendo ciò vietato dal comma 4 dell'articolo 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente».

⁵¹⁵ Viene precisato che la cessione delle partecipazioni comporterà, dal punto di vista fiscale, l'utilizzo del regime *pex* per le partecipazioni di Alfa, mentre per quanto riguarda i due fratelli, essi verranno tassati ai sensi dell'art. 67, co. 1, lett. *c-bis*), con il pagamento dell'imposta sostitutiva pari al 26% della differenza tra prezzo di vendita e valore fiscale.

⁵¹⁶ Anche in questo caso, ai sensi dell'art. 67, co. 1, lett. *c-bis*), con il pagamento dell'imposta sostitutiva pari al 26% della differenza tra prezzo di vendita e valore fiscale.

Infine, con specifico riferimento alla scissione parziale non proporzionale, l’Agenzia ha ritenuto che tale operazione «non comporti il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito ai fini delle imposte sui redditi, risultando atto fisiologico a riorganizzare le società attive nel *core business* del Gruppo Alfa, separando le partecipazioni dei due fratelli in due *newco* unipersonali».

3.3.2 La scissione seguita da un’altra operazione

In questo paragrafo, invece, vengono affrontate quelle fattispecie in cui la scissione è seguita da un’altra operazione straordinaria e, in particolare, da una fusione o da una trasformazione.

Il primo di questi due casi viene affrontato nella risposta ad interpello del 15 novembre 2018, n. 70. La società Alfa S.p.A. deteneva, per mezzo di Gamma S.p.A., una partecipazione nel capitale sociale di Beta S.p.A. Al fine di evitare alcuni effetti su Gamma (che deteneva una partecipazione in Beta inferiore al 33%) derivanti da certe modifiche intervenute nella disciplina del settore di appartenenza, il Consiglio d’Amministrazione di Gamma intendeva avviare un progetto di riorganizzazione consistente nella scissione totale asimmetrica di Gamma a favore di tante società beneficiarie unipersonali quanti sono i soci di quest’ultima, in modo tale da far assumere a Beta il ruolo di nuova *holding* del gruppo, e nella stipula di un apposito patto parasociale tra gli *ex* soci di Gamma, così da mantenere inalterati gli assetti di *governance*, avente ad oggetto azioni di Beta per quasi l’intero ammontare detenuto dal capitale sociale di quest’ultima. Alla scissione sarebbe succeduta l’incorporazione delle beneficiarie unipersonali da parte delle rispettive controllanti, le quali erano già socie della scissa, che alla fine avrebbero detenuto direttamente le partecipazioni in Beta. L’Agenzia, dopo aver rilevato che il medesimo assetto economico si sarebbe potuto ottenere mediante una scissione in regime di neutralità di Gamma a favore delle proprie controllanti, ha concluso che anche il percorso proposto usufruisce del medesimo regime fiscale, realizzando sostanzialmente gli stessi effetti in relazione al trasferimento delle perdite fiscali. In altre parole, viene evidenziato che il percorso prescelto non era probabilmente quello più lineare, ma produceva effetti fiscali analoghi a quello più “diretto” e, quindi, non venivano a generarsi vantaggi fiscali indebiti. Si noti infine che in questo caso, ricollegandosi ad alcune fattispecie trattate nei precedenti paragrafi⁵¹⁷, l’Agenzia ha ritenuto non elusiva una scissione totale con attribuzione alle beneficiarie di un singolo *asset*, ossia una quota in Beta, seguita anche da una fusione, la quale può rappresentare una forma di trasferimento del patrimonio scisso.

Nella già analizzata risposta n. 13/2019, l’Agenzia si è soffermata sul tema dell’imposizione

⁵¹⁷ Il riferimento è ai paragrafi 3.1.4 e 3.2.2, ove vengono trattati casi di scissione che riguardano singoli beni.

indiretta e, in particolare, sull'imposta di registro. Tale risposta, si ricordi, riguardava una scissione con successiva cessione a terzi delle partecipazioni nella beneficiaria. L'Amministrazione Finanziaria, infatti, pur riconfermando la legittimità della scissione finalizzata allo scorporo di un ramo d'azienda anche ai fini dell'imposizione indiretta, precisa che, nell'ipotesi in cui l'acquisto della società che contiene l'azienda sia seguito da una fusione per incorporazione nella società acquirente, viene ad evidenziarsi «la volontà di acquisire direttamente un'azienda», da cui consegue la strumentalità della concatenazione di negozi giuridici realizzati ed il conseguimento di un indebito vantaggio d'imposta «consistente nell'aggiramento della tassazione in misura proporzionale diretta dell'azienda⁵¹⁸». Nonostante l'intervento modificativo della Legge di bilancio 2018, che impediva la riqualificazione dei negozi con riferimento agli altri atti direttamente o indirettamente concatenati⁵¹⁹, l'Agenzia torna a prendere in considerazione la sequenza di atti ai fini dell'imposta di registro. Tuttavia, secondo l'orientamento dell'Amministrazione Finanziaria, la riqualificazione fiscale di una combinazione di atti sarebbe stata possibile in virtù della norma generale antiabuso, configurandosi un «percorso tortuoso» meramente strumentale alla «volontà di acquisire direttamente l'azienda». È stato evidenziato come appaia singolare che la riqualificazione in ottica antiabuso avvenga ai soli fini della tassazione indiretta, mentre ai fini delle imposte dirette non sembra che l'esistenza di un «percorso tortuoso», rappresentato dalle tre operazioni tra loro combinate, possa far scattare la disciplina antielusiva⁵²⁰. Peraltro, come sottolineato da alcuni Autori⁵²¹, le conclusioni cui giunge l'Agenzia non appaiono del tutto convincenti anche perché viene fatta derivare l'esistenza di una fattispecie elusiva dai comportamenti di due soggetti completamente distinti. Infatti, nei rapporti tra soggetti indipendenti, la scelta del venditore di cedere partecipazioni invece di aziende è del tutto autonoma rispetto alla scelta dell'acquirente di detenere partecipazioni o aziende ed il venditore non può essere chiamato a rispondere di azioni poste in essere dall'acquirente successivamente al trasferimento, le quali, tra l'altro, potrebbero non essere note dal venditore; allo stesso modo la decisione dell'acquirente di fondere una partecipazione acquisita può essere del tutto indipendente ed autonoma dalla

⁵¹⁸ Infatti, sia la scissione, che la cessione delle quote, che la fusione scontano un'imposta di registro in misura fissa pari a 200,00 €.

⁵¹⁹ In particolare, l'art. 1 co. 87 l. 27 dicembre 2017, n. 205, sancisce che: «al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, [...], sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 20, comma 1: 1) le parole: «degli atti presentati» sono sostituite dalle seguenti: «dell'atto presentato»; 2) dopo la parola: «apparente» sono aggiunte le seguenti: «, sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi ».

⁵²⁰ ALBANO G. e BETTARINI M., *La valutazione antiabuso delle scissioni in presenza di soggetti non residenti tra i soci della società scissa*, in *Il Fisco*, 2019, n. 14, p. 1307.

⁵²¹ CEPPELLINI P. e LUGANO R., *Negozi concatenati, l'elusività è da dimostrare*, in *Il Sole - 24 Ore* del 1° marzo 2019.

decisione del venditore di cedere partecipazioni anziché aziende. Ne consegue che le conclusioni delle Entrate potrebbero al limite essere valide se il “percorso tortuoso” fosse concordato tra le parti, come ad esempio quando le operazioni avvenissero nell'ambito di un gruppo e quindi sotto una direzione unitaria; in caso contrario, invece, bisogna necessariamente concludere che si tratta di libere scelte tra loro indipendenti e non riconducibili ad un comune intento elusivo.

L'altra fattispecie da analizzare consiste in una scissione seguita da una trasformazione, come ad esempio il caso affrontato nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 3 novembre 2016, n. 101/E. Una società in accomandita semplice di allevamento di bestiame (Alfa S.a.s.), cessata l'attività produttiva, aveva concesso a terzi i propri beni immobili in forza di contratti di locazione e comodato. L'istante, a fronte della norma agevolativa prevista dalla Legge di Stabilità 2016⁵²² finalizzata ad incentivare la trasformazione in società semplici, era intenzionata ad avvalersi di questa possibilità, ma la presenza di “cospicue partecipazioni sociali” ne impedivano l'attuazione. Perciò, l'istante chiedeva all'Agenzia se fosse possibile procedere ad una scissione della società per mezzo della quale le suddette partecipazioni finanziarie sarebbero rimaste in capo alla scissa, mentre tutti i beni immobili e le attrezzature sarebbero stati trasferiti alla beneficiaria e, in seguito, quest'ultima sarebbe stata trasformata in società semplice avvalendosi della menzionata disposizione agevolativa. Per l'Agenzia il caso prospettato non configurava abuso del diritto, non ravvisandosi alcun vantaggio fiscale indebito. Infatti, il regime agevolativo in questione era diretto a permettere alle cd. immobiliari di gestione di uscire dal regime d'impresa nei casi in cui la società fosse un mero schermo rispetto ad una attività di gestione passiva dei beni immobili. Perciò, si è ritenuto che «nel momento in cui, a seguito della scissione della società ALFA, venga attribuita la totalità dei beni immobili in godimento a terzi tramite rapporti locatizi alla società beneficiaria, quest'ultima – ove in possesso dei requisiti soggettivi [...] - si troverà nelle condizioni di poter beneficiare della trasformazione agevolata in società semplice». In altre parole, quindi, viene riconosciuta alla scissione una propedeuticità e funzionalità tale da consentire al contribuente di realizzare un determinato obiettivo, ancorché questo consista nel poter fruire di un particolare regime agevolativo, finalità un tempo esclusa dalla stessa Amministrazione Finanziaria⁵²³. Infine, a maggior ragione devono essere considerate non abusive quelle operazioni di scissione seguite da una trasformazione, non finalizzata all'utilizzo di alcun regime fiscale agevolativo.

⁵²² In particolare, l'art. 1, co. 115-120, l. 208/2015.

⁵²³ Cfr., per esempio, la già richiamata risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2008, n. 177/E. V. *supra* p. 38-39.

A conferma di ciò, vi è la già analizzata risposta ad interpello n. 65/2018, ove viene specificato che in seguito alla scissione la scissa si sarebbe trasformata da S.p.A. in S.r.l.: l’Agenzia, negando profili di abusività dell’operazione, non fa alcun riferimento alla trasformazione.

CONCLUSIONE

In questo elaborato è stata analizzata la fattispecie dell’abuso del diritto in ambito tributario, altrimenti detta elusione fiscale, con riferimento alle operazioni straordinarie di scissione.

Innanzitutto, si è potuto constatare che quest’ultima può assumere molte forme differenti, in modo tale da permettere al privato di poter raggiungere i propri obiettivi economici nelle modalità a lui più congeniali. A questa ampia versatilità si accompagna un regime fiscale particolarmente di favore: al contribuente è permesso trasferire mediante scissione un patrimonio in totale neutralità, nel senso che i beni passano da un soggetto ad un altro in totale continuità di valori (fatta salva l’ipotesi di poter affrancare questi ultimi per mezzo del pagamento di un’imposta sostitutiva) e senza, dunque, far emergere eventuali plusvalenze, nonché senza versare imposte sul trasferimento proporzionali. Questi due elementi, la grande versatilità e la neutralità fiscale, potrebbero permettere agli operatori economici di sfruttare l’operazione di scissione per poter conseguire alcuni risultati economici aggirando la *ratio* delle norme e i principi dell’ordinamento; in altre parole, potrebbero consentire di realizzare un indebito vantaggio fiscale e, di conseguenza, un abuso del diritto.

Quest’ultimo concetto, tuttavia, è stato esteso all’ordinamento tributario solo di recente. Infatti, in precedenza, si soleva parlare unicamente di elusività fiscale e solo in riferimento ad alcune tipologie di operazioni: non vi era, dunque, una vera e propria norma generale e di chiusura che disciplinasse in maniera completa la materia. Da ciò ne conseguiva un’ampia incertezza interpretativa, che si è concretizzata sia nelle risposte agli interpelli dell’Agenzia, talvolta discordanti tra loro, che nelle sentenze di merito e della Corte di Cassazione. Come si è potuto vedere, con il d.lgs. 128/2015 è stato introdotto l’art. 10-*bis* l. 212/2000 che ha soppiantato il precedente art. 37-*bis* d.p.r. 600/73 in materia di elusione fiscale. Tale articolo, oltre, appunto, ad introdurre una parità di significato tra elusione fiscale e abuso del diritto in campo tributario, traccia in maniera più definita, seppur ancora con alcuni margini di interpretabilità, i tratti caratteristici di tale fattispecie di confine tra il lecito e l’illecito. Ciò ha anche determinato un cambiamento di approccio da parte dell’Agenzia delle Entrate per i quesiti relativi all’abuso del diritto nella scissione (e non solo) che le venivano posti. In particolare, in passato, ciò a cui veniva data maggiore importanza nel ravvisare la fattispecie elusiva era l’assenza di valide ragioni economiche non marginali che giustificassero l’operazione sotto il profilo fiscale.

Tuttavia, l'interpretazione della presenza di questo elemento era quantomai soggettiva, con la conseguenza che vi erano talvolta risposte tra di loro contrastanti. Si può invece dire che l'art. 10-bis l. 212/2000 abbia rappresentato un vero e proprio spartiacque in questo ambito. Infatti, ciò che in precedenza era di primaria importanza, cioè le valide ragioni extrafiscali, è stato posto in secondo piano, nel senso che sono diventati altri gli elementi da valutare primariamente. Infatti, le valide ragioni rilevano solo una volta che si sia dimostrata la contemporanea esistenza dei tre presupposti di un'operazione abusiva. Nello specifico, questi ultimi sono: a) l'esistenza di un vantaggio fiscale indebito, ossia un risparmio che sia contrario alla *ratio* delle norme e ai principi dell'ordinamento tributario; b) la sua essenzialità nel disegno del complesso di operazioni proposte dal contribuente; c) l'assenza di sostanza economica, della quale non viene data una definizione, ma in relazione alla quale vengono dati due indici che ne suggeriscono la presenza, ossia la coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico e la conformità alle normali logiche di mercato. Inoltre, nell'art. 10-bis l. 212/2000 è stata espressamente prevista la libertà del contribuente di scegliere la via da lui preferita, ancorché fiscalmente meno onerosa, in quanto i vari percorsi che portano ai medesimi risultati economici devono essere posti su un piano di pari dignità. Anche con la riforma il linguaggio normativo ha lasciato alcuni dubbi interpretativi, tuttavia sono stati sicuramente ridotti rispetto alla disciplina previgente. Ciò si può verificare nell'analisi effettuata nell'ultimo capitolo con riferimento alle fattispecie che possono rischiare di essere classificate come abusive.

Si è potuto, innanzitutto, notare come oggi la scissione, presa singolarmente, non possa mai configurare una fattispecie elusiva, anche in riferimento a quelle che coinvolgono un singolo bene, dal momento che si tratta di operazioni regolarmente inserite nell'ordinamento e, dunque, disciplinate sia sotto l'aspetto civilistico che fiscale. Per quanto riguarda la combinazione scissione-cessione di partecipazioni, resta ancora, invece, qualche dubbio interpretativo. Infatti, in alcune risposte in cui è stata sottoposta all'analisi dell'Agenzia questa fattispecie specifica, non viene ravvisata l'elusività fiscale, dal momento che sia la circolazione indiretta di un ramo di azienda che la sua circolazione diretta sono operazioni riconosciute dal sistema tributario e devono godere, pertanto, di una pari dignità sul piano fiscale, sebbene vengano trattate dal legislatore in maniera differente; viceversa, in altre risposte ove vengono analizzate operazioni di scissione aventi altri connotati, persiste, invece, la pratica di classificare tale binomio di iniziative come elusivo. Perciò, nel leggere queste posizioni tra loro contrastanti, potrebbe venirsi a creare nel contribuente una certa insicurezza nel mettere in atto un'operazione di scissione seguita da una cessione di partecipazioni, dal momento che potrebbe esserci il rischio di censura da parte dell'Agenzia delle Entrate. Tuttavia, si può sostenere che l'interpretazione

da seguire sia quella che viene data nei casi in cui l'Agenzia si è soffermata sulla specifica fattispecie analizzata, ove non veniva ravvisata l'abusività, mentre negli altri pareri l'esistenza di quest'ultima è stata sancita in via incidentale e generica, con riferimento, infatti, ad operazioni non consistenti in tale duplice passaggio. Con riguardo alle scissioni seguite da cessioni di partecipazioni che coinvolgono singoli beni, i dubbi sono ancora più considerevoli, dal momento che non vi è stata ancora alcuna pronuncia esplicita nel senso dell'abusività o meno. Tuttavia, si può evidenziare come una parte della dottrina sostenga che non vi siano i presupposti per ravvisare l'elusione fiscale. Infatti, alla base di questa tesi vi sarebbe l'opinione secondo la quale l'operazione di scissione sarebbe finalizzata semplicemente ad individuare il patrimonio da trasferire e, dunque, la legittimità dovrebbe prescindere dalla conformazione di quest'ultimo.

Infine, per quanto riguarda gli altri complessi di operazioni ove la scissione rappresentava un singolo *step*, talvolta vengono classificati come fiscalmente legittimi, mentre altre volte sono stati qualificati come abusivi del diritto. Tuttavia, per quanto riguarda questi ultimi casi, come è stato osservato, la loro illegittimità deriverebbe da un metodo di analisi legato ancora alla previgente disciplina, la quale basava la ricerca dell'abusività sull'esistenza di percorsi alternativi che il contribuente avrebbe dovuto mettere in atto, i quali risultavano spesso essere fiscalmente più onerosi. Questo approccio, oggi, dovrebbe essere abbandonato in quanto l'elusività di un'operazione deve essere ricondotta all'esistenza dei tre presupposti richiamati in precedenza, ossia il conseguimento di un indebito vantaggio fiscale, la sua essenzialità nel disegno dell'operazione e l'assenza di sostanza economica. Infine, un altro aspetto degno di nota e che ha giocato un ruolo fondamentale nella classificazione di tali operazioni come non elusive è la continuazione dell'attività di impresa in capo ai nuovi soggetti, indipendentemente da chi fosse effettivamente al comando di questi ultimi. In altre parole, l'Agenzia sembra ravvisare la fattispecie elusiva nei casi in cui la scissione fosse strumentale direttamente o indirettamente alla creazione di contenitori privi dell'operatività che era, invece, presente prima dell'operazione. È a questo punto che tornano ad essere importanti le valide ragioni extrafiscali non marginali, attraverso le quali è necessario dimostrare la volontà di proseguire lo svolgimento dell'attività d'impresa secondo, però, modalità differenti e diverse in base alle esigenze del caso, scongiurando l'assenza dell'intento, perseguito per il tramite della scissione, di creare società contenitori per surrogare altre operazioni più onerose dal punto di vista fiscale. In conclusione, alla luce di quanto analizzato, ci si prospetta che, nei prossimi anni, l'Agenzia continui a mantenere, sia per le scissioni che per ogni altra operazione, un approccio coerente col dettato dell'art. 10-bis l. 212/2000 e che valuti con maggior attenzione eventuali elementi

delle operazioni che le vengono sottoposte in esame, i quali in un primo momento possono essere visti come “sospetti”, ma che in realtà sono frutto di una scelta ponderata da parte del legislatore e, in quanto tali, giustificati sul piano fiscale.

Chiaramente, infine, bisogna tenere sempre conto che l’interpretazione dell’Agenzia delle Entrate non è vincolante e, dunque, nel caso in cui il contribuente decida di mettere in atto comunque l’operazione che propone, c’è sempre la possibilità che i giudici di merito o della Corte di Cassazione esprimano un giudizio differente da quello dell’Amministrazione Finanziaria.

BIBLIOGRAFIA

Manuali

- AMATUCCI F., *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2018;
- BEGHIN M., *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, Padova, 2013, p. 420;
- BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *Codice civile commentato*, Milano, 2012;
- CIVERRA E., *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003;
- CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, Milano, 2016;
- CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996;
- CONTRINO A. e MARCHESELLI A., *Procedimento di accertamento dell'abuso, contraddittorio anticipato e scelte difensive*, in GLENDI C., CONSOLO C. e CONTRINO A. (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016;
- CORDEIRO GUERRA R., *Corso di diritto tributario*, Torino, 2018;
- CORSI C. e FARINON P., *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Torino, 2018;
- DE ANGELIS L., *Le società in generale*, in AA.VV., *Diritto commerciale-volume I*, 2017, Milano;
- FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2012;
- FALSITTA G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano, 2019;
- GALGANO F., *Diritto commerciale, volume II, Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1993;
- LUCARELLI P., *La scissione di società*, Torino, 1999;
- LUPI R., *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989;
- MANCIN M. (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2020;
- MARINI G., DELLA VALLE E. E FICARI V. (a cura di), *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, Torino, 2009;
- MELIS G., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017;
- MICCINESI M., *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993;
- NIGRO G., *Ripartizione delle partecipazioni e opzione dei soci nella scissione di società*, Milano, 2001;

- ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI ROMA, *Elusione fiscale e circolazione dell'azienda ai fini IRES nella scissione societaria*, Milano, 2016;
- PICONE L.G., *Commento all'art. 2506-bis*, in MARCHETTI P.G. (a cura di), *Commentario alla riforma delle società - Trasformazione, fusione, scissione*, Milano, 2006;
- PEROTTA R. e GAREGNANI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999;
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (1963)* in AA. VV., *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012, n. 3;
- ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958;
- SCOMIGLIANO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004;
- SIMONETTO E., *Della trasformazione e della fusione delle società*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1976;
- TESAURO F., *Istituzioni di Diritto Tributario. Parte Generale*, Torino, 1998;
- TOSI L. e BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Milano, 2018;
- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010;
- VIOTTO A., *Lezioni sull'IRES delle società di capitali residenti*, Bari, 2020;
- ZIZZO G., *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2018;

Riviste

- ALBANO G., *La linea interpretativa del fisco sui profili anti-abuso delle scissioni*, in *Il Fisco*, 2019, n. 4, p. 307;
- ALBANO G. e BETTARINI M., *La valutazione antiabuso delle scissioni in presenza di soggetti non residenti tra i soci della società scissa*, in *Il Fisco*, 2019, n. 14, p. 1307;
- ALBANO G. e DI CAVE S., *L'abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale*, in *Corriere Tributario*, 2017, n. 42, p. 3259;
- ANTONINI M. e ZOPPIS G., *Realmente abusiva la cessione delle partecipazioni rivalutate?*, in *Il Fisco*, 2021, n. 14, p. 1325;
- ATTARDI C., *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, in *Diritto e Pratica tributaria*, 2008, n. 4, p. 20627;

- BARBAGELATA G. e SCHIAVINI S.S., *La scissione societaria e i rischi di abuso del diritto*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2020, n. 4, p. 1009;
- BAVETTA G., *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1994, n. 1, p. 357;
- BEGHIN M., *Scissione societaria e aspetti problematici nella determinazione del costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni nella beneficiaria*, in *Bollettino tributario*, 1998, n. 7, p. 569;
- BEGHIN M., *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e «abuso del diritto»*, in *Corriere Tributario*, 2008, p. 1777;
- BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in *Il Fisco*, 2015, p. 2209
- BUSANI A., *L'introduzione della norma antielusiva nello Statuto del Contribuente: continua la riqualificazione dello share deal in asset deal*, in *Le Società*, 2017, n. 7, p. 807;
- CANÉ D., *Indebito vantaggio fiscale e abuso del diritto. Profili di diritto comunitario e internazionale*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, p. 1257;
- CARINCI A., *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso di diritto*, in *il Fisco*, 2018, n. 43, pag. 4107;
- CARUSO C., *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, n. 2, p. 195;
- CASTALDI L., *Il “dividend washing” integra “ex se” abuso del diritto – La Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo*, in *GT – Rivista giuridica tributaria*, 2016, p. 581;
- CHIRICHIGNO S. e CACACE S., *Elusività della scissione finalizzata alla divisione di un complesso aziendale*, in *Corriere Tributario*, 2009, n. 45, p. 3711;
- COMPORTI G., *La capacità contributiva tra abuso del diritto e legittimo risparmio d'imposta*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2021, n.2, p. 815;
- CONTRINO A., *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2009, p. 463;
- CONTRINO A e MARCHESELLI A., *L'obbligo di motivazione “rinforzata” e il riassetto degli oneri probatori nel “nuovo” abuso del diritto*, in *Corriere Tributario.*, 2016, p. 15 ss.;

- CORASANITI G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n. 2, p. 465;
- CORASANITI G., *Le garanzie procedurali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n. 5 p. 1838;
- DELLA VALLE E., *L'elusione nella circolazione indiretta del complesso aziendale*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p. 375;
- DESIDERI S., *Operazioni societarie elusive: 10 questioni da meditare*, in *Corriere Tributario*, n. 18, 1992, p. 1291 ss.
- DE ROSA F., *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, in *Corriere tributario*, 2021, n. 8-9, p. 796;
- DE ROSA F., *Rinuncia al credito e scissione: profili di elusività nella pianificazione fiscale?*, in *Il Fisco*, 2021, n. 12, p. 1111;
- DI GIACOMO S.P., *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n. 3, p. 1123
- DI SIENA M., *Variazione sul tema della neutralità fiscale delle riorganizzazioni aziendali*, in *Corriere tributario*, 2012, n. 3, p. 200;
- FALSITTA G., *Fusione di società e iscrizione di avviamento*, in *Rassegna tributaria*, 1986, n. 1, p. 268;
- FEDELE A., *Assetti negoziali e "forme d'impresa" tra opponibilità simulazione e riqualificazione*, in *Rivista di diritto tributario.*, 2010, n. 1, p. 1100;
- FERRARA E., *Scissione per riorganizzazione d'azienda e passaggio generazionale: profili di (non) elusività*, in *Il Fisco*, 2019, n. 43, p. 4107;
- FERRO LUZZI P., *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1991, n. 1, p. 1070;
- FICARI V., *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra "diritto" giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Bollettino Tributario*, 2008, p. 1773;
- FICARI V., *Clausola generale antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p. 390;
- FORMICA P. e AURIEMMA F., *Il nuovo regime del realizzo controllato alla prova dell'abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 2021, n. 10, p. 913;
- FORMICA P. e DODERO D., *Scissioni: abuso del diritto se i beni fuoriescono dal regime dei beni d'impresa*, in *Il Fisco*, 2021, n. 34, p. 3249;

- FRANSONI G., *Appunti su abuso del diritto e “valide ragioni economiche”*, in Rassegna Tributaria, 2010, p. 933;
- FRANSONI G. e, COLI F., *Abuso del diritto e proroga del termine per l'accertamento*, in Corriere Tributario, 2016, p. 755 ss.;
- FURIAN S., *Non elusiva la scissione con trasferimento di immobili per risolvere i “dissidi fra soci”*, in Il Fisco, 2018, n. 46, p. 4407;
- GAIANI L., *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in Il Fisco, 2019, n. 11, p. 1007;
- GALLO F., *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in Giurisprudenza commerciale, 1989, n. 3, pp. 377 – 401;
- GALLO F., *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in Rassegna Tributaria, 2015, n. 6, p. 1315;
- GARCEA A., *La scissione delle holding e l'abuso del diritto*, in Corriere Tributario, 2018, n. 44, p. 3386;
- GIOVANNINI A., *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in Rivista di diritto tributario, 2014, n. 1, p. 234;
- GIUSTI G., *Assenza di sostanza economica ed indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario*, in Diritto e Pratica Tributaria, 2018, n. 4, p. 1437;
- MANONI E., *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in Diritto e Pratica Tributaria, 2019, n.1, p. 247;
- MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in Contratto e Impresa, 2020, n. 1, p. 267;
- MIELE L., *I principi desumibili dalle pronunce dell'Agenzia delle entrate sull'abuso*, in Corriere tributario, 2019, n. 1, p. 73;
- MISCALI M., *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in Diritto e Pratica Tributaria, 2017, n.4, p. 1385;
- MONFREDINI P.S., *Operazioni di scissione e abuso del diritto: l'Agenzia delle entrate detta la linea*, in Corriere Tributario, 2018, n. 47-48, p. 3663;
- NAPOLITANO F., *Limiti e ambito di elusività delle operazioni di scissione*, in Corriere Tributario, 2007, n. 2, p. 110;

- PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, n. 4, p. 1445;
- PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2012, n.1, p. 717 ss;
- QUATRARO B., *La scissione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1995, p. 1108;
- ROSSI L., *L'abuso del diritto nelle operazioni di scissione e di "leveraged buy out"*, in *Corriere tributario*, 2015, n. 7, p. 491;
- RUSSO P., *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.1, p. 10001;
- SCARIONI P. e ANGELUCCI P., *I pregiudizi dell'Agenzia delle entrate in tema di abuso del diritto*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2015, n. 12, p. 896;
- STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, n.5, p. 10695;
- TESAURO F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Rassegna Tributaria*, 2012, p. 693;
- ZANETTI E., *Ris. n. 256/E – Scissioni societarie ed elusione fiscale*, in *il Fisco*, 2009, p. 6367;
- ZIZZO G., *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Tributaria*, 2008, p. 465;
- ZIZZO G., *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p. 486;
- ZIZZO G., *La nozione di abuso nel nuovo art. 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, n. 11, p. 1337.

Sentenze

- Cass. civ., Sez. Trib., 3 aprile 2000, n. 3979;
- Cass. civ., Sez. V, 03 settembre 2001, n. 11351;
- Cass. civ., Sez. V, 29 luglio 2004, n. 14515;
- Corte di Giustizia del 21 febbraio 2006, causa C-255/02 (c.d. Halifax);
- Cass. civ., Sez. V, 29 settembre 2006, n. 21221;
- Corte di Giustizia del 5 luglio 2007, causa C-321/05 (c.d. Kofoed);
- Corte di Giustizia del 21 febbraio 2008 causa C-425/06 (c.d. Part Service);
- Cass. civ., Sez. V, 4 aprile 2008, n. 8772;
- Cass. Sez. unite., 23 dicembre 2008, nn. 30055-30056-30057;

- Cass. civ., Sez. V, 21 gennaio 2009, n. 1465;
- Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106;
- Cass. civ., Sez. V, 22 settembre 2010, n. 20030;
- Cass. civ., Sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372;
- Cass. civ., Sez. V, 10 giugno 2011, n. 12788;
- Cass. pen., Sez. II, 28 febbraio 2012, n. 7739;
- Cass. civ., Sez. V, 11 maggio 2012, n. 7393;
- Cass. civ., Sez. V, 30 novembre 2012, n. 21390;
- Cass. civ., Sez. V, 26 febbraio 2014, n. 4603;
- Cass. civ., Sez. V, 19 dicembre 2014, n. 27087;
- Cass. civ., Sez. V, 14 gennaio 2015, n. 438;
- Corte Cost., 7 luglio 2015, n. 132;
- Cass. civ., Sez. V, 26 agosto 2015, n. 17175;
- Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 41755;
- Cass. civ., Sez. V, 16 marzo 2016, n. 5155;
- Cass. civ., Sez. V, 23 ottobre 2018, n. 30335;
- Cass. civ., Sez. V, 13 luglio 2018, n. 18632;
- Comm. trib. prov. Toscana Grosseto, Sez. II Sent., 31 gennaio 2020, n. 4;
- Cass. civ., sez. trib., 6 novembre 2020, n. 24839;
- Cass. civ., Sez. V, 19 novembre 2021, n. 35398.

Prassi

- Risoluzione Ministero Finanze del 13 luglio 1995, n. 183/E;
- Circolare del Ministero delle finanze del 17 maggio 2000, n. 98;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 6 luglio 2001, n. 114;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2002, n. 317;
- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 13 luglio 2005, n. 18;
- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 21 settembre 2005, n. 19;
- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 21 settembre 2005, n. 24;

- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 3 novembre 2005, n. 40;
- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 16 maggio 2006, n. 18;
- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 4 ottobre 2006, n. 27;
- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 4 ottobre 2006, n. 29;
- Circolare Agenzia delle Entrate del 2 febbraio 2007, n. 5/E
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 22 marzo 2007, n. 56/E;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 22 marzo 2007, n. 58/E;
- Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 9 maggio 2007, n. 22;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 4 ottobre 2007, n. 281/E;
- Orientamento L.E. 1 del 2008 del Consiglio Notarile del Triveneto;
- Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2008, n. 177/E;
- Circolare Agenzia delle Entrate del 25 settembre 2008, n. 57/E;
- Massima n. 114 del Consiglio Notarile di Milano nel 2009;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 16 gennaio 2009, n. 12;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 13 luglio 2009, n. 183/E;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2009, n. 256/E;
- Circolare Agenzia delle Entrate del 9 marzo 2010, n. 9/E;
- Circolare Agenzia delle Entrate del 29 marzo 2013, n. 7/E;
- Circolare Agenzia delle Entrate del 29 maggio 2013, n.18;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 26 maggio 2015, n. 52/E;
- MASTROIACOVO V., *L'abuso del diritto o elusione in materia tributaria: prime note nella prospettiva della funzione notarile*, in Studio n. 151-2015/T del Consiglio Nazionale del Notariato;
- Circolare Agenzia delle Entrate del 1° luglio 2016, n. 26/E;
- Circolare Assonime del 4 agosto 2016, n. 21;
- Studio del Consiglio nazionale del Notariato del 26 maggio 2016, n. 56-2016/T;
- Studio del Consiglio Nazionale del Notariato del 26 maggio 2016, n. 69-2016/I;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 3 novembre 2016, n. 101/E;

- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 25 luglio 2017, n. 97/E;
- Risoluzione Agenzia delle Entrate del 26 luglio 2017, n. 98/E;
- Circolare Assonime del 3 agosto 2017, n. 20;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 3 ottobre 2018, n. 21;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’8 ottobre 2018, n. 30;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 12 ottobre 2018, n. 36;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 19 ottobre 2018, n. 40;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’8 novembre 2018 n. 65;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 15 novembre 2018, n. 68;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 15 novembre 2018, n. 70;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 20 novembre 2018, n. 75;
- Circolare Assonime del 18 dicembre 2018, n. 27;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 29 gennaio 2019, n. 13;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 20 maggio 2019, n. 148;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 23 agosto 2019, n. 343;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 24 dicembre 2019, n. 537;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 5 agosto 2020, n. 242;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 6 agosto 2020, n. 248;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 31 dicembre 2020, n.635;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 2 febbraio 2021, n. 78;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate dell’8 febbraio 2021, n. 89
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 27 ottobre 2021, n. 746;
- Risposta a interpello dell’Agenzia delle Entrate del 23 marzo 2022, n. 152;
- OIC 4.

Sitografia

- BOSI M., *La rilevanza penale dell’abuso del diritto*, in www.penalecontemporaneo.it;
- MORANO A., *La scissione non proporzionale*, in www.fondazione-notariato.it

Quotidiani

- CAVALLI F., *Scissione parziale senza elusione*, in *Il Sole - 24 Ore* del 5 dicembre 2014;
- CEPPELLINI P. e LUGANO R., *Negozi concatenati, l’elusività è da dimostrare*, in *Il Sole - 24 Ore* del 1° marzo 2019;

- MIELE L., “*Scissioni di cassa*” non elusive a certe condizioni, in Il Quotidiano del Commercialista – www.eutekne.it del 31 gennaio 2020;