

LA NOZIONE DI ABUSO NELL'ART. 10 BIS DELLO STATUTO DEI DIRITTI DEL CONTRIBUENTE

di *Giuseppe Zizzo*

SOMMARIO:

1. Verso una clausola generale. – 2. L'art. 10 *bis* dello Statuto tra principi nazionali ed indicazioni comunitarie. – 3. L'assenza di sostanza economica. – 4. Il contrasto con le finalità delle norme fiscali e con i principi dell'ordinamento tributario. – 5. Conclusioni.

1. *Verso una clausola generale*

Con l'art. 5 la legge delega n. 23/2014 ha affrontato il tema dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale, programmando un intervento legislativo atteso almeno a partire dal 2006, da quando, cioè, la Corte di Cassazione ha cominciato a ricorrere al divieto di abuso del diritto anche in campo tributario, prima riprendendo gli orientamenti della Corte di Giustizia e poi, con le tre sentenze gemelle pronunciate a sezioni unite alla fine del 2008, innestando detto divieto sui principi costituzionali di capacità contributiva e progressività¹. Troppo ampio è infatti apparso il divario tra le soluzioni offerte da questo indirizzo giurisprudenziale e le scelte compiute dal legislatore nella confezione della clausola antielusione di cui all'art. 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973. In particolare, con riferimento alla definizione del fenomeno da intercettare, tanto aperta ed indeterminata è risultata la definizione affermatasi nella giurisprudenza della Cassazione, quanto articolata e puntua-

¹ Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057. Tra i commenti a queste sentenze segnalò: FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 293; ZIZZO, *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 487; LUPI-STEVANATO, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 403; CORASANITI, *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Obbligazioni e contratti*, 3/2009, p. 212.

le (per quanto puntuale possa essere questa definizione) quella presente nell'art. 37 *bis*, comma 1.

Un riordino della materia si manifestava dunque necessario. In primo luogo, appunto, per precisare i contorni della fattispecie, e così assicurare una maggiore uniformità e prevedibilità nell'accertamento della sua ricorrenza.

Alla luce della giurisprudenza della Corte, come delle tendenze riscontrabili in ambito internazionale, la strada da imboccare a questo fine non poteva che essere quella della clausola generale.

Anzitutto, avendo la Corte estratto dall'art. 53 Cost. un «*generale principio antielusivo*», la scelta di soluzioni parziali avrebbe inevitabilmente esposto la nuova normativa al rischio di uno scavalciamento, laddove, per le situazioni lasciate scoperte da quest'ultima, la Corte avesse perseverato nel servirsi del principio, perpetuando, in evidente contrasto con gli obiettivi perseguiti, il dualismo tra aree soggette ad una clausola di fonte legislativa ed aree soggette ad una clausola di fonte giurisprudenziale.

Quanto al contesto internazionale, l'affermarsi dello strumento della clausola generale (nota come GAAR, General Anti Avoidance Rule)² esprime la diffusa insoddisfazione degli Stati verso l'efficacia di strategie di contrasto basate unicamente su norme antielusive di tipo correttivo, ossia su norme aventi la funzione di correggere o completare la regolamentazione desumibile da altre norme ad esse preesistenti, appunto per impedirne l'aggiramento o l'abuso, mediante l'ampliamento del novero dei fatti da cui traggono origine gli elementi positivi che concorrono alla formazione della base imponibile, ovvero il restringimento del novero di quelli generatori di deduzioni, detrazioni o crediti.

Queste strategie, pur utili nella semplificazione ed oggettivazione del processo di identificazione dei fenomeni elusivi che determinano, non consentono infatti una reazione tempestiva a questi ultimi e concorrono in modo significativo ad incrementare il tasso di complessità della legislazione tributaria³.

Come è stato notato, «*quando si confrontano con altre aree del diritto i cittadini tendono a seguire sentieri ben battuti; con il diritto tributario ne cercano*

² Sul ruolo delle clausole generali antiabuso nei principali sistemi tributari v. LANG-OWENS-PISTONE-RUST-SCHUCH-STARINGER, *Gaars – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*, Amsterdam, 2016; OROW, *General Anti-avoidance Rules*, Bristol, 2000.

³ L'insufficienza di questo approccio venne già rilevata da: BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, 1954, p. 26; HENSEL, *Diritto tributario*, Milano, 1956, p. 144. Più di recente, in questo senso, tra gli altri: CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992, p. 129; TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1986, I, p. 372. Per considerazioni analoghe, nella dottrina statunitense: JENSEN, *Legislative and Regulatory Responses to Tax Avoidance: Explicating and Evaluating the Alternatives*, in *57 Saint Louis University Law Journal*, p. 12 ss. (2012).

di nuovi»⁴. Questi sentieri nuovi, una volta scoperti, diventano però molto frequentati, in ragione del risparmio d'imposta al quale permettono di accedere⁵, e quindi reclamano un intervento specifico.

La clausola generale, non dovendo anticipare ogni possibile combinazione di eventi, può efficacemente opporsi alle situazioni inusuali, impedendo alle stesse di divenire comuni, e così di imporre il ricorso ad altre regole. In una prospettiva di analisi economica del diritto, si è osservato che, a contenuto invariato, le regole hanno costi di emanazione maggiori delle clausole generali, in ragione della maggiore precisione della loro formula, mentre le clausole hanno costi di applicazione maggiori delle regole, in ragione dell'esigenza di una loro specificazione caso per caso. Ne consegue che le regole sono più convenienti delle clausole quando riguardano situazioni che si verificano frequentemente, meno convenienti quando riguardano situazioni che si verificano raramente, come quelle alle quali è indirizzata la clausola antielusione. In definitiva, l'abbinamento della clausola alle regole permette di risparmiare gli alti costi da sopportare per estendere la trama di queste ultime anche a situazioni di rara evenienza, tuttavia non trascurabili per la loro attitudine, grazie ai vantaggi che procurano, a diffondersi⁶.

Nell'elaborazione della clausola generale si sarebbe potuto lavorare sull'art. 37 bis. Sarebbe in effetti stato sufficiente la soppressione del comma 3 di questa disposizione, che limitava a specifiche operazioni il suo campo di applicazione, e il suo riposizionamento in un documento legislativo non settoriale (e quindi diverso dal D.P.R. n. 600/1973).

Il riferimento all'aggiramento di obblighi o divieti, contenuto nel suo comma 1, ha probabilmente suggerito la ricerca di una soluzione diversa, capace di assorbire la dicotomia⁷ tra l'abuso, che valorizza il rapporto (di conflitto) tra le norme applicate in ragione della forma della condotta e i fini di queste ultime⁸, e l'elusione, che (con l'aggiramento) invece valorizza il rap-

⁴ WHEATCROFT, *The Interpretation of Taxation Laws with Special Reference to Form and Substance*, in AA.VV., *Reports for the 19th International Congress on Financial and Fiscal Law*, London 1965, 1965, p. 7.

⁵ WEISBACH, *Formalism in Tax Law*, in 66 *University of Chicago Law Review*, p. 869 (1999).

⁶ WEISBACH, *op. cit.*, p. 876; ID., *Ten Truths About Tax Shelters*, in 55 *Tax Law Review*, p. 248 ss. (2002).

⁷ Una dicotomia che, peraltro, nell'utilizzo concreto di questi concetti tende in larga misura sfumare, come evidenziato da ZIZZO, *L'elusione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario: definizioni a confronto e prospettive di coordinamento*, in MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, Milano, 2009, p. 68 ss.

⁸ Paradigmatica è la definizione fornita dalla giurisprudenza europea, per la quale, "perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applica-

porto (di conflitto) tra le norme applicate in ragione della forma della condotta e i fini di altre norme, quelle che la forma adottata ha permesso di non applicare⁹.

L'art. 5 ha eretto quindi a modello la formula definitoria del predetto «*generale principio antielusivo*», elaborata dalla Cassazione nelle citate sentenze a sezioni unite¹⁰, e dalla stessa ripetutamente richiamata nelle decisioni successive¹¹, stabilendo che la condotta abusiva sia definita «*come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione*» (comma 1, lett. a), per poi prescrivere di «*considerare lo scopo di ottenere indebiti*

zione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni ... procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni» (Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax*, punti 74-75; richiamata anche di recente da: Corte di Giustizia, 22 maggio 2008, C-162/07, *Ampliscientifica e Amplifin*, punto 27; Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, C-103/09, *Weald Leasing Ltd*, punto 29; Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, C-277/09, *RBS Deutschland Holding*, punto 49; Corte di Giustizia, 27 ottobre 2011, C-504/10, *Tanoarch*, punto 52).

⁹ Il modello è quello offerto dal comma 1 dell'art. 37 bis, il quale si riferisce a «*gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro... diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario*». Ma anche quello della raccomandazione della Commissione europea n. 2012/772/UE sulla pianificazione fiscale aggressiva, laddove precisa che «*la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili*» (punto 4.5).

¹⁰ In queste sentenze la Corte si riferisce al principio «*secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale*», qualificando l'art. 37 bis, quale «*norma specifica di carattere antielusivo*». E su queste basi ha poi (Cass., sez. trib., 14 gennaio 2015, n. 405, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1255, con nota di ZOPPINI, *Nuove prospettive giurisprudenziali in tema di abuso*) coerentemente rilevato che in materia di imposta sui redditi il legislatore ha preferito «*“tipizzare” la figura dell'abuso del diritto convogliandola su specifici elementi caratterizzanti e determinate operazioni negoziali, in assenza delle quali non sono configurabili (si ripete nella materia delle imposte sui redditi) altre ipotesi (atipiche) di pratiche abusive*». Sulla «*sostanziale omogeneità*» dell'abuso del diritto e dell'elusione, «*così come emergono dal principio antiabuso pretorio e dalla clausola antielusiva codificata all'art. 37-bis*», si veda CIPOLLINA, *Elusione fiscale e abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1729. In senso sostanzialmente analogo, sia pure con sfumature diverse: BASILAVECCHIA, *Elusione ed abuso del diritto: una integrazione possibile*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2008, p. 742; CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamentali giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, I, p. 480; MASTROIACOVO, *L'economicità delle valide ragioni (note minime a margine della recente evoluzione del principio dell'abuso del diritto)*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, p. 452.

¹¹ Senza pretesa di completezza, si vedano: Cass., sez. trib., 16 febbraio 2012, n. 2193; Cass., sez. trib., 13 maggio 2011, n. 10549; Cass., sez. trib., 31 marzo 2011, n. 7343; Cass., sez. trib., 12 novembre 2010, n. 22994; Cass., sez. trib., 21 gennaio 2009, n. 1465.

vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva» (comma 1, lett. b, n. 1) e di *«escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali»* (comma 1, lett. b, n. 2).

Queste direttive hanno sollevato però serie perplessità¹². Intanto, per nulla agevole da decifrare si profilava la nozione di “utilizzo distorto”, alla quale era in massima misura affidata la connotazione della condotta. Incerto era poi il rapporto tra ragioni fiscali e ragioni extrafiscali richiesto per configurare l'abuso: da un lato si legava quest'ultimo alla prevalenza delle prime sulle seconde (e dunque ad un loro bilanciamento), dall'altro lo si escludeva laddove le seconde apparissero non marginali. Non trovava, inoltre, alcuna esplicitazione l'esigenza che il risparmio d'imposta conseguito fosse incoerente con la *ratio* della pertinente normativa tributaria¹³.

Lo stesso art. 5 ha però somministrato un potente antidoto a queste perplessità, prevedendo che la elaborazione della nuova clausola avvenisse mediante il coordinamento dei suddetti principi e criteri direttivi con quelli di cui alla raccomandazione della Commissione europea n. 2012/772/UE sulla pianificazione fiscale aggressiva¹⁴. Questa raccomandazione si occupa infatti, tra l'altro, proprio della *«adozione da parte degli Stati membri, di una norma antiabuso generale comune intesa anche a evitare le complessità di molte norme diverse»* (v. l'ottavo considerando della raccomandazione), suggerendo a questi ultimi di contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva mediante ricorso ad una clausola generale antiabuso e di servirsi all'uopo di un modello comune, al fine di prevenire le distorsioni e le complessità che potrebbero prodursi nel caso procedessero in ordine sparso.

L'art. 5 ha evidentemente inteso raccogliere questo suggerimento, assegnando al Governo il compito di assicurare che la nozione di abuso scelta per la nuova clausola sulla base dei principi e criteri direttivi di matrice giurisprudenziale sia omogenea a quella offerta dalla raccomandazione medesima, e precisamente dal suo punto 4.2, laddove il fenomeno è descritto come *«Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e*

¹² LA ROSA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenze*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, 707; ZIZZO, *Gli obiettivi della riforma e la clausola generale per il contrasto dell'abuso di diritto*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 2848.

¹³ Come rilevato, tra gli altri, da MANZITTI-FANNI, *Abuso ed elusione nell'attuazione della delega fiscale: un appello perché prevalgano la ragione e il diritto*, in *Corr. trib.*, 2014, pp. 1142-1143.

¹⁴ L'importanza di questo rinvio è stato messo in giusta evidenza anche da: GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1329; VACCA, *L'abuso e la certezza del diritto*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 1136.

che comporti un vantaggio fiscale». Per poi chiarirsi che «una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale» (punto 4.4). Che «la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili» (punto 4.5). E che una finalità è fondamentale (più propriamente, essenziale) «se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso» (punto 4.6).

2. *L'art. 10 bis dello Statuto tra principi nazionali ed indicazioni comunitarie*

La doppia matrice, nazionale ed europea, è evidente nel nuovo art. 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente, introdotto con l'art. 1 del D.Lgs. n. 128/2015 in attuazione della delega di cui al citato art. 5 della L. n. 23/2014.

La nuova clausola antiabuso trova posto nello Statuto. Questa collocazione serve, da un lato, in orizzontale, a decretarne la portata generale, lo Statuto essendo allo stato della legislazione l'unico documento riguardante la generalità dei tributi, dall'altro, in verticale, a ribadirne la stretta connessione con i principi costituzionali di capacità contributiva e progressività, richiamati dalla Corte di Cassazione.

Ai commi 1 e 2, essa chiaramente guarda alla raccomandazione per individuare il nucleo fondante della definizione del fenomeno, mentre ai commi 3 e 4 aggiunge due precisazioni riprese dai principi e criteri direttivi esplicitati nell'art. 5.

In particolare al comma 1 prevede che «*Configurano abuso del diritto uno o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi indebiti*».

Due appaiono gli elementi che identificano l'abuso nell'art. 10 bis: una o più operazioni prive di sostanza economica, corrispondente all'elemento della costruzione di puro artificio o della serie artificiosa di costruzioni presente nella clausola di cui alla raccomandazione; la natura indebita dei vantaggi tributari conseguiti, corrispondente all'elemento della natura elusiva dei medesimi nella clausola modello.

Come la clausola modello, l'art. 10 bis ha cura di specificare i contenuti di questi elementi. Al comma 2 precisa infatti che si considerano «*operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati,*

inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali» (lett. a). E che si considerano vantaggi fiscali indebiti «i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario» (lett. b).

3. L'assenza di sostanza economica

Nella nuova clausola il primo elemento definitorio dell'abuso è costituito dall'assenza di sostanza economica, identificata nella incapacità dell'atto o della sequenza di atti a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi tributari.

Viene dunque ripreso lo schema della clausola modello, nella quale il primo elemento è la "costruzione di puro artificio" o la "serie artificiosa di costruzioni", dove l'artificiosità della "costruzione" o della "serie di costruzioni" si configura "se manca di sostanza commerciale".

La raccomandazione, al punto 4.4, elenca una serie di sintomi di questa condizione, e segnatamente: «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 altrimenti 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 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».

Non tutte queste ipotesi sono agevoli da decifrare. La lett. a) sembra rimandare al caso in cui, pur essendo disponibile uno specifico strumento negoziale per la realizzazione di una certa modifica nella sua sfera economico-giuridica, il soggetto ha preferito adottare una manovra plurifase. La lett. b) sembra riguardare il caso in cui, mancando uno specifico strumento per la realizzazione di una certa modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto, quest'ultimo abbia all'uopo adottato una sequenza di atti sovradimensionata, meno efficiente e diretta di altra di cui avrebbe potuto servirsi, e perciò estranea alla sfera delle pratiche generalmente seguite nel settore economico di appartenenza. La lett. c) si riferisce al caso dell'inserimento, all'interno di una sequenza di atti capace di produrre una modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto, di passaggi destinati a compensarsi o ad

annullarsi reciprocamente. La lett. d) a quello di una sequenza di atti di tipo circolare, del tutto inidonea a produrre modifiche nella sfera economico-giuridica del soggetto. La lett. e) ed f) sembrano infine riguardare operazioni idonee a produrre significativi vantaggi fiscali, senza però incidere (o incidendo solo marginalmente) sui rischi commerciali assunti, sui flussi di cassa o sugli utili al lordo delle imposte.

Pur nella difficoltà di precisare i contorni di ciascuna, appare evidente come la gamma di situazioni considerate sia ampia e diversificata. Il terzo, quarto, quinto e sesto caso parrebbero connotati da una totale carenza di sostanza economica, non producendosi alcun mutamento nella sfera economico-giuridica del soggetto. Tuttavia, se nel quarto, quinto e sesto detta carenza sembra coinvolgere l'intera struttura giuridica adottata, nel terzo appare riferibile solo a determinati segmenti della stessa, quelli i cui effetti si cancellano reciprocamente. Il primo e il secondo caso parrebbero invece contrassegnati dalla realizzazione di una modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto, e dal compimento di una serie di atti che pure si configurano come ad essa funzionali.

Detto altrimenti, mentre nel primo gruppo di casi alla forma giuridica in effetti non corrisponde alcuna sostanza economica, nel secondo alla forma giuridica corrisponde una sostanza economica, che però potrebbe esprimersi in una forma diversa e più lineare¹⁵, forma alla quale si attribuisce pertanto rilievo in luogo di quella in concreto utilizzata. In quest'ultima ipotesi la carenza di sostanza economica non è pertanto predicata in via assoluta, ma in via relativa, rispetto ad uno schema giuridico assunto a modello, perché più diretto ed efficiente, muovendo in una logica di prevalenza della sostanza (più precisamente, della forma più adeguata alla sostanza) sulla forma (in concreto adottata) più che di assenza di sostanza economica in sé¹⁶.

In questo giudizio, la sostanza, da intendersi come l'assetto economico-giuridico ottenuto attraverso l'operazione realizzata, costituisce il parametro della forma. Nel senso che la forma in concreto adottata può essere qualificata come priva di sostanza, e perciò messa da parte, se, per conseguire lo specifico assetto economico-giuridico conseguito, sono ravvisabili altri, più diretti ed efficienti, strumenti giuridici. In assenza di coincidenza nei risulta-

¹⁵ Si ripropone dunque la distinzione tra schemi circolari e schemi lineari, su cui: ZIZZO, *op. cit.*, p. 58; CIPOLLINA, *op. cit.*, pp. 1729-1730. Con riferimento all'art. 10 bis si veda, in particolare, Assonime, circ. n. 21 del 14 agosto 2016, par. 2.8.

¹⁶ Per considerazioni analoghe, con riferimento all'ordinamento statunitense, SANCILIO, *Clarifying (or is it Codifying?) the "Notably abstruse": Step transactions, Economic Substance, and the Tax Code*, in 113:138 *Columbia Law Review*, p. 176 (2013). Sui rapporti tra forma e sostanza si vedano anche le osservazioni di FEDELE, *Assetti negoziali e "forme d'impresa tra opponibilità simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, pp. 1108-1109.

ti economico-giuridici, infatti, non si può negare che la forma utilizzata abbia inciso sulla sostanza economica e, dunque, abbia sostanza.

Anche l'art. 10 bis si preoccupa, al comma 2, lett. a), di individuare delle situazioni sintomatiche di assenza di sostanza economica, laddove precisa che «Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, 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».

Le due ipotesi riprendono chiaramente quelle delineate alla lett. a) e b) del punto 4.4 della raccomandazione. Descrivono quindi strutture negoziali idonee a provocare una modifica nella sfera economico-giuridica dell'agente, anche se inadeguate rispetto ad essa, o comunque contrassegnate da uno o più passaggi inadeguati, e per questo giudicate carenti di sostanza economica.

L'omessa riproduzione delle altre situazioni descritte nella raccomandazione non esclude, stante il carattere palesemente esemplificativo dell'elenco di cui al comma 2, lett. a), dell'art. 10 bis¹⁷, il loro rilievo ai fini della identificazione delle manifestazioni di privata autonomia interessate da questa disposizione. Anzi, trattandosi di ipotesi nelle quali la carenza della sostanza economica risulta radicale, mi pare indubbio che esse debbano essere ricondotte al campo di applicazione della clausola, ancorché non richiamate dalla stessa.

Nella stesura dell'elenco di cui al comma 2, lett. a) dell'art. 10 bis, la scelta è insomma caduta su quelle figure che potevano generare incertezza, perché associate ad una modifica della sfera economico-giuridica dell'agente diversa da quelle legata al risparmio. Sono state invece omesse, presumibilmente perché la loro indicazione è stata giudicata superflua, quelle contrassegnate da una assoluta assenza di sostanza economica.

L'assenza di sostanza economica è, del resto, definita a monte dalla disposizione come inidoneità «a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali»¹⁸. La verifica prescritta è dunque una verifica di tipo oggettivo, riguardante gli effetti dell'atto o della sequenza di atti¹⁹, e precisamente, in

¹⁷ GALLO, *op. cit.*, p. 1331; CONTRINO-MARCHESELLI, *Luci ed ombre nella struttura dell'abuso fiscale "riformato"*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 3794.

¹⁸ Una connotazione che rimanda a quella fornita dall'art. 7701(o)(1)(A) dell'IRC statunitense, per il quale un'operazione ha sostanza economica se «changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position».

¹⁹ Analogamente Assonime, circ. n. 21 del 4 agosto 2016, par. 2.6 e 2.7. Sulla distinzione tra profilo oggettivo e soggettivo nell'indagine sulla sostanza economica: MADISON, *The Tension Between Textualism and Substance-over-Form Doctrines in Tax Law*, in 43, *Santa Clara L. Rev.*, p. 725 (2003); ID., *Rationalizing Tax Law by Breaking the Addiction to Economic Substance*, in 47, *Idaho Law Rev.*, p. 462 (2011).

primo luogo, la sua attitudine ad incidere nella sfera economico-giuridica dell'agente, e poi la sua coerenza rispetto alla modifica prodotta.

L'oggettività di questa verifica è confermata dal comma 1, il quale si riferisce alle operazioni che «realizzano essenzialmente vantaggi fiscali», e dal comma 3, il quale prevede 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 a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente». Il riferimento al risultato dell'operazione (comma 1) e quello alle ragioni che la giustificano (comma 3) si intrecciano dunque con la definizione di assenza di sostanza economica fornita dal comma 2, lett. a).

Ed invero, un'operazione che «realizza essenzialmente vantaggi fiscali» (c. 1) è un'operazione «inidonea a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali» (comma 2, lett. a).

Simmetricamente, un'operazione che risponde «a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente» (comma 3) è un'operazione che produce «effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali» (comma 2, lett. a). La ricorrenza di apprezzabili²⁰ ragioni extrafiscali, indicata al comma 3, serve insomma unicamente a rivelare una sostanza economica apparentemente assente, consentendo di imputare alla condotta considerata un'attitudine alla contribuzione diversa da quella manifestata dalla condotta assunta dall'Agenzia a modello, perché *prima facie* più adeguata, diretta, efficiente, rispetto al risultato economico-giuridico conseguito.

Nella relazione alla disposizione si sostiene tuttavia che «le valide ragioni economiche extrafiscali non marginali sussistono solo se l'operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza. Occorre, appunto, dimostrare che l'operazione non sarebbe stata compiuta in assenza di tali ragioni». La relazione sembrerebbe dunque prospettare una lettura in chiave soggettiva della condizione, ed indentificare la non marginalità nella decisività. Non concordo con queste tesi ricostruttive.

Non con la prima, perché il testo della disposizione orienta chiaramente

²⁰ Il comma 3 qualifica le ragioni extrafiscali come “valide” e “non marginali”. Non si tratta però di condizioni diverse. Sono infatti valide le ragioni extrafiscali non marginali. In questo senso anche CONTRINO-MARCHESELLI, *Le valide ragioni extrafiscali, non marginali, nella dinamica della contestazione dell'abuso*, in GLENDI-CONSOLO-CONTRINO (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, p. 25. Sul significato da attribuire all'aggettivo “valide” nel contesto considerato si era soffermata la relazione al D.Lgs. n. 358/1997, che ha introdotto nel D.P.R. n. 600/1973 l'art. 37 bis, puntualizzando che «l'espressione valide ragioni economiche non sottintende ... una validità giuridica, che in questo contesto non avrebbe senso, ma una apprezzabilità economico gestionale».

verso una valutazione rapportata al risultato, non alle motivazioni, sia nella lettura isolata del comma 3, che, nel menzionare le ragioni, evoca un contesto di giustificazione e non di decisione, rinviando a *standards* giustificativi generalmente accettati, da individuare alla stregua di determinati parametri, di un comportamento realizzatosi nel passato²¹, sia nella sua lettura in combinato con la definizione del comma 1, che considera gli effetti delle operazioni, richiamando la loro sostanza economica e richiedendo che “*realizzino essenzialmente vantaggi fiscali*”.

Non con la seconda, perché, se l'indagine è da sviluppare sul piano dei risultati, e non su quello delle motivazioni, la non marginalità degli effetti extrafiscali serve ad escludere l'essenzialità di quelli fiscali. E se un effetto è essenziale quando gli altri effetti appaiono “*per lo più irrilevanti alla luce delle circostanze del caso*” (come indicato al punto 4.6. della Raccomandazione), la non marginalità degli effetti extrafiscali deve essere intesa come non irrilevanza, come apprezzabilità o, secondo la terminologia del comma 2, lett. a), significatività.

Quando, come solitamente accade, ad essere considerata è una sequenza di atti collegati, questa valutazione deve essere sviluppata su due livelli: a livello, disaggregato, del singolo atto e a quello, aggregato, della sequenza. Gli effetti generati da un atto assunto isolatamente potrebbero infatti essere vanificati dagli effetti (di segno opposto) prodotti da uno o più degli altri atti della sequenza, oppure saldarsi con gli effetti riportabili agli altri atti in funzione di un risultato comune²².

Nel primo caso l'atto, da solo o con gli altri atti del segmento di sequenza considerato, si innesta nella sequenza senza apparire funzionale al conseguimento dell'eventuale risultato extrafiscale della medesima. La sua sostanza economica, o quella del segmento al quale appartiene, deve quindi essere apprezzata in via autonoma.

Nel secondo, concorrendo alla produzione del risultato dell'intera sequenza, la sostanza economica dell'atto deve essere valutata congiuntamente a quella della sequenza medesima onde stabilire, appunto, se un mutamento nella sfera economico-giuridica dell'agente si è in effetti realizzato, e se la stessa (sequenza) rappresenta uno strumento giuridico all'uopo adeguato. In quest'ultima ipotesi, per stabilire se la sequenza eseguita rappresenta uno strumento giuridico adeguato, occorre verificare se all'eventuale

²¹ V. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Milano, 1999, 113.

²² Sulla individuazione della porzione di attività con riferimento alla quale operare la verifica in ordine alla sostanza economica, si vedano: BURKE, *Reframing Economic Substance*, in 31 *Virginia Law Review*, p. 271 (2011); HARINTON, *The Frame Game: How Defining the “Transaction” Decides the Case*, in 31 *Virginia Tax Review*, 221 (2011); JENSEN, *op. cit.*, pp. 36-37.

sovradimensionamento riscontrato rispetto allo schema negoziale diretto corrisponde un effetto extrafiscale significativo, aggiuntivo rispetto a quello connesso allo schema negoziale diretto.

Il comma 3 chiarisce che le ragioni extrafiscali possono essere «*anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente*». Precisa, cioè, che la sostanza economica si riscontra anche quando gli atti considerati hanno meramente la funzione di ridefinire l'assetto organizzativo dell'attività del contribuente²³. Anche in questa ipotesi, infatti, la condotta è fonte di effetti economico-giuridici, sia pure non traducibili in un preciso ritorno economico.

La centralità che nella nuova clausola assume la sostanza economica mi pare perfettamente in linea con il riferimento al principio di capacità contributiva che la Cassazione ha operato, per fondare il “*generale principio antielusivo*”, nelle tre sentenze a sezioni unite di fine 2008 sopra richiamate.

Se un atto o una serie di atti è inidoneo ad incidere nella sfera economico-giuridica dell'agente, se non sotto il profilo dell'onere d'imposta, la sua realizzazione non è in grado di differenziare l'attitudine alla contribuzione dell'agente da quella che quest'ultimo avrebbe espresso se l'atto o la serie di atti non fosse stato eseguito. Similmente, se un atto o una serie di atti è idoneo ad incidere nella sfera economico-giuridica dell'agente, ma non corrisponde alla soluzione negoziale più diretta ed efficiente all'uopo disponibile, la sua realizzazione non è in grado di differenziare l'attitudine alla contribuzione dell'agente da quella che quest'ultimo avrebbe espresso se si fosse servito dello strumento più diretto ed efficiente²⁴.

È questa equivalenza in termini di attitudine a contribuire a richiedere l'intervento della clausola²⁵, a richiedere, cioè, il ricorso ad una direttiva interpretativa (di qualificazione dei fatti) che impone di ignorare, nella commisurazione del prelievo, l'atto o la serie di atti descritti.

²³ Sui diversi significati attribuibili all'espressione “sostanza economica” v. KEINAN, *The Many Faces of the Economic Substance's Two-Prong Test: Time for Reconciliation?*, in 1 *N.Y.U. J. L. & Bus.*, p. 395 ss. (2005). Sulla questione del livello di ritorno economico da giudicare sufficiente: BANKMAN, *The Economic Substance Doctrine*, in 74 *Southern California Law Rev.*, p. 23 ss. (2000).

²⁴ Prospetta l'esigenza di un “giudizio comparativo” tra la capacità contributiva manifestata dall'operazione realizzata e quella propria dell'operazione assunta a modello FRANSONI, *Spunti in tema di abuso e “intenzionalità” dell'azione*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 411.

²⁵ Sul legame tra repressione delle pratiche abusive e principio di capacità contributiva, in particolare: MOSCHETTI, *La capacità contributiva, profili generali*, in *Tratt. dir. trib.*, diretto da A. Amatucci, vol. I, t. 1, Padova, 1994, p. 239; FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 154.

4. Il contrasto con le finalità delle norme fiscali e con i principi dell'ordinamento tributario

Per la raccomandazione il risparmio d'imposta rileva nella individuazione dell'abuso se di natura elusiva, e la natura elusiva è da ravvisare, come precisa il punto 4.5, quando esso «*contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili*».

La raccomandazione conferma che nella configurazione dell'abuso non è sufficiente l'equivalenza in termini di attitudine a contribuire, messa a nudo della verifica in ordine alla sostanza economica, ma occorre anche il contrasto tra il godimento del vantaggio fiscale connesso allo schema giuridico adottato e la *ratio* di una o più norme tributarie.

L'abuso si connota, è vero, per produrre un'alterazione nel riparto delle pubbliche spese, ma si tratta di un'alterazione che non può essere apprezzata sul piano della generica attitudine di ciascuno al concorso alle predette spese, stante l'irrelevanza di questo piano (se non quale parametro di legittimità costituzionale delle scelte compiute dal legislatore) nella concreta commisurazione del tributo dovuto. Il prelievo tributario non si trova infatti a diretto contatto con la capacità economica di ciascuno, ma con gli indici di questa capacità, come individuati e modellati dal legislatore, secondo scelte discrezionali (insindacabili se non irragionevoli) condizionate da una pluralità di istanze, tecniche e politiche²⁶.

La clausola, insomma, serve ad assicurare una costante aderenza del prelievo alle regole distributive fissate dalla legge, e (solo) per il loro tramite al principio costituzionale di capacità contributiva. Si rivela, perciò, uno strumento per integrare il testo della legge, insufficiente ad esprimere in modo pieno (per difetto o per eccesso) le potenzialità normative convogliate nella sua *ratio*²⁷. Dunque, appunto, per ridurre ad identiche conseguenze tributarie situazioni, disomogenee nella forma giuridica, ma da giudicare omogenee nell'attitudine alla contribuzione, tanto in ragione della loro equivalenza

²⁶ Come osservano, tra gli altri: MOSCHETTI, *Avvisaglie di supplenza del giudiziario al legislativo, nelle sentenze delle sezioni unite in tema di "utilizzo abusivo di norme fiscali di favore"*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2009, p. 200; CONTRINO, *op. cit.*, p. 473; BEGHIN, *L'abuso e l'elusione fiscale tra regole "scritte", giustizia tributaria e certezza del diritto*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 1299 ss.; MARCHESELLI, *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, I, p. 821.

²⁷ FRANSONI, *Spunti in tema di abuso del diritto ed "intenzionalità" dell'azione*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 408; MARCHESELLI, *op. cit.*, p. 804; LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, pp. 87-88.

economica, quanto in ragione della *ratio* delle pertinenti regole distributive.

L'accostamento all'analogia, spesso prospettato al riguardo, se pur suggestivo, si rivela in buona misura improprio. Anzitutto, perché difetta il presupposto fondamentale del ricorso all'analogia, ossia la lacuna in senso proprio, il comportamento elusivo sviluppandosi solitamente lungo tracciati pienamente regolati. Al più, nell'elusione si manifesta una lacuna in senso improprio, un'inadeguatezza, cioè, della disciplina ordinaria del comportamento. Ad essa la clausola non rimedia però sul piano delle norme, disponendo la dissociazione del comportamento da detta disciplina, e quindi la formazione di una lacuna in senso proprio da colmare in via analogica, ma sul piano dei fatti, stabilendo l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria del comportamento medesimo, e pertanto una revisione del fatto costitutivo degli effetti tributari propedeutica all'applicazione diretta della disciplina elusa²⁸. Nelle situazioni coperte dalla clausola, si configura pertanto un processo di pre-qualificazione, relativo agli effetti ordinari delle singole articolazioni della manovra che produce il risparmio d'imposta, sul quale si innesta una successiva qualificazione sintetica, nella categoria dell'elusione, ascrivibile appunto alla clausola, e quindi una ri-qualificazione secondo la normativa elusa, che porta all'applicazione degli obblighi o divieti aggirati, e alla cancellazione del predetto risparmio.

In definitiva, quando la disomogeneità di regime risulta, nonostante l'equivalenza economica delle fattispecie considerate, pienamente coerente con gli obiettivi imputabili a dette regole, la clausola non può operare²⁹. Come non può operare, a mio avviso, laddove difetta l'incongruenza tra forma giuridica adottata e mutamento di assetto economico-giuridico prodotto. La clausola non implica, infatti, una generale prevalenza, in ambito tributario, dell'interpretazione teleologica rispetto a quella letterale. Non interessa infatti quei conflitti tra *ratio* e lettera della legge che dipendono, anziché dalla predetta incongruenza, semplicemente da un'insufficiente specificazione della fattispecie legale. In queste ultime ipotesi l'alternativa che si pone è fra ammettere il risparmio d'imposta, riconoscendo la preminenza della lettera sulla *ratio* della legge, e non ammettere il risparmio d'imposta, riconoscendo – al contrario – la preminenza della *ratio* sulla lettera. Non si

²⁸ In questo senso, tra gli altri, KRUSE, *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, Padova, 2001, p. 1120.

²⁹ CIPOLLINA, *op. cit.*, 1729. Con riferimento all'ordinamento statunitense si vedano, tra gli altri: LUKE, *The Relevance Game: Congress' Choices for Economic Substance Gamemakers*, 66 *Tax Lawyer*, p. 566 ss. (2013); JENSEN, *op. cit.*, 41; LEDERMAN, *W(h)ither Economic Substance*, 95 *Iowa Law Review*, pp. 396-397 (2010).

richiede, invece, un intervento sulla situazione di fatto, da realizzare con lo strumento dell'inopponibilità concesso dalla clausola.

L'esigenza che il godimento del risparmio d'imposta conseguito mediante lo schema negoziale adottato confligga con la *ratio* della pertinente normativa è stata costantemente affermata dalla giurisprudenza comunitaria³⁰, mentre è stata non raramente ignorata in quella della Corte di Cassazione, almeno fino alle più volte citate sentenze gemelle della fine del 2008³¹.

Il comma 2, lett. b), dell'art. 10 bis riprende questo filo, per chiarire che sono indebiti «*i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*»³². Adotta dunque una formula più ampia di quella utilizzata dalla raccomandazione, non solo perché menziona i principi dell'ordinamento tributario, accanto alle norme fiscali, ma anche perché non riduce la platea di queste ultime a quelle «*che sarebbero altrimenti applicabili*». L'indicato contrasto può invece manifestarsi in forme diverse.

In una prima forma, nel contrasto tra applicazione del regime ordinario dell'operazione e *ratio* dello stesso regime ordinario (e ragione sufficiente, cioè, della particolare combinazione di fattispecie ed effetto che quest'ultimo prospetta). In un'altra, nel contrasto tra applicazione del regime ordinario dell'operazione e *ratio* di un diverso, e meno favorevole, regime, la fattispecie del quale è potuta restare inespresa grazie al ricorso all'operazione considerata.

³⁰ Per la quale, come rilevato sopra, «*perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni... procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni*» (Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, C-255/02, *Hallifax*, punti 74-75; richiamata poi da: Corte di Giustizia, 22 maggio 2008, C-162/07, *Amplifin*, punto 27; Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, C-103/09, *Weald Leasing Ltd*, punto 29; Corte di Giustizia, 22 dicembre 2010, C-277/09, *RBS Deutschland Holding*, punto 49; Corte di Giustizia, 27 ottobre 2011, C-504/10, *Tanoarch*, punto 52).

³¹ Su questo orientamento, che finiva per cancellare ogni distinzione tra lecita pianificazione fiscale e abuso, si vedano, tra gli altri: CIPOLLINA, *op. loc. ult. cit.*; CONTRINO, *op. cit.*, pp. 480-481; LOVISOLO, *op. cit.*, pp. 70 ss.; ZIZZO, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2008; ID., *Abuso del diritto, scopo di risparmio d'imposta e collegamento negoziale*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 873; BEGHIN, *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e "abuso del diritto"*, in *Corr. trib.*, 2008, pp. 1786-1787. Nella giurisprudenza più recente non è infrequente riscontrare la precisazione secondo cui non si configura elusione o abuso quando «*il beneficio fiscale*», di cui il contribuente gode, «*costituisce un diritto attribuito consapevolmente dal legislatore*» al contribuente medesimo (Cass., sez. trib., 12 maggio 2011, n. 10383).

³² Rimarcano il carattere fondamentale di questo elemento: MANZITTI-FANNI, *La norma generale antiabuso nello schema del Decreto delegato: buono il testo ottima la relazione*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 1598 ss.; CONTRINO-MARCHESELLI, *op. cit.*, 3793; STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, I, p. 708. Quanto alla sua portata cfr. Assonime, circ. n. 21 del 4 agosto 2016, par. 2.3.

Nella prima, il contrasto tra applicazione secondo la lettera ed applicazione secondo lo *ratio* interessa la disposizione della quale (o le disposizioni delle quali) il contribuente si serve: da applicare secondo la lettera, da non applicare secondo lo *ratio*. Nella seconda, interessa una disposizione diversa (o disposizioni diverse): da non applicare secondo la lettera, da applicare secondo lo *ratio*. Mentre la raccomandazione, laddove si riferisce al contrasto con «*l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili*», sembra conoscere soltanto la seconda forma, l'art. 10 bis, omettendo di qualificare le norme fiscali richiamate, risulta opportunamente calibrato per attagliarsi ad entrambe.

Come evidenziato, l'art. 10 bis richiama, accanto alle «finalità delle norme fiscali», anche i «principi dell'ordinamento tributario». Presumibilmente, il riferimento a questi ultimi è stato operato per assicurare alla clausola una maggiore incisività, sottraendo la sua applicazione alla necessità di un confronto inderogabile con gli obiettivi delle singole norme, per collocarla sul piano degli elementi strutturali della disciplina dei tributi. Certamente, però, esso incrementa in modo sensibile il tasso di incertezza connesso alla clausola, posto che, se si va oltre alcuni principi (verosimilmente) di generale consenso, come il divieto di doppie deduzioni, il divieto di salti di imposta, il principio della continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, il divieto di commerciare le perdite fiscali³³, l'individuazione degli stessi non è agevole e può essere fonte di contrasti³⁴.

L'esigenza di un contrasto con la *ratio* della pertinente normativa è ripresa dal comma 4 dell'art. 10 bis, per il quale «*Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge o tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*»³⁵.

Quando la normativa tributaria offre la possibilità di applicare alla medesima fattispecie regimi diversi, ad esempio, consentendo l'opzione per un regime impositivo alternativo a quello ordinario (come il consolidato o la trasparenza) o per un prelievo sostitutivo di quello ordinario, la circo-

³³ Per l'indicazione di alcuni principi che potrebbero rilevare nel contesto della clausola: STEVANATO, *op. cit.*, 712.

³⁴ Si è perciò auspicato che la verifica si fondi «*su principi oggettivi e di inequivoca portata*», così VACCA, *Prefazione*, in MIELE (a cura di), *Il nuovo abuso del diritto*, Torino, 2016, p. 26.

³⁵ Su questa previsione: MIELE, *Abuso del diritto distinto dalle fattispecie di evasione*, in *Corr. trib.*, 2015; ROSSI, *L'abuso del diritto nelle operazioni di scissione e di "leveraged buy out"*, in *Corr. trib.*, 2015. In precedenza, sulla estraneità di queste scelte al campo dell'abuso, molto nitidamente: FRANSONI, *Appunti su abuso del diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 951.

stanza che la scelta ricada su quello fiscalmente più conveniente non può connotare il risparmio ottenuto come indebito. Ed invero, nel momento in cui offre detta possibilità, la normativa inevitabilmente assume che la scelta sia espressione unicamente di logiche di risparmio d'imposta³⁶.

Analogamente, quando la normativa tributaria regola in maniera diversa operazioni fungibili 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. Anche in questo caso, le differenze dipendono infatti da scelte consapevoli dell'ordinamento tributario, sicché il risparmio che a detta scelta consegue risulta pienamente previsto e ammesso dallo stesso³⁷. Di più, se il risparmio in questione risulta pienamente previsto e ammesso dall'ordinamento tributario, l'adozione, tra strumenti giuridici fungibili sotto il profilo degli effetti giuridico-economici, dello strumento fiscalmente meno conveniente non preclude la sua successiva sostituzione con quello fiscalmente più conveniente. Di fronte ad una indicazione di indifferenza, da parte dell'ordinamento tributario, verso il risparmio legato all'utilizzo del secondo strumento in luogo del primo, il vantaggio connesso a detta sostituzione non può essere qualificato come indebito.

³⁶ In tema: CONTRINO, *Disavanzi di fusione, imposizione sostitutiva ed elusione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 2349; STEVANATO, *Trasformazione in società semplice: le «fobie antielusive» del Comitato per l'interpello*, in *Corr. trib.*, 2000, p. 2897; ID., *Elusione e abuso del diritto come nuova frontiera dell'«inferno di ciò che è palese»*, in *Dial. dir. trib.*, 2009, p. 593; ID., *Elusione, abuso del diritto e riqualificazioni «a sorpresa» degli imponibili dichiarati*, in *Dial. dir. trib.*, 2009, p. 253; LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001, p. 314; ID., *La Commissione Biasco riconosce la distinzione tra elusione e «lecita pianificazione fiscale»*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 2815; BEGHIN, *Conferimenti d'azienda e nuove imposte «sostitutive»*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 185; ATTARDI, *Operazioni straordinarie ed elusione: osservazioni sul ruolo delle «valide ragioni economiche» nella norma antielusiva*, in *Il Fisco*, 2007, p. 3076; PISANI, *Profili elusivi del leveraged buyout*, in *Il Fisco*, 2004, p. 5994; ZANETTI, *Conferimento d'azienda e cessione della partecipazione ricevuta in cambio*, in *Il Fisco*, 2008, p. 947; FURLAN, *La nuova disciplina fiscale delle operazioni straordinarie alla luce del D.M. 25 luglio 2008*, in *Fisc. Intern.*, 2008, p. 383; MIELE, *La successiva cessione di beni nella trasformazione agevolata in società semplice*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 3137.

³⁷ Come di recente riconosciuto dalla stessa Corte di Cassazione, «la opzione del soggetto passivo per la operazione negoziale che risulti fiscalmente meno gravosa non costituisce ex se condotta «contraria» allo scopo della disciplina normativa tributaria, laddove sia lo stesso ordinamento tributario a prevedere tale facoltà di scelta» (ancora Cass., sez. trib., 14 gennaio 2015, n. 405).

5. Conclusioni

In definitiva, la nozione di abuso delineata dal nuovo art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente ricalca in buona parte quella contenuta nella raccomandazione della Commissione europea n. 2012/772/UE. Risponde quindi ad una logica di superamento dei particolarismi dell'ordinamento italiano in materia, che certamente aiuta la competitività internazionale dell'ordinamento medesimo³⁸.

Benché l'esigenza di combinare la nozione comunitaria con quella giurisprudenziale, imposta dalla legge delega, abbia prodotto alcune duplicazioni sul versante definitorio che potrebbero essere fonte di incertezze in fase applicativa, mi pare indubbio che l'art. 10 *bis* offre agli operatori economici alcuni punti fermi.

In primo luogo, che se una determinata modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto è raggiunta nella via più immediata ed efficiente, oppure se, essendo una determinata modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto raggiungibile in via parimenti immediata e efficiente mediante diversi strumenti giuridici, essa è ottenuta adottando uno di essi, abbinandosi alla forma giuridica anche la sostanza economica, la natura "artificiosa" della condotta si deve ritenere esclusa.

In secondo luogo, che nella configurazione dell'abuso non è possibile prescindere dal contrasto tra il conseguimento di un certo risparmio d'imposta e la *ratio* di una o più norme tributarie. Non basta, cioè, riscontrare la presenza di un risparmio d'imposta, ma occorre che la sua appropriazione sia contraria alla *ratio* della disposizione applicata o di quella che sarebbe altrimenti applicabile.

Infine, che l'abuso «può esser configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni di

³⁸ Merita una menzione, al riguardo, la circostanza che l'Unione Europea ha, con l'art. 6 della direttiva 2016/1164, offerto un nuovo modello di clausola generale antiabuso nella quale l'abuso è definito come «una costruzione o una serie di costruzioni che essendo state poste in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti»; con la precisazione che «una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia altra posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica». L'adozione di questo nuovo modello non mi pare richieda un qualche intervento sull'art. 10 *bis*. Al di là della formula testuale, infatti, gli elementi fondanti dell'abuso restano l'assenza di sostanza economica (ridefinita come non genuinità) e il contrasto con le finalità della pertinente normativa tributaria.

legge» (art. 10 *bis*, comma 12). Puntualizza così il carattere meramente residuale del rimedio, al cospetto di una tendenza giurisprudenziale al suo utilizzo quale *passe-partout*, spesso – è vero (e per fortuna) – in guisa di mero *obiter dictum*, per risolvere (o concorrere a risolvere) controversie riguardanti fenomeni che nulla hanno in comune con l'abuso del diritto in senso proprio e, soprattutto, che non richiedono il ricorso al divieto medesimo per essere efficacemente combattuti.