



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

BORSE DI STUDIO 2007

I vincitori

SILVIA PIZZOLATO / Praticante Ordine di Udine

**MISURE ANTIELUSIVE
NELLE OPERAZIONI DI ESTEROVESTIZIONE**

GIOVANNI RUBIN / Praticante Ordine di Venezia

**LA TRANSAZIONE FISCALE
AI SENSI DELL'ART. 182 TER L.F.**

DANIELA SCANDIUZZI / Praticante Ordine di Treviso

**EPICEDIO DEL COMITATO CONSULTIVO
TRA LUCI E OMBRE**

Misure antielusive nelle operazioni di esteroinvestizione

Silvia Pizzolato / Praticante Ordine di Udine

Abstract

Il mondo imprenditoriale da sempre cerca di minimizzare il proprio carico fiscale indirizzando i flussi di reddito prodotti in modo da rendere più bassa possibile la loro tassazione. In tale contesto si inserisce il fenomeno dall'esteroinvestizione della residenza fiscale, ovvero della fittizia localizzazione della residenza fiscale in Paesi diversi dal territorio nazionale, al solo scopo di beneficiare di una legislazione tributaria più favorevole.

In considerazione della particolare attenzione che da qualche tempo sta prestando l'Amministrazione Finanziaria italiana a tali meccanismi di sottrazione artificiosa di materia imponibile all'Erario, si è ritenuto opportuno analizzare la disciplina presente all'interno dell'ordinamento tributario nazionale.

Infatti il nostro legislatore, al fine di evitare strumentalizzazioni elusive, ha recentemente adottato misure tese a rafforzare la disciplina in materia di trasferimenti della residenza fiscale in Italia o verso l'estero.

Con l'obiettivo di inquadrare la suddetta problematica nel contesto giuridico e fiscale pertinente, il presente lavoro si è sviluppato analizzando gli strumenti e le modalità operative introdotti dagli operatori tributari.

La presente trattazione è stata dunque strutturata con la finalità di:

- *fornire una rapida sintesi di quali sono i caratteri essenziali e i principi generali che guidano la normativa delle operazioni di "esteroinvestizione";*
- *individuare i possibili risvolti derivanti dall'applicazione di tale normativa;*
- *individuare i connessi profili di criticità della disciplina nazionale in riferimento anche ai problemi di armonizzazione con le normative previste dagli Stati esteri.*

Premesse

La progressiva integrazione del mondo economico ha consentito di allargare l'ambito operativo delle imprese facendole superare i limiti territoriali.

Se questa globalizzazione ha generato in generale vantaggi di natura economica, essa ha tuttavia implicato l'attuazione di politiche tributarie da parte degli Stati tese ad attrarre gli investimenti di capitali, introducendo sistemi normativi diretti a minimizzare il carico fiscale delle imprese.

In questo contesto si inserisce il problema della esteroinvestizione delle società, ovvero la fittizia localizzazione di società ed enti in Stati esteri¹, al solo scopo di sottrarre artificialmente materia imponibile all'Erario e trarre vantaggio dalle legislazioni fiscali più favorevoli di altri Paesi.

Considerata la particolare rilevanza che ha assunto negli ultimi anni tale sistema evasivo, le Amministrazioni Finanziarie di diversi Paesi hanno iniziato ad adottare norme nazionali antielusive e a sottoscrivere accordi sopranazionali, nel tentativo di arginare il fenomeno e trattenere i flussi di reddito nel proprio territorio. Nel nostro ordinamento le norme tributarie più importanti che sono state elaborate dal legislatore nazionale per evitare la sottrazione di materia imponibile dall'Italia, sono rappresentate dall'art. 73 del T.U.I.R., che disciplina il concetto di residenza fiscale, e dall'art. 166 del T.U.I.R., in materia di conseguenze fiscali alle operazioni di trasferimento della sede legale dal territorio nazionale ad uno Stato estero.

L'individuazione della residenza di un soggetto giuridico opera come collegamento tra la sua localizzazione territoriale e la pre-

tesa impositiva dello Stato, per questo motivo il legislatore nazionale ha prestato attenzione all'individuazione di una precisa ed accurata definizione di residenza fiscale, adottando al riguardo una disciplina più robusta con le previsioni dell'art. 35 comma 13 del D.L. n. 233/2006.

Tuttavia il nostro ordinamento ha previsto una misura di tutela dalla sottrazione di materia imponibile dal nostro territorio, anche qualora le società decidano di trasferire la loro sede legale all'estero e ricorrano tutti i presupposti per l'effettiva assenza della residenza fiscale in Italia.

L'art. 166 del T.U.I.R. infatti prevede una particolare disciplina per la tassazione delle operazioni di trasferimento della sede legale all'estero.

Nel prosieguo si esaminano entrambe le norme tributarie citate, evidenziando in particolare gli effetti fiscali a carico del contribuente e la corrispondenza delle stesse rispetto alle convenzioni e ai trattati internazionali.

Il concetto di residenza fiscale

L'art.35 comma 13 del D.L. 223/2006 ha aggiunto a quanto già previsto nel nostro ordinamento tributario, in materia di identificazione di società ed enti estero vestiti, dei nuovi criteri per verificare la residenza fiscale, al fine di consentire all'Amministrazione Finanziaria di contrastare il fenomeno della esteroinvestizione delle società.

La novella legislativa ha modificato l'art.73 del T.U.I.R. che definisce il concetto di residenza fiscale per le società di capitale ed enti assimilati, aggiungendo i commi 5 bis e 5 ter con decorrenza

¹ Nel Notiziario della Scuola di Polizia tributaria della Guardia di Finanza n.5/2004, alla cui lettura si fa rinvio, l'esteroinvestizione della residenza fiscale si sostanzia nella "strumentale localizzazione della residenza fiscale in Paesi (anche UE) o territorio diversi dall'Italia, (...), per sottrarsi agli adempimenti tributari previsti dall'ordinamento di reale appartenenza e beneficiare...". Sul tema si veda anche la pubblicazione Euroconference: "Esteroinvestizioni delle Società di Capitale Italiane", ultima edizione aggiornata.

dal 4 luglio 2006.

Come è noto, in ottemperanza al disposto del comma 3 dell'art.73 sono considerate residenti fiscalmente nel nostro territorio le persone giuridiche ed enti ad esse equiparati che "...per la maggior parte del periodo d'imposta hanno al sede legale o le sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato...".

Ne deriva che il legislatore italiano ha individuato tre criteri che operano in maniera alternativa, ovvero è sufficiente che venga soddisfatto anche uno solo di essi affinché la residenza fiscale della società possa considerarsi nel territorio dello Stato.

Il legislatore ha quindi inteso attribuire evidenza non solo all'aspetto giuridico formale della sede legale, identificata nell'atto costitutivo o nello statuto, ma anche ad elementi sostanziali quali la localizzazione dell'oggetto principale e della sede dell'amministrazione.

Si può dunque verificare il caso di società formalmente estere, in quanto costituite o con sede legale all'estero, ma fiscalmente residenti in Italia, in quanto aventi la sede amministrativa o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.

I criteri di effettività richiamati nel nostro ordinamento per la definizione della residenza fiscale, trovano peraltro riscontro nelle norme internazionali in materia di convenzioni contro le doppie imposizioni.

Infatti, ai sensi della disposizione dell'art.4 del Modello O.C.S.E., laddove ricorrendo alle disposizioni interne degli stati contraenti non sia possibile attribuire in modo univoco la residenza fiscale ad una società, prevale la localizzazione della sede direzionale.

Tale sede è effettivamente individuata nel luogo in cui in concreto viene esercitata l'attività, o nel luogo da cui promanano le decisioni concernenti la gestione e l'amministrazione della società, il cosiddetto "place of effective management"².

Al fine di evitare il fenomeno delle estero vestizioni con la localizzazione fittizia delle società è necessario arginare la concorrenza fiscale dannosa tra gli Stati, ed è per questo che a livello internazionale sono state predisposte una serie di norme comuni di natura convenzionale.

In particolare nel nostro ordinamento sono stati adottati alcuni istituti giuridico-tributari, presenti già da tempo in alcuni sistemi fiscali europei, al fine di rendere appetibile il nostro territorio per un rimpatrio dei capitali in Italia.

La legge delega n.80 del 7 aprile 2003 ha fondato le basi per il riavvicinamento della legislazione tributaria nazionale a quella dei Paesi economicamente più evoluti con l'introduzione dei seguenti istituti:

- il regime di neutralità fiscale (cd. "participation exemption") sulle plusvalenze realizzate da società di capitali in relazione a partecipazioni in società, con o senza personalità giuridica;
- il consolidato fiscale, di notevole interesse per i gruppi societari, in virtù del quale la capogruppo può consolidare integralmente il risultato fiscale delle controllate;
- la tassazione dei redditi per trasparenza per le società di capitali partecipate esclusivamente da società di stessa natura e le società a responsabilità limitata partecipate da persone fisiche in presenza di determinati requisiti;
- la nuova disciplina di tassazione dei dividendi.

Tuttavia il legislatore successivamente ha adottato norme tributarie, come la riduzione dell'applicabilità della PEX, l'introduzione del capital gain, l'adozione del sistema del pro-rata patrimoniale per interessi, che riducono l'appel fiscale del nostro Paese.

La mancanza di stabilità nelle norme tributarie, infatti, impedisce alle imprese una pianificazione fiscale efficiente nel medio periodo. Inoltre, nonostante l'adozione di un nutrito pacchetto di disposizioni per allineare il nostro sistema tributario a quello di altri stati europei per contrastare così il fenomeno della delocalizzazione territoriale e rendere così appetibile il nostro territorio alle imprese, permaneva il vero problema per l'Amministrazione Finanziaria di distinguere l'effettiva delocalizzazione dalla mera esteroinvestizione fittizia.

Infatti l'individuazione da parte dell'Amministrazione Finanziaria della residenza fiscale sulla base della localizzazione dell'oggetto principale o l'esistenza della sede amministrativa, richiede complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con il nostro territorio.

Il rafforzamento della definizione di residenza fiscale: l'introduzione di una presunzione "relativa"

La novella legislativa del 2006 in materia di residenza fiscale prende le mosse proprio dalla pratica difficoltà di valutare elementi di effettività sostanziale, ed in questo contesto ha introdotto una presunzione reale relativa a favore dell'Amministrazione Finanziaria che consente una più immediata identificazione della localizzazione della sede amministrativa della società, al ricorrere di determinate condizioni.

Tale presunzione solleva quindi l'Amministrazione Finanziaria dall'onere di provare l'effettiva residenza della società.

Nello specifico secondo la nuova disposizione si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, del Codice civile, in società di capitali ed enti commerciali residenti in Italia se:

* sono controllate, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, del Codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

* sono amministrate da un Consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

La norma così posta ha invertito l'onere della prova della residenza fiscale a carico della società estera.

Qualora infatti fossero verificati i presupposti sopra citati, sarà la holding estera che dovrà dimostrare al fisco italiano di non essere residente in Italia.

Gli elementi di collegamento individuati con il territorio dello Stato, sono elementi che si ispirano ai criteri di individuazione del "place of effective management" elaborati in sede O.C.S.E..

Quanto al primo requisito³, riferito al controllo da parte di soggetti residenti in Italia, il controllo può essere sia diretto, sia indiretto, anche attraverso altre società non residenti e anche attraverso il controllo di più società che congiuntamente detengono il controllo della società estera oggetto della presunzione.

Quanto al secondo requisito, applicando per analogia il dettato

² Per la definizione di "place of effective management" si rimanda al paragrafo 24 del Commentario O.C.S.E. all'art. 4 del relativo Modello, in tema di residenza delle persone giuridiche.

³ La Circolare 28/E del 2006 dell'Agenzia delle Entrate si esprime nel senso che il controllo si deve ritenere solo "diretto". "...Tuttavia nel caso di una catena di controllo attuata mediante società non residenti potrebbe verificarsi un effetto domino, per cui, operando la subholding estera sia residente, scatta la presunzione che la sia anche la holding...". Si veda sul tema la relazione del 16° convegno de "L'Esperto Risponde" di Telefisco 2007.

del nuovo comma 5 ter dell'art. 73 del T.U.I.R., che dispone che per la verifica del controllo occorre guardare alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, per la verifica della residenza degli amministratori si farà riferimento alla data di chiusura dell'esercizio della società estera.

Riguardo alle modalità per fornire la prova contraria della residenza il contribuente dovrà dimostrare che la sede di direzione effettiva della società è all'estero, fornendo elementi di fatto, situazioni ed atti idonei.

A tal proposito si ricorda che la Cassazione con più pronunce⁴ ha affermato un concetto di sede effettiva delle persone giuridiche aderente alla nozione di sede della direzione effettiva presente nel Modello O.C.S.E. nell'articolo 4 paragrafo 3, identificandola come il luogo dove trovano concreto svolgimento la attività amministrativa e di direzione, il luogo in cui vengono effettivamente assunte le decisioni fondamentali direzionali e commerciali necessarie per la gestione dell'impresa. Elementi pertanto utili alla prova contraria da parte del contribuente potranno essere costituiti dal fatto che la società estera disponga di strutture tali da far ritenere che nello Stato della sede vi sia un reale insediamento, dal fatto che sia le decisioni di ordine strategico sia gli atti di ordinaria gestione siano compiuti nello Stato estero in cui la società ha la propria sede, dalla rilevanza del luogo dove vengono prese le decisioni fondamentali da parte dei dirigenti.

Le ripercussioni immediate e le problematiche emergenti della nuova presunzione di residenza fiscale

Gli effetti di più immediato impatto della nuova normativa per il soggetto estero riqualficato come residente in Italia riguarderanno:

- le possibili sanzioni per omessa tenuta della contabilità;
- la ripresa a tassazione delle plusvalenze realizzate per effetto di cessioni di partecipazioni;
- le eventuali ritenute applicate sui dividendi distribuiti, di cui si potrà chiedere il rimborso riprendendo ad imponibile il 100% dei dividendi;
- le possibili sanzioni di omesso versamento delle ritenute previste sui pagamenti di interessi e royalties corrisposti;
- la possibilità di non avvalersi del consolidato fiscale per l'esercizio in corso, essendo scaduti i termini per l'esercizio dell'opzione.

La nuova disposizione fiscale inoltre faciliterà l'insorgere di alcune problematiche relativamente ai seguenti aspetti:

- attribuzione dei valori di carico dei beni patrimoniali in sede di impianto della contabilità italiana della società esterovestita;
- l'eventuale applicazione della disciplina delle società di comodo;
- l'insorgere di conflitti di doppia residenza fiscale.

Un aspetto rilevante dal punto di vista fiscale riguarda l'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa a seguito del trasferimento nel nostro Paese della residenza fiscale. Al riguardo nel nostro Paese si registra un deciso vuoto normativo.

I pochi approfondimenti dottrinali sul tema concentrano l'attenzione sui principi generali del nostro diritto tributario e su quelli enunciati a livello comunitario.

Alcuni autori che si rifanno al principio della continuità fiscale e contabile sostengono che i beni devono essere presi in carico fiscalmente al valore di costo, così come risultante dai documenti contabili tenuti dalla società.

Altri autori sottolineano l'iniquità di tale interpretazione laddove la normativa del Paese d'origine, così come avviene in Italia, prevede la tassazione dei plusvalori latenti per il solo fatto che avviene uno spostamento della sede, assimilando fiscalmente l'operazione ad una liquidazione.

Pertanto secondo questa parte della Dottrina, fermo restando il diritto dello Stato d'origine di tassare i plusvalori latenti maturati fino al trasferimento della sede, in Italia i beni devono essere presi in carico fiscalmente al valore di mercato risultante al momento dell'effettiva immissione nel regime nazionale.

In relazione a questa prima problematica pertanto lo schema normativo civilistico e fiscale appare scarno, in ogni caso la scelta dell'adozione di un criterio rispetto all'altro deve essere effettuata in modo tale da garantire la certezza della tassazione dei redditi effettivamente conseguiti arginando i fenomeni di doppia tassazione, in assenza di regole di armonizzazione tra gli Stati interessati. La società "esterovestita" potrebbe incorrere poi nella disciplina dell'art. 30 della Legge 23 dicembre 1994, n.724 in tema di società di comodo. Al riguardo per l'applicazione della normativa non dovrebbero valere i periodi d'imposta in cui non opera la presunzione di residenza.

In tema di possibili conflitti di doppia residenza invece la problematica si presenta di più complessa risoluzione.

Attualmente infatti la presunzione di residenza introdotta dal legislatore è individuata sulla base di parametri troppo generici, che risultano applicabili anche nei confronti di società estere non residenti nel territorio dello Stato, ma in possesso di una partecipazione di controllo in una società italiana. Il problema della doppia tassazione inoltre non sarà di facile risoluzione allorché lo Stato in cui ha sede la società estera, adotti criteri di collegamento con il territorio differenti per l'individuazione della residenza fiscale. Si potrebbe verificare la situazione di società tassate nel Paese estero dove sono riconosciute residenti e poi in Italia per l'applicazione del principio della "direzione effettiva".

Appare infatti difficile che lo Stato estero rinunci al proprio potere impositivo. I conflitti andranno risolti in applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Del resto nella maggior parte delle convenzioni, riprendendo quanto previsto dal Modello O.C.S.E., l'effettiva sede dell'amministrazione è l'elemento determinante per l'attribuzione della residenza fiscale di soggetti diversi dalle persone fisiche.

Sarà pertanto una mera questione di prova di valutazione sulla base dei principi interpretativi affermati a livello internazionale.

In ogni caso il nostro Paese, qualora si verifichi il trasferimento di residenza dall'estero, non concede alcun credito d'imposta per eliminare le doppie imposizioni.

La disciplina dei trasferimenti della sede legale all'estero

Il legislatore nazionale, con la finalità di evitare la sottrazione di materia imponibile dal nostro territorio, all'art.166 del T.U.I.R. ha disposto una norma tesa ad evitare l'utilizzo in chiave elusiva del trasferimento di sede in Paesi esteri.

Ai sensi del richiamato articolo, il trasferimento all'estero della propria residenza o della propria sede da parte di soggetti che esercitano imprese commerciali, costituisce realizzo al "valore normale", ai sensi dell'art. 9 comma 3 del T.U.I.R.⁵, dei beni facenti parte dell'impresa, salvo che questi ultimi non siano conferiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

⁴ Si richiamano in proposito le seguenti sentenze: 13 ottobre 1972, n. 3028; 16 giugno 1984 n. 3604; 9 giugno 1988 n. 3910; 10 ottobre 1996 n. 4992; 28 luglio 2006 n. 17206.

⁵ Il valore normale viene qui definito come: "...il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per beni e servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza ed al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquistati o prestati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi..."

Secondo la norma citata il trasferimento della sede aziendale all'estero produce, quindi, effetti analoghi a quelli derivanti da realizzo dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, con conseguente tassazione dei plusvalori latenti determinati dalla differenza tra il valore normale e il costo fiscalmente riconosciuto. Se il soggetto la cui sede è stata trasferita mantiene una stabile organizzazione in Italia, invece, i beni e le attività ad essa afferenti non sono sottratti al regime interno del reddito d'impresa, e, pertanto, non si applica agli stessi la regola del realizzo secondo il criterio del valore normale.

Rientrano nella disposizione normativa tutti i soggetti che esercitano imprese commerciali sotto qualsiasi forma, ovvero: imprese individuali, società di persone, società di capitali ed enti commerciali con estensione anche a soggetti che non esercitano imprese commerciali, quando sono proprietari di aziende. Le previsioni della normativa in parola infatti sono state rafforzate, disponendo l'inclusione anche dei privati non imprenditori, sicché l'azienda o il complesso aziendale facente capo, ad esempio, a una società di fatto, a una società semplice o a una comunione ereditaria non sfuggirebbero al vincolo solo perché non esercenti un'attività di impresa commerciale.

Devono inoltre ricorrere determinate condizioni oggettive affinché la disciplina in analisi si renda applicabile.

Nel caso di imprenditori individuali la norma risulta applicabile qualora venga trasferita all'estero l'intera azienda per volere dell'imprenditore. Infatti il trasferimento della sola residenza anagrafica, con il permanere del complesso aziendale nel territorio nazionale, non è di per sé elemento sufficiente per rendere applicabile la norma in argomento. Per le società invece la perdita della residenza fiscale si realizza quando vengono trasferite all'estero la sede legale, la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'attività.

In tema di trasferimento della sede statutaria l'Amministrazione Finanziaria ha recentemente assunto una posizione nella Risoluzione n. 9/2006.

Infatti, requisito sostanziale di diritto privato è che i trasferimenti di sede hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di entrambi gli stati interessati (art.25 L.218/1995). E' quindi necessario:

- verificare che lo Stato estero di destinazione riconosca l'operazione;
- valutare le conseguenze previste dall'ordinamento sia di provenienza che di destinazione.

Ne consegue che la continuità giuridica della società è condizionata alla ammissibilità del trasferimento nei due ordinamenti.

Dal punto di vista fiscale in ipotesi di trasferimento della sede statutaria dall'Italia all'estero in condizione di "continuità giuridica", la società risulterà residente in Italia per tutto il periodo d'imposta se per la maggior parte dello stesso la sede legale è stata nel territorio dello Stato. Si renderà eventualmente applicabile l'art. 166 al termine del periodo d'imposta. Qualora invece la sede non permanga nel territorio dello Stato per la maggior parte del periodo d'imposta, l'ente sarà considerato soggetto non residente sin dall'inizio dell'esercizio, fatta salva l'applicazione dell'art.166.

Diversamente, in presenza di trasferimento di sede all'estero inefficacie ai sensi dell'art. 25, comma 3, L.218/1995, si verifica un'ipotesi di estinzione dell'ente e il periodo d'imposta si interrompe con la perdita della residenza fiscale e tutti gli effetti che l'ordinamento prevede in tale caso.

In tema di operazioni straordinarie fra soggetti residenti in Stati

membri diversi dell'Unione Europea, si rammenta che i dettati degli art. 178 e 179 del T.U.I.R. prevedono un apposito regime di neutralità fiscale, che il Consiglio dei Ministri in data 27 luglio 2007, con l'approvazione di apposito schema di decreto legislativo, ha esteso anche alle operazioni di scissione parziale, che comportano il trasferimento ad un beneficiaria (nuova o preesistente) di altro Stato Ue di uno o più complessi aziendali della società italiana⁶. Condizioni necessarie al beneficio del regime di neutralità fiscale è che la scissa mantenga uno o più rami d'azienda e che l'assegnazione delle quote della beneficiaria ai soci della scissa sia di tipo proporzionale e con conguaglio in denaro non superiore al 10%.

Le conseguenze dell'applicazione del valore normale

La tassazione immediata dei plusvalori latenti (cosiddetta "exit tax") presenta tuttavia degli aspetti problematici di irrisolta soluzione. Se a livello internazionale sono state adottate delle misure normative che tendono ad eliminare la doppia imposizione nel caso di trasferimenti della residenza, nel nostro ordinamento le previsioni dell'articolo in oggetto possono comportare l'emergere di problematiche fiscali nello stato di destinazione: i beni aziendali sono infatti tassati all'atto del trasferimento, ma l'emersione di plusvalenze derivanti da una reale cessione all'estero dell'azienda, soggiacerebbe a nuova tassazione.

Per questo motivo alcuni Stati hanno adottato misure atte ad evitare la doppia imposizione, tra le quali:

- il riconoscimento dei valori correnti dei beni trasferiti (es. Austria, Canada, Danimarca, Paesi Bassi, Australia);
- la concessione di un credito d'imposta pari alle imposte pagate nello stato di origine (es. UK, Brasile).

La nostra normativa potrebbe inoltre essere in contrasto con la normativa europea sulla libertà di circolazione, che si pone come obiettivo la promozione del progresso economico e sociale e di un elevato livello occupazionale, mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne.

Ulteriore questione irrisolta è quella inerente la tassazione dell'avviamento. Infatti è opinione prevalente della dottrina che l'avviamento sfugga alla presunzione di realizzo al valore normale, e ciò per il fatto che, in caso di trasferimento aziendale all'estero, non si verifica il contestuale trasferimento della titolarità giuridica dell'azienda.

Un'altro problema dell'applicazione della normativa in oggetto è rappresentato dall'approccio, formale o sostanziale, che deve essere adottato nel valutare la presenza di una società operativa italiana qualora un imprenditore individuale trasferisce la sola residenza anagrafica all'estero. Il complesso aziendale rimasto in Italia può essere infatti considerato società operativa con la conseguenza che la norma dell'art. 166 risulterebbe non applicabile.

Conclusioni

Quanto sin qui detto rende evidente il fatto che il legislatore nazionale nell'individuazione dei soggetti esterovestiti ha introdotto e rafforzato metodologie operative volte alla valutazione di situazioni di fatto per l'attribuzione della residenza fiscale, e non solo alla valutazione di meri aspetti formali come la localizzazione della sede legale.

La trasposizione di questi concetti sul piano concreto, implica la necessità per l'Amministrazione Finanziaria di avviare operazioni preliminari volte alla primaria identificazione di possibili soggetti esterovestiti, tramite informazioni reperite con le banche dati in

⁶ Si veda in proposito Il Sole24Ore del 28.07.2007.

uso e le società italiane facenti parti di un gruppo, e successivamente attribuire diversa rilevanza agli elementi acquisiti.

In ambito europeo ci si auspica di affinare la capacità di reazione delle Amministrazioni Finanziarie attraverso la creazione di una banca dati integrata tra le istituzioni dei vari paesi dell'Unione, come già avviene nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto.

Posto l'attenzione che il legislatore fiscale ha concentrato nella definizione dei parametri per l'identificazione delle localizzazioni fittizie di società ed enti, nel nostro ordinamento permane un deciso vuoto normativo sul versante delle misure tese ad evitare la doppia imposizione, in assenza di specifiche regole di armonizzazione tra singoli Stati.

Come già esaminato nel dettaglio, infatti, in presenza di operazioni di trasferimento della residenza fiscale nel nostro ordinamento non vi sono norme generali per evitare la doppia imposizioni in

Italia e nello Stato estero.

Un secondo aspetto rilevante dal punto di vista fiscale, anche questo esaminato in dettaglio, riguarda l'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa, a seguito del trasferimento nel nostro Paese della sede societaria e ciò sia che la società resti un'autonoma entità giuridica, sia nel caso in cui venga successivamente incorporata in una società italiana. Le interpretazioni dottrinali su queste due problematiche concentrano l'attenzione sui principi generali del nostro diritto tributario e su quelli enunciati a livello comunitario, tuttavia al fine di arginare gli effetti distorsivi di interpretazioni soggettive si reputa necessario che il legislatore italiano introduca delle disposizioni in merito tese a garantire l'omogenea identificazione del valore fiscalmente riconosciuto e l'eliminazione dei fenomeni di doppia tassazione internazionale.

BIBLIOGRAFIA

Testi:

C. Marinelli, M. Giuà, *Esterovestizioni delle Società di Capitale Italiane*, Euroconference, Edizione aggiornata.

IPSOA LEFEBVRE, *Memento fiscale 2007*, ed. 2007.

G. Peracin – Cortellazzo & Soatto, *Il rimpatrio e la dismissione di holding estere*. Articolo estratto da "C&S informa n. 8 del 2005.

Notiziario Fiscale Agenzia delle Entrate, *La riforma del sistema tributario*, commento del 18 novembre 2003.

Forum:

Interventi a cura di **L. Olivieri** *Il trasferimento della sede*, Seminario Milano Meeting marzo-aprile 2006.

16° Convegno de *L'Esperto risponde*, Telefisco 2007.

Master breve Euroconference 2006-2007.

Intervento a cura di **L. Lunelli** e di **S. Pelizzo** *Le principali novità fiscali recate dalla Legge finanziaria 2007 e dai provvedimenti ad essa correlati*, Udine, 11 gennaio 2007.

Normativa:

Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28 del 04/08/2006.

Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 11 del 16/02/2007.

D.L. 223/2006, art. 35, commi 13 e 14.

D.P.R. n.917 del 22 dicembre 1986 aggiornato fino alla G.U. n.65 del 19 marzo 2007.

Modello O.C.S.E. , articolo n. 4.

Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 9 del 17/01/2006.

La transazione fiscale ai sensi dell'art. 182 ter L.F.

Giovanni Rubin / Praticante Ordine di Venezia

Abstract

L'elaborato si propone di analizzare in diritto gli aspetti sostanziali dell'art. 182 ter l.f. (c.d. "transazione fiscale") di recente introduzione nell'ordinamento ad opera del D. Lgs. 5/2006, c.d. "Riforma della disciplina delle procedure concorsuali".

Dopo aver brevemente considerato i precedenti normativi (art. 3, comma 3, D.L. 138/2002), l'elaborato dedica la sua parte centrale all'inquadramento giuridico dell'istituto de quo in un'ottica sistematica, per poi continuare con un esame delle diverse interpretazioni espresse in dottrina relativamente all'ambito di applicazione della "transazione fiscale", ponendo particolare attenzione a quali tipologie di tributi essa si riferisca. Nell'ultimo paragrafo, invece, si tenta di fornire un supporto agli operatori del settore, cercando di definire con chiarezza quali siano i possibili contenuti di una proposta di "transazione fiscale", soffermandosi in particolare sulla vexata quaestio della falcidiabilità dei crediti tributari muniti di privilegio in sede di concordato preventivo.

L'istituto presenta dei caratteri fortemente innovativi per l'ordinamento giuridico italiano, permettendo un accordo remissorio e/o dilatorio da parte del contribuente moroso con l'erario in deroga ai principi di indisponibilità ed irrinunciabilità della pretesa tributaria desumibili dall'art. 53 Cost., ma pur sempre nel rispetto della par condicio creditorum, visti i limiti imposti dalla norma stessa alla falcidiabilità di tali poste.

Premessa

Il legislatore italiano, al fine di ovviare al problema dell'esiguità delle somme riscosse rispetto ai tributi iscritti a ruolo, ha provveduto all'emanazione dell'art. 3, comma 3, D.L. 138/2002, introducendo nel sistema tributario quella che in dottrina è stata denominata "transazione dei tributi iscritti a ruolo".

Tale norma, pagando probabilmente il proprio carattere fortemente innovativo, è rimasta pressoché inutilizzata, a causa delle numerose disposizioni ostantive contenute nella norma stessa e delle difficoltà interpretative evidenziate nella circolare ministeriale n. 8E/2005.

Più recentemente l'art. 146 D.Lgs. 5/2006 ha introdotto *ex novo* nella legge fallimentare l'art. 182 ter, rubricato "transazione fiscale", e contestualmente ha abrogato il menzionato art. 3, comma 3, D.L. 138/2002.

Aspetti sostanziali

Il lessico utilizzato dal legislatore nella rubrica dell'art. 182 ter L.F. richiama il testo dell'abrogato art. 3, comma 3, d.l. 138/2002. L'interpretazione della norma da ultimo citata da parte del Ministero delle Finanze¹ afferma che "il termine <transazione> utilizzato dal legislatore debba essere riferito al contratto tipico previsto dall'art. 1965 c.c.", basato sul concetto delle "reciproche concessioni" tra i contraenti.

In dottrina la tesi interpretativa ministeriale prospettata, sebbene inizialmente qualche autore² l'abbia timidamente condivisa, non

ha registrato molti consensi, in quanto "nel diritto tributario è davvero singolare parlare di <transazione>"³: tale termine, infatti, deve essere interpretato in senso atecnico, "il tutto allo scopo di poter ricomprendere nella transazione tributaria ogni negozio intercorrente tra il contribuente moroso e l'Agenzia delle Entrate che consenta un più proficuo recupero del credito tributario"⁴; più in particolare, autorevole dottrina⁵ ha inquadrato la disciplina *de quo* nel c.d. "pactum ut minus solvatur", atto, anche unilaterale, caratterizzato da una remissione del debito sul presupposto di una sua dubbia realizzazione, simile alla transazione, ma dalla quale si differenzia per la mancanza delle "reciproche concessioni".

Con l'inclusione nella disciplina del concordato preventivo della "transazione fiscale", il dibattito sulla natura dell'istituto pare abbia perso *appeal*: la transazione fiscale ad oggi deve essere considerata una sorta di "concordato nel concordato"⁶, un particolare accordo tra contribuente moroso ed erario rientrante nel più ampio concetto di "concordato preventivo", la cui natura è riconducibile tanto ad una fattispecie (transazione *ex art.* 1965 c.c.) quanto all'altra (pactum ut minus solvatur) a seconda dell'inquadramento giuridico che si ritiene più adatto alla procedura delineata dall'art. 260 L.F.⁷.

La questione, tuttavia, riveste un'importanza operativa non trascurabile: nel caso in cui sia favorita l'assimilazione dell'istituto alla transazione civilistica, l'applicazione della norma comporterà la sottoscrizione di un vero e proprio contratto tra il contribuente

¹ Cfr. C.M. 8/2005.

² LOMBARDO G., *Transazioni tributarie da allargare*, in *Italia Oggi* del 11 luglio 2002, 25; RIPA G., *Transazioni sui ruoli con ostacoli*, in *Italia Oggi* del 25 luglio 2002, 30.

³ TOSI L., *La transazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2006, 1072.

⁴ LA ROCCA S., *La transazione fiscale dei tributi iscritti a ruolo*, in *Fisco*, 2005, 1, 11291.

⁵ BRIGHENTI F., *La transazione dei tributi: nuovo corso o stravaganza normativa?*, in *Boll. trib.*, 2002, 1301.

⁶ GAFFURI G., *Profili fiscali della riforma concernente le procedure concorsuali*, reperibile al sito www.fallimentitribunalemilano.net, 2005.

⁷ In dottrina si discute sulla natura del concordato preventivo e, sebbene alcune autorevoli voci abbiano inquadrato tale procedura nella figura contrattuale della transazione *ex art.* 1965 c.c., la teoria più accreditata pare essere quella della natura di "processo esecutivo speciale". Si veda in merito RIVOLTA C. – PAJARDI P., *Art. 160 – Del concordato preventivo*, in *Codice del fallimento* a cura di PAJARDI P., 1997, 1028 ss.

moroso e l'Agenzia delle Entrate⁸, mentre, nel caso in cui si privilegiasse la seconda ipotesi (da preferirsi), la remissione del debito da parte dell'Agenzia delle Entrate dovrà avvenire esclusivamente con il voto in sede di adunanza dei creditori ex art. 174 l.f.⁹.

A ciò si aggiunga che, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 5/2006, la "transazione fiscale" è esperibile unicamente nell'ambito della procedura del concordato preventivo, escludendo così le procedure esecutive individuali (come, invece, avveniva nel vigore dell'abrogato art. 3, comma 3, D.L. 138/2002), il concordato fallimentare e gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 ter, ult. comma, l.f.).

Requisiti soggettivi ed oggettivi

In base alla disposizione dell'art. 1 l.f. la "transazione fiscale" si configura come istituto fruibile esclusivamente da parte degli imprenditori commerciali non piccoli secondo la particolare definizione dello stesso art. 1 l.f.. Sono esclusi dall'istituto, quindi, le persone fisiche non imprenditori, i piccoli imprenditori, i professionisti e gli enti pubblici.

A ciò si aggiunga che l'art. 160 l.f. limita ulteriormente l'applicabilità dell'istituto agli imprenditori non piccoli che si trovino in "stato di crisi", intendendosi per esso altresì lo "stato di insolvenza".

La dottrina sembra essere unanime nel ritenere che per "stato di crisi" si debba intendere qualsiasi "situazione di difficoltà economica o finanziaria tale da determinare il rischio di insolvenza [...] e comprensiva, oltre che della temporanea difficoltà ad adempiere (art. 187 l.f., ora abrogato), anche di ogni processo degenerativo che renda la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità"¹⁰.

Ambito di applicazione

La lettera dell'art. 182 ter l.f. si presta ad una complessa ricostruzione interpretativa, che in dottrina ha portato a quattro diverse soluzioni.

Una prima tesi¹¹ pone l'accento sul penultimo comma dell'art. 182 ter l.f., ai sensi del quale "la chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181 determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma". Tale interpretazione ritiene che sia di per sé possibile già nell'ambito di un "normale" concordato preventivo addivenire ad una falcidia concordata dei crediti tributari e, di conseguenza, la transazione fiscale ha come unico scopo quello di definire le liti tributarie pendenti.

Una seconda tesi¹² si basa, invece, sulla presunta centralità del primo periodo del primo comma dell'art. 182 ter l.f., laddove

stabilisce che "il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi [...] limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria", rispetto al terzo periodo del medesimo primo comma, in base al quale "se il credito è assistito da privilegio la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici a quelli delle agenzie fiscali". Premesso che da uno stesso presupposto impositivo spesso conseguono dei crediti a favore dell'erario caratterizzati in parte dall'appartenenza al rango chirografario ed in parte al rango privilegiato, è stato sostenuto¹² che l'art. 182 ter l.f. consente unicamente la transazione dei crediti aventi natura chirografaria, con dei limiti diversi a seconda che il fatto fiscalmente rilevante abbia originato un credito totalmente chirografario oppure un credito di "natura mista", chirografaria e privilegiata. Una terza interpretazione¹³ si attiene maggiormente al dato letterale della norma e, partendo dal presupposto in base al quale la proposta "ordinaria" di concordato preventivo deve assicurare il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati, vede nell'art. 182 ter l.f. una deroga a tale principio. La "transazione fiscale" si identificherebbe, quindi, in una norma che amplia le possibilità di accordi remissori estendendole ai crediti tributari privilegiati, purché già iscritti a ruolo.

Una quarta interpretazione¹⁴ si basa, invece, sul presupposto che il concordato preventivo può consentire ordinariamente, oltre alla falcidia dei crediti di rango chirografario, anche quella dei crediti di rango privilegiato, ma che tale falcidia non sia possibile per i crediti tributari, in virtù dei principi dell'indisponibilità e dell'irrinunciabilità della pretesa erariale desumibili dall'art. 53 Cost. L'art. 182 ter l.f. si proporrebbe, quindi, come una deroga a tali principi¹⁵ in un'ottica, però, "restrittiva" delle possibilità di riduzione dei crediti erariali rispetto a tutte le altre tipologie di crediti. La falcidia può essere proposta sia per i crediti iscritti a ruolo che per quelli non ancora iscritti a ruolo a differenza di quanto era consentito dal D.L. 138/2002, che limitava le possibilità di transazione ai soli tributi iscritti a ruolo.

In questa sede si avallerà tale ultima corrente interpretativa, che pare essere la più condivisa, tenendo a mente non solo che dottrina¹⁶ e giurisprudenza¹⁷ stanno "evolvendo" in tal senso, ma anche che *de iure condendo*¹⁸ sembra essere lo scenario normativo più prevedibile nel prossimo futuro.

I tributi transabili

È necessario chiedersi da quali tipologie di tributo traggano origine i debiti per i quali è possibile ricorrere alla "transazione" ex art. 182 ter l.f.

⁸ Modalità operativa seguita dal Tribunale di Catania nella procedura dichiarata aperta in data 14 dicembre 2005 (SIDE P.S.P.A.).

⁹ Prassi seguita dal Tribunale di Venezia: cfr. decreto di omologa 22 febbraio 2007, procedura n. 6/06 (TRAG S.A.S.).

¹⁰ BERNARDI M., *Lo stato di crisi e la nozione di insolvenza*, reperibile al sito www.ilcaso.it, 2006.

¹¹ D'AMORA S., *La transazione fiscale nel concordato preventivo*, reperibile al sito www.centrosviluppo.it, 2006.

¹² ZANICHELLI V., *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, in *Fallimento*, 2007, 580 ss.

¹³ MARINI G., *Art. 182 ter l.f.*, in *La Riforma della legge fallimentare* a cura di NIGRO – SANDULLI, 2006, 1113 ss.

¹⁴ TOSI L., *op. cit.*; GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, 2006, 326; MARELLI F., *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2007, 669 ss.; CENSONI P.F., *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*, in *Fallimento*, 2007, 434 ss.

¹⁵ Aspetto che ha portato la dottrina a paventare l'ipotesi di anti-costituzionalità della norma in esame.

¹⁶ Cfr. la posizione di GUGLIELMUCCI L., *op. cit.*, 2006, 326 ss., che modifica la propria precedente opinione sulla falcidiabilità dei creditori privilegiati espressa in GUGLIELMUCCI L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, 2005, 71 ss.

¹⁷ Cfr. Trib. Torino, 20 dicembre 2006, in *Fallimento*, 2007, 431 ss. e Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 691 ss.

¹⁸ Ci si riferisce allo schema di decreto correttivo alla Legge fallimentare (Atto n. 108) reperibile al sito www.ilcaso.it, che, sebbene, risulti foriero di qualche ambiguità, pare consentire il soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio.

La norma in esame indica, utilizzando una terminologia simile a quella già adottata dalla C.M. 8/2005, i “tributi amministrati dalle agenzie fiscali”, a differenza dell’abrogato art. 3, comma 3, D.L. 138/2002 che identificava l’oggetto della transazione nei tributi “il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato”.

Pare che la norma si riferisca al D. Lgs. 300/1999, che ha determinato la nascita di tre agenzie (Entrate, Dogane e Territorio); di conseguenza, sono esclusi dall’applicazione dell’art. 182 ter l.f. tutti i tributi amministrati dai Comuni (ICI, TOSAP, COSAP, TARSU, TIA, ecc.), mentre vi rientrano le addizionali comunali all’imposta sul reddito), nonché i contributi previdenziali, la cui amministrazione è demandata ad altri enti (INPS, INAIL, ecc.). Sono altresì esclusi dall’ambito di applicazione “i tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea”, per identificare i quali è necessario rifarsi alla decisione del Consiglio Euratom del 29 settembre 2000, n. 2000/597/CE. Rimandando alla decisione indicata per l’elenco dei tributi di competenza comunitaria, pare opportuno analizzare la posizione dell’IVA per la rilevanza che tale imposta riveste nell’ordinaria gestione delle imprese.

Sebbene si siano registrati dei pareri discordanti¹⁹, secondo l’orientamento maggioritario²⁰ l’IVA può essere transatta ed in questo senso pare sia orientato altresì il Ministero delle Finanze, preso atto che nella citata C.M. 8/2005 l’IVA è qualificata come “tributo di esclusiva spettanza dello Stato”, solo parzialmente riversato ad altri enti (l’Unione europea).

Di diverso avviso si presume sia, invece, la Commissione UE, visti il provvedimento di deferimento dell’Italia per la rinuncia alla riscossione dell’IVA attraverso i condoni (causa C-132/06) e la condanna per violazione della normativa sugli aiuti di Stato inflitta al Belgio nel 2004 per aver transatto un credito IVA (causa C-280/04).

Secondo il testo della norma oltre ai tributi in linea capitale possono essere oggetto di “transazione” altresì i “relativi accessori”, intendendo per essi gli interessi legali, gli interessi di mora e le sanzioni non penali.

Contenuto della proposta

Quanto al contenuto della proposta, in relazione ai tributi *supra* identificati, ai sensi del primo comma dell’art. 182 ter l.f. è possibile proporre un “pagamento [...] parziale” ed altresì una “dilazione” dello stesso. La *littera legis* pare, quindi, consentire unicamente un accordo di natura remissoria o dilatoria ovvero di natura mista, remissoria e dilatoria, limitando al solo mezzo del “pagamento” l’ampia gamma delle possibilità concesse dall’art. 160 l.f., il quale permette “la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma” (cessione dei beni, accollo, altre operazioni straordinarie, attribuzione di partecipazioni o quote ovvero obbligazioni). Tuttavia, pare ammissibile²¹ che la transazione si perfezioni anche con la compensazione tra i crediti tributari vantati dal debitore ed i suoi debiti tributari.

Gli altri vincoli imposti dall’art. 182 ter l.f. non sono, invece, di così immediata comprensione: per i crediti transabili chirografari “il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari”, mentre per i crediti transabili privilegiati le condizioni “non possono essere inferiori” a quelle offerte “ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o

a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali”.

La norma sembra disporre chiaramente che con riferimento ai debiti chirografari non sia possibile applicare l’art. 160, comma 1, lett. d), l.f., ai sensi del quale è consentito prevedere “trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse”.

Con riferimento, invece, ai crediti privilegiati, se la *littera legis* è chiara nel prevedere che ad un’eventuale falcidia dei crediti tributari privilegiati transabili non possa comunque conseguire un trattamento peggiore di quello dei creditori di grado inferiore, non risulta agevole identificare i creditori “che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali”.

Il lessico utilizzato dal legislatore riprende esattamente quello dell’art. 160 l.f., laddove descrive i criteri di formazione delle classi dei creditori.

Quanto al criterio dell’ “interesse economico”, utilizzando tali termini, il legislatore pare abbia voluto riferirsi all’ “interesse strategico” dei creditori coinvolti nella procedura, che può oscillare tra l’interesse ad una rapida liquidazione dei propri crediti e l’interesse alla protrazione di una relazione commerciale (sopravvivenza dell’impresa o, quanto meno, dell’azienda).

Come suggerito in dottrina²², gli unici creditori aventi interessi economici omogenei rispetto alle agenzie fiscali sembra siano gli enti locali (ad esempio, i Comuni), gli enti previdenziali (ad esempio, INPS ed INAIL) e gli altri enti pubblici rappresentanti lo Stato, il cui interesse comune corrisponde all’interesse pubblico di vedere pagati integralmente i tributi, risorsa necessaria al funzionamento dello Stato stesso.

Quanto al criterio della “posizione giuridica”, dottrina e giurisprudenza²³ sono unanimi nel legare tale concetto a quello di “grado di prelazione” e, quindi, nel suggerire una suddivisione in classi sulla base dell’appartenenza del credito al rango chirografario o al rango privilegiato. Con riferimento ai crediti tributari, è poi lo stesso art. 182 ter l.f. ad inserire nel *corpus* della legge fallimentare un ulteriore criterio di distinzione per posizione giuridica: la transabilità o meno secondo i criteri *supra* descritti.

Ciò significa che, qualora una proposta concordataria sia accompagnata da un’ipotesi di transazione fiscale, è necessario:

1. prevedere almeno quattro classi rappresentanti i crediti tributari (chirografari transabili, chirografari non transabili, privilegiati transabili, privilegiati non transabili);
2. prevedere un trattamento paritetico per tutte le classi di creditori chirografari (con le conseguenze di cui si dirà nel caso di presenza di crediti tributari chirografari non transabili);
3. prevedere un trattamento per i crediti tributari privilegiati transabili pari o migliore a quello di tutti gli altri crediti di rango inferiore;
4. prevedere un trattamento paritetico per tutti i crediti tributari classificati come “privilegiati transabili”;
5. prevedere la soddisfazione totale dei crediti tributari non transabili e, più in generale, degli altri crediti vantati dallo Stato.

La presenza di debiti tributari non transabili di rango basso o, nel caso limite, chirografari, secondo l’interpretazione delineata della norma, può comportare una sua inapplicabilità.

¹⁹ CAPOLUPO S., *La transazione fiscale – aspetti sostanziali*, in *Fisco*, 1, 2006, 7589.

²⁰ TOSI L., *op. cit.*, 1078; GROSSI M.R., *La riforma della legge fallimentare*, 2006, 2286.

²¹ QUATRARO M., *Ampliata la transazione fiscale*, in *Guida al diritto*, 5, 2006, 124.

²² GAFFURI G., *op. cit.*

²³ Cfr. decreto Trib. Milano, 9 febbraio 2007, reperibile al sito www.fallimentitribunalemilano.net.

Di seguito si riportano le tipologie di debiti tributari privilegiati delle imprese in crisi più ricorrenti nella prassi:

seguenza, in base al principio espresso al *sub* 3., sarà necessario proporre il soddisfacimento *in toto* di tutti gli altri crediti tributari

Grado	Norma di riferimento	Descrizione	Transabilità
I	art. 2753 c.c.	Contributi previdenziali	No
VII	art. 2758 c.c.	Imposte indirette	Sì
VIII	art. 2754 c.c.	Altri contributi previdenziali	No
XVIII	art. 2752 c.c.	Imposte dirette	Sì
XIX	art. 2752 c.c.	IVA	Sì
XX	art. 2752 c.c.	Imposte previste dalla finanza locale	No

In base all'interpretazione ivi proposta i tributi per i quali non è possibile esperire la transazione devono essere necessariamente pagati *in toto*, in virtù dei principi di indisponibilità ed irrinunciabilità della pretesa tributaria, cui l'art. 182 ter l.f. esplicitamente deroga. Ciò significa, ad esempio, che il soddisfacimento riservato ai crediti privilegiati sorti in virtù di tributi disciplinati dalla finanza locale dovrà essere totale. Di con-

privilegiati, vanificando così ogni possibilità di accordo remissorio con l'erario. Ugualmente, in presenza di debiti per contributi previdenziali di cui all'art. 2754 c.c., non transabili e, quindi, da soddisfare integralmente, non potrà essere proposta alcuna falcidia dei debiti per imposte indirette, mentre i debiti per imposte dirette ed IVA potranno essere transati, salva la presenza di debiti tributari non transabili di rango inferiore.

Epicedio del Comitato consultivo tra luci e ombre

Daniela Scandiuzzi / Praticante Ordine di Treviso

Abstract

Con il presente lavoro intendiamo indagare attorno ai percorsi argomentativi seguiti dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive nel valutare le operazioni di scissione (in particolare, volte alla separazione tra patrimonio immobiliare e ramo operativo delle società), frequentemente sottoposte ad interpello antielusivo. Più precisamente, vogliamo verificare se, nella produzione dei pareri, sia stato rispettato il disposto dell'art. 37 bis D.P.R. 600/1973 (clausola generale o semi-generale antielusiva), quindi, se, effettivamente, il modo di operare del Comitato possa dirsi coerente con le esigenze di certezza e di collaborazione in relazione alle quali era stato introdotto nell'ordinamento l'interpello antielusivo.

Nella più recente (e ormai definitiva, considerata la soppressione del Comitato) produzione di pareri, sono stati abbracciati schemi argomentativi che non seguono in modo corretto quanto previsto dalla clausola generale citata. Il confine tra elusività e non elusività tratteggiato nei pareri risulta, infatti, criticabile sotto diversi aspetti.

In primo luogo, il Comitato ha parlato di utilizzo della scissione al fine di creare delle "società contenitore", non destinate allo svolgimento dell'attività di impresa, bensì atte a contenere beni da far successivamente circolare attraverso la cessione delle partecipazioni. Evitando, così, il realizzo delle plusvalenze. In secondo luogo, si assiste ad una predominante – e talvolta esclusiva - valutazione intorno all'esistenza del requisito delle valide ragioni economiche. Requisito, questo, che dovrebbe entrare in discussione solamente dopo la verifica di un reale aggiramento del sistema e non per conferire connotazione elusiva, ma per toglierla.

Ma non basta. Vi è inoltre confusione in ordine alla natura dei vantaggi fiscali ottenuti dalle società, laddove il Comitato finisce per considerare elusive operazioni attraverso le quali il contribuente si limita a sfruttare possibilità esplicitamente offerte dal legislatore. Infine abbiamo analizzato un'ulteriore problematica che emerge dalla lettura dei pareri: la tendenza – ma si potrebbe dire l'abnorme "prassi" – del Comitato ad effettuare valutazioni non solo relative alle operazioni espone nell'istanza, ma intorno ad operazioni tutt'altro che concrete, frutto di ipotesi sul futuro operato delle società.

Nel corso del lavoro verrà approfondita l'analisi sugli aspetti appena evidenziati, cercando di sottolineare come i percorsi argomentativi seguiti dal Comitato debbano essere ricondotti nell'area della legalità, in quanto, gli schemi finora fatti propri da codesto organismo vanno ad intaccare quelle esigenze di certezza e di collaborazione che stanno alla base dell'interpello antielusivo, creando disorientamento ed insicurezza in capo agli operatori economici.

1. Considerazioni introduttive intorno alla funzione del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive

L'introduzione del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, avvenuta attraverso l'art. 21, comma 1, della legge n. 413 del 1991, ha risposto all'esigenza di dare certezza quanto alla qualificazione giuridica di particolari operazioni. Ciò nella prospettiva – di chiara matrice vanoniana - di avviare un nuovo rapporto tra Fisco e contribuente.

Con riferimento all'elusione, infatti, emergeva a quel tempo, in maniera evidente, la difficile posizione nella quale si trovavano gli operatori⁽¹⁾, i quali dovevano confrontarsi con una normativa nuova e di non facile applicazione, racchiusa nell'art. 10 della legge n. 408 del 1990 (cui è succeduto, come è noto, l'art. 37 bis del D.P.R. 600/73).

Grazie alla innovazione rappresentata dall'introduzione dell'ente predetto e della relativa disciplina di interpello, il contribuente che si fosse trovato in condizioni d'incertezza circa la connotazione elusiva o meno di un'operazione concreta, aveva la possibilità di

rivolgersi al Comitato consultivo, attraverso una determinata procedura⁽²⁾, in modo tale da ottenere un parere preventivo; siffatta opportunità apriva chiaramente lo spazio ad una più consapevole e serena valutazione delle scelte aziendali, evitando all'imprenditore di incorrere in contestazioni amministrative sotto il profilo dell'elusione. Il ruolo del Comitato, quindi, era sin dal principio rivestito di grande importanza.

Su queste basi, è di tutta evidenza e va immediatamente sottolineato come l'istituzione di un ente dotato della funzione testé inquadrata abbia altresì aperto nuove prospettive intorno all'indagine sulla liceità delle operazioni straordinarie, inserendo negli schemi argomentativi le tematiche – oggi centrali – del risparmio d'imposta, della frode, dell'aggiramento delle disposizioni sostanziali, della sistematicità e finanche del valore che può essere riconosciuto alle scelte negoziali ricadenti su istituti strutturali della fiscalità specialistica d'impresa⁽³⁾.

Peculiare importanza ha poi rivestito il Comitato sul versante della indagine intorno alla "sistematicità" dei vantaggi tributari conseguibili attraverso il perfezionamento delle operazioni ad esso

¹ In questo senso si veda G. ZIZZO, *Clausola antielusiva, Comitato consultivo e certezza del diritto*, in *Corr. Trib.* 3/2006 p. 177.

² Ai sensi dell'art. 21, comma 9, l. 413/1991 il contribuente poteva rivolgere la propria richiesta di parere, in prima istanza, alla direzione generale del Ministero delle Finanze e, solo in seconda battuta, in mancanza di una risposta, ovvero, nel caso in cui non intendesse uniformarsi, aveva la facoltà di chiedere il parere del Comitato consultivo. Se questo non rispondeva entro sessanta giorni dalla richiesta e non rispondeva inoltre dopo altri sessanta giorni da una formale diffida ad adempiere si formava il silenzio assenso sulla soluzione offerta dal contribuente. La richiesta di parere poteva riguardare l'applicazione di diverse disposizioni, segnatamente, dell'art. 37 bis D.P.R. 600/1973 (clausola generale antielusiva), dell'art. 37 D.P.R. 600/1973, comma 3, quelle riguardanti la deducibilità dei costi derivanti dalle operazioni realizzate con società domiciliate nei paradisi fiscali e, infine, la corretta classificazione tra spese di pubblicità e spese di rappresentanza.

³ Per alcune puntualizzazioni al riguardo cfr il recente scritto di R. LUPI, in *Corr. Trib.*, n. 35/2007, p. 2815 ss.

prospettate. Invero, come si avrà modo di rilevare anche più avanti, ci sembra che l'attività del Comitato abbia valorizzato soprattutto il profilo dell'apprezzamento della conformità dei vantaggi conseguiti rispetto allo spirito della disposizione. Passaggio, questo, che evidentemente richiede grande sensibilità per i profili strutturali delle discipline impositive e, oltretutto, grande preparazione sul versante giuridico. In altre parole, il Comitato è stato chiamato a rispondere a quella esigenza – non estranea agli studiosi del diritto tributario – di procedere all'esame dei problemi con criteri di attenzione al sistema fiscale, anziché disperdersi nel tecnicismo delle singole operazioni prospettate o, se vogliamo, nel particolarismo che connota ormai da tempo la produzione legislativa italiana.

Sin qui la descrizione delle funzioni rimesse al Comitato citato e delle aspettative che alla sua istituzione e al suo funzionamento sono state *ab origine* collegate.

La recentemente intervenuta soppressione del Comitato medesimo, decisa nel quadro di un più ampio programma di abolizione degli enti cd. "inutili"⁽⁴⁾, consente oggi di tracciare un primo, sintetico bilancio dell'attività da esso svolta e sospinge non solo a riflettere in merito ai risultati ottenuti attraverso la – pur stringata – emissione di pareri, ma anche ad interrogarsi circa la "qualità" di tali risultati, la loro conformità rispetto all'impianto della disciplina e alle aspettative che, come testè sottolineato, avevano accompagnato l'istituzione di tale organismo.

Ci chiediamo dunque: a) il Comitato ha ben assolto la funzione della quale era stato investito? b) i pareri di cui oggi disponiamo, i quali coprono l'arco temporale di poche annualità (1999-2007), possono reputarsi soddisfacenti dal punto di vista degli schemi concettuali ad essi sottesi? c) le scelte che emergono nella produzione del citato Comitato sono dettate dall'esigenza di sistematizzazione delle questioni, oppure dalla frettevolezza, dalla "ragion fiscale", dalla volontà di osteggiare operazioni che, ad un superficiale esame, lasciano filtrare vantaggi fiscali concreti e, tuttavia, per nulla elusivi? E' a questi quesiti che tenterò di rispondere nei successivi paragrafi.

In questa prospettiva, l'indagine deve a mio avviso prendere le mosse e svilupparsi dagli schemi argomentativi che il citato Comitato ha impiegato al fine di rispondere ai quesiti ad esso sottoposti (in particolare, come si dirà, ai quesiti relativi ad operazioni di scissione societaria). Si tratta di schemi che, per ragioni di comodità, potremmo ricondurre ai seguenti: a) il ripudio delle cc.dd. società-contenitore; b) la considerazione dell'assenza di valide ragioni economiche come elemento sufficiente alla configurazione della fattispecie elusiva; c) il rilascio di pareri "condizionati" al prospettico verificarsi (o non verificarsi) di talune operazioni economiche.

Ma procediamo con ordine, non senza aver preliminarmente rilevato che si tratta di schemi che denunciano *prima facie* profonde sbavature di tipo concettuale nel quadro della struttura dell'art. 37 bis del D.P.R. 600/73⁽⁵⁾, al punto che non sembra sbagliato

riferirsi ad essi, come invero ci accingiamo a fare, con il termine di "sbandamenti".

2. Gli "sbandamenti" del Comitato sul versante delle operazioni di scissione

Come anticipato nel paragrafo precedente, esigenze di sintesi ci inducono ad una delimitazione del campo d'indagine. Non ci occuperemo dell'intera produzione pareristica del Comitato; non esamineremo, in questa sede, la correlazione tra elusione tributaria e operazioni societarie genericamente considerate. Concentreremo, invece, l'attenzione sul solo fronte della scissione societaria. Si tratta di una scelta che ovviamente esclude dallo spettro d'indagine una fetta della produzione del Comitato consultivo, ma che tuttavia risulta meno penalizzante di quanto potrebbe apparire in prima battuta.

E ciò per due ordini di ragioni: 1) i pareri rilasciati con riferimento a quest'ultima operazione (la scissione, appunto) rappresentano, da un punto di vista statistico, la maggioranza; 2) la scissione societaria costituisce un ottimo banco di prova per riflettere su questioni strutturali della fiscalità specialistica d'impresa, quali, ad esempio, la neutralità dell'operazione, la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, il concetto di realizzo di plusvalenze⁽⁶⁾, il significato dell'espressione "vantaggio tributario" e, da ultimo, il ruolo che viene svolto nell'ambito della predetta disciplina, dalle cc.dd. "simmetrie fiscali"⁽⁷⁾.

2.1. Il modello delle società contenitore e la malintesa lettura dei concetti di "vantaggio fiscale" e di "asistematicità".

Uno dei modelli che il Comitato ha utilizzato, al fine di determinare l'elusività delle scissioni societarie, è quello delle cc.dd. "società contenitore". Emerge, attraverso la lettura dei pareri, la convinzione del Comitato stando alla quale la creazione delle citate società (avvenuta vuoi attraverso operazioni di scissione societaria, vuoi attraverso altre scansioni negoziali) consentirebbe il differimento dell'imposizione sulle plusvalenze relative ai beni di primo grado.

E' bene chiarire che le cc.dd. "società contenitore" non corrispondono ad un modello predeterminato in via legislativa e costituiscono, invece, un'espressione "elastica" attraverso la quale il Comitato individua le società che non svolgono attività d'impresa. Si tratta, in altre parole, di società funzionali al mero godimento di particolari beni, i quali, lungi dall'essere esitati sul mercato, finiscono per circolare attraverso il veicolo della partecipazione societaria.

In considerazione del fatto che la cessione di partecipazione può ricadere nello spettro applicativo della *participation exemption* (ora come reddito d'impresa, ora come reddito diverso), si finisce con l'affermare che l'operazione *de qua* è generatrice di un vantaggio fiscale, per di più asistematico.

Si tratta di osservazione che disturba la mente dell'attento tributarista, il quale non riesce a spiegarsi le ragioni per le quali il

⁴ A seguito del menzionato programma di riordino degli enti pubblici collegiali il Comitato consultivo è stato recentemente soppresso. In particolare, il D.L. 28 dicembre 2006, n. 300, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2007, n. 17, all'articolo 29, comma 4, sancisce che gli organismi non menzionati in appositi provvedimenti vengano soppressi. La soppressione del Comitato consultivo non ha determinato – è bene chiarirlo – l'automatica caducazione e soppressione delle procedure di interpello antielusivo. Come ha ribadito la stessa Agenzia delle Entrate con la circolare n. 40/E del 2007, il contribuente potrà continuare a presentare le proprie istanze e le relative risposte verranno date dalla stessa direzione generale del Ministero delle Finanze.

⁵ In base alla struttura della clausola generale antielusiva (sul carattere di clausola generale si rinvia, per tutti, a G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Parte generale, Padova, 2003, p. 193), i principali elementi sui quali dovrebbe vertere la valutazione delle operazioni sono da ricercare nell'aggiornamento dei principi del sistema e nell'ottenimento di un vantaggio fiscale indebito. Su questi aspetti si vedano M. BASILAVECCHIA, *La difficile individuazione dei comportamenti elusivi: funzione della norma generale*, in Corr. Trib. n. 25 del 2006, p. 1939; G. VANZ, *Distribuzione di riserve di utili anteriori all'acquisizione della partecipazione. Svalutazione della partecipazione ed elusione fiscale*, in Riv. Dir. Trib., 2006, II, p. 492; così anche M. BEGHIN, *La scissione parziale non proporzionale e l'elusione condizionata*, commento al Parere n. 29/2006 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, in Riv. Dir. Trib. n. 6 del 2007, II, p. 386 e ss; D. STEVANATO, *Uso e abuso della clausola antielusiva*, in Corr. Trib. n. 24 del 2007, p. 1966.

⁶ L'art. 173, comma 1, TUIR prevede, infatti, 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".

⁷ Sul ruolo delle simmetrie nella fase di interpretazione della legge tributaria si veda R. LUPI, *Elusione fiscale, istituzioni e accordi*, in S. La Rosa (a cura di), *Autorità e consenso nel diritto tributario*, Milano, 2007, pag. 29-52; si veda inoltre M. BEGHIN, *L'imposta sul reddito delle società e le "simmetrie fiscali" nel quadro dei rapporti partecipativi delineati dalla cd. "Riforma Tremonti"*, in Riv. Dir. Trib., I, 2007 p. 379.

parziale assoggettamento ad imposta sul reddito, previsto nella prospettiva di evitare duplicazioni d'imposta, possa tradursi in una posizione soggettiva di favore⁽⁸⁾. Il Comitato si guarda bene dal dire che la *participation exemption* rappresenta una agevolazione fiscale. Bada, dunque, alla forma. Ma nella sostanza riconosce all'applicazione della disciplina di *participation* una connotazione di favore, carpita dal "malvagio" contribuente che, pur di fronte ad un'alternativa negoziale che lo stesso legislatore gli propone, sarebbe colpevole di aver scelto quella più favorevole.

Pareri di tal fatta dimostrano quale sia lo stato di confusione nel quale versa il Comitato laddove, nella sostanza, impone al contribuente di non cedere le partecipazioni e di realizzare, invece, le plusvalenze sui beni di primo grado⁽⁹⁾.

Così facendo, infatti, il Comitato trascura clamorosamente di valorizzare un profilo fondamentale nell'economia complessiva del giudizio di elusività ex art. 37 bis del D.P.R. 600/1973: le scelte che s'incardinano nella struttura stessa della disciplina impositiva, che cioè poggiano su alternative dotate di pari dignità sul versante – per l'appunto – sistematico, non realizzano alcun fenomeno di "aggiramento", ma integrano una semplice ipotesi di (lecito) risparmio d'imposta. Per di più, si noti come il citato concetto di "aggiramento" richieda la sussistenza di una perfetta identità di approdo economico e giuridico tra percorso eluso, da un lato, e percorso elusivo, dall'altro; identità e coincidenza che, nel caso che s'esamina, manca in maniera evidentissima, giacché nell'un caso (cessione del bene di primo grado) il cespite fuoriesce dal patrimonio societario, nell'altro (cessione delle partecipazioni), vi permane; nell'un caso, la monetizzazione avviene in capo alla società, nell'altro, in capo alla persona fisica (socio)⁽¹⁰⁾.

Alcune cose migliorano con il passare del tempo. Non il Comitato, che invece ha imboccato, ormai inesorabilmente⁽¹¹⁾, la via che conduce al seguente principio: nell'alternativa tra un'operazione più onerosa e quella meno onerosa si deve sempre scegliere la prima, altrimenti l'operazione è elusiva.

E' nostro convincimento, addirittura, che in questo caso l'espressione "sbandamento", impiegata nel titolo del presente paragrafo, non renda sufficientemente l'idea della gravità della situazione che attanaglia il Comitato, le cui logiche decisionali, sempre più lontane dall'impianto concettuale espresso dall'art. 37 bis D.P.R. 600/73, sembrano per contro in modo sempre più convinto abbracciare, quale unico referente, quello della pura e semplice

massimizzazione del gettito.

Questa posizione raggiunge un vero e proprio *climax* nei pareri nei quali la scissione societaria funzionale alla creazione di società contenitore (tipicamente – come già rilevato – attraverso lo schema dello *spin-off* immobiliare) viene addirittura equiparata all'assegnazione di beni ai soci⁽¹²⁾.

Per il Comitato, il possesso della partecipazione (bene di secondo grado) e il possesso dei beni di primo grado sono la stessa cosa. Per il Comitato, l'assegnazione di una partecipazione in occasione di una scissione e il realizzo (con monetizzazione) di beni di primo grado sono fattispecie sovrapponibili.

Non servono particolari approfondimenti per capire che le due fattispecie non sono in condizione di rimanere sullo stesso piano, in quanto – abbiamo poc'anzi messo in luce – il risultato giuridico al quale conduce la scissione non è nemmeno lontanamente assimilabile al risultato prodotto attraverso atti di assegnazione dei beni ai soci. In questi frangenti, dunque, il Comitato rivela una dote non comune: quella di vedere le cose che non esistono e, come diremo più avanti, di non vedere le cose che, invece, sono sotto gli occhi di tutti.

2.2. L'erronea assolutizzazione dell'assenza di valide ragioni economiche

Le situazioni sopra esaminate non esauriscono i profili di critica che è possibile muovere alla produzione pareristica in esame. Ve ne sono di ulteriori.

In questa prospettiva, merita menzione anche una certa, ricorrente tendenza da parte del Comitato a rivestire di preponderante, se non addirittura assorbente importanza il tassello dell'assenza di valide ragioni economiche⁽¹³⁾.

Tale requisito, peraltro, viene esaminato in posizione antecedente a quelli che dovrebbero essere i punti essenziali e preliminari nel giudizio di elusività⁽¹⁴⁾: vale a dire l'esistenza di un aggiramento di obblighi o divieti posti dalla legge tributaria e l'ottenimento di un vantaggio fiscale altrimenti indebito⁽¹⁵⁾.

Si tratta di un errore di metodo piuttosto evidente. E ciò alla luce della struttura dell'art. 37 bis cit., il quale impone, sul piano astratto, un preciso "ordine di priorità" nell'esame e nella valutazione degli elementi costitutivi dell'elusione. E' infatti rilevabile dalla lettura della citata disposizione come essa pretenda, *in primis*, la focalizzazione dell'attenzione sul versante della sussistenza del vantaggio fiscale e sul connotato di asistematicità di questo. Solo

⁸ Così M. BEGHIN, *L'elusione tributaria tra sviste interpretative sul concetto di "aggiramento" e conseguenti fenomeni di "illusione ottica" quanto all'asistematicità dei vantaggi fiscali conseguiti*, in Riv. Dir. Trib., n. 4 del 2007, II, p. 237 e ss, commento al parere n. 28/2006 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive. Nello stesso senso L. GIARETTA, *Elusione fiscale, scissione societaria e sorte dei rapporti partecipativi in un recente orientamento del Comitato*, commento al Parere n. 36/2006 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, in Riv. Dir. Trib. n. 4 del 2007, II, p. 245 e ss.

⁹ Cfr M. BEGHIN, *L'elusione tributaria tra sviste interpretative sul concetto di "aggiramento"...*, cit; M. POGGIOLI, *Riproposizione di (criticabili) cliché in tema di elusione fiscale e scissioni societarie*, in corso di pubblicazione in Riv. Dir. Trib. 2007.

¹⁰ In questo senso si veda M. BEGHIN, *"Ipotetiche" operazioni sulle partecipazioni societarie ed elusione fiscale*, commento ai Pareri 3-5/2007 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, in corso di pubblicazione in Riv. Dir. Trib. 2007. Si vedano inoltre G. ZIZZO, *Clausola antielusiva...*, cit., p. 176; D. STEVANATO, *Ancora sulla scissione di un contratto di leasing e sulla parificazione tra scissione e <<assegnazione dei beni ai soci>> continua l'equivoco*, commento al Parere n. 11/2005 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, in Dir. Prat. Trib. n. 4/2005, p. 961-962. Si tratta di un passaggio importante, in quanto, nel momento in cui viene affermata l'elusività di un'operazione sarebbe necessario individuare altresì l'operazione elusa. Ciò, giacché le imposte devono essere versate in base alle norme che il contribuente ha eluso, tenendo conto di quelle versate in conseguenza delle operazioni inopponibili. Cfr M. BEGHIN, *L'applicazione della norma elusa e la determinazione del debito d'imposta*, in Corr. Trib. n. 39 del 2006, p. 3105.

¹¹ Il Comitato è cessato e, di conseguenza, non può più rimediare.

¹² Si vedano, a titolo di esempio, i pareri 34-41-42 del 2005, in Dir. Prat. Trib. n. 1/2006 p. 214 ss, con commento di D. STEVANATO, *La tormentata vicenda delle scissioni non proporzionali*.

¹³ Al fine di chiarire la nostra affermazione è bene sottolineare che per valide ragioni economiche intendiamo ragioni extra-fiscali e, per affermarne la presenza, è necessario che vi sia un "apprezzabile interesse economico al compimento dell'operazione". La mancanza di tale requisito, dunque, è ravvisabile nel caso in cui l'unica vera ragione che sta alla base dell'operazione risulti essere di ordine fiscale. Per una più completa analisi riguardante le valide ragioni economiche si veda G. ZIZZO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in AA.VV., *Commento agli interventi di riforma*, a cura di M. Miccinesi, Padova, 1999, p. 449 ss; R. LUPI, *Diritto Tributario, Parte generale*, 2000, p. 129; P. PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del D. Lgs. n. 358/1997 (art. 37 bis del D.P.R. n. 600/1973)*, in Rass. Trib. Del 1997, II, p. 1152.

¹⁴ Così G. VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in Rass. Trib. n. 5 del 2002, p. 1620-1621.

¹⁵ In questo senso si veda, ad esempio, il parere n. 7/2007, in corso di pubblicazione in Riv. Dir. Trib. 2007, con commento di M. POGGIOLI, *Riproposizione di (criticabili) cliché...*, cit. Sul punto si veda inoltre D. MURARO, *L'aprioristico predominio delle "valide ragioni economiche" nella formulazione del giudizio di elusività*, commento al Parere n. 31/2006 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, in Riv. Dir. Trib. n. 6 del 2007, II, p. 393 e ss.

in un momento logicamente successivo (e, dunque, dopo che sia stata rilevata la sussistenza dei due tasselli testè rammentati), entra in gioco il profilo delle valide ragioni economiche; queste ultime, infatti, svolgono un ruolo di “causa di giustificazione”⁽¹⁶⁾, ossia di base di legittimazione della scansione negoziale, la quale si spoglia, loro mercè, della veste di operazione elusiva, mantenendosi invece all’interno dell’area del mero risparmio d’imposta. Giammai, invece, la sola assenza di dette ragioni può asurgere a *discrimen* tra elusione e lecita pianificazione fiscale, essendo per contro sempre necessario l’includibile, preventivamente verificata compresenza – come detto - degli elementi del vantaggio fiscale e della contrarietà al sistema (o asistematicità) di questo⁽¹⁷⁾.

E’ codesto un passaggio di grande importanza, che consente di mettere in luce come la produzione del Comitato risulti in alcuni casi affetta da pericolosi vizi di carattere metodologico, che affondano le radici nell’architettura stessa dell’art. 37 bis, laddove si tratteggiano gli elementi costitutivi della fattispecie elusiva.

Se si assolutizza la dimensione delle valide ragioni economiche, infatti, il rischio è quello di “perdere la bussola”; ossia di smarrire la “strada maestra” tracciata dalla definizione legale di elusione e di attribuire il carattere di elusività ad operazioni e scansioni negoziali che, in quanto prive di vantaggi fiscali, o in quanto connotate da vantaggi fiscali perfettamente in linea rispetto al dato sistematico, ne sono chiaramente sprovviste.

2.3. I pareri di non elusività dell’operazione “sotto condizione”.

Resta da affrontare un ultimo aspetto caratteristico delle argomentazioni offerte dall’ormai cessato Comitato. Stiamo parlando della tendenza a collocare, nel quadro di un giudizio di non elusività, alcuni “paletti”; più precisamente, si tratta di vere e proprie condizioni, attraverso le quali il giudizio di liberatoria (ovverosia il giudizio circa l’assenza di connotati elusivi in una determinata operazione) viene subordinato alla mancata, futura effettuazione da parte del soggetto istante di taluni negozi giuridici⁽¹⁸⁾.

Il richiedente il parere viene in questa maniera “ingabbiato”, giacchè vede il parere di non elusività e i connessi effetti giuridici subordinati *sine die* al compimento (ovvero al non compimento) di ben individuate operazioni, con ovvie ricadute sul versante della certezza dei rapporti con il Fisco⁽¹⁹⁾.

E’ questo un profilo di non scarso rilievo, data la frequenza con cui il Comitato procede in tal guisa; un profilo, in ogni caso, che ci spinge, in questa sede, a spendere qualche riflessione sul piano delle disposizioni procedurali che regolano lo specifico *ruling* antielusivo.

Il riferimento corre, segnatamente, all’art. 21, comma 2 della già richiamata L. 413/1991, ove è stabilito inequivocabilmente che – citiamo testualmente - <<la richiesta di parere deve riguardare l’applicazione, ai casi concreti rappresentati dal contribuente, delle disposizioni>>; parimenti importante, in questo senso, è

l’art. 5 del regolamento attuativo racchiuso nel D.m. 194 del 13 giugno 1997, laddove si precisa che <<La richiesta deve contenere, a pena di inammissibilità: [...] b) la dettagliata e precisa esposizione del caso concreto, nonché della soluzione interpretativa prospettata>>.

Sulla scorta degli enunciati normativi sopra riportati, risulta chiaro come la cennata apposizione di condizioni non sia un’opzione espressamente considerata dal legislatore, il quale, invece, sembra insistere sulla necessitata corrispondenza tra fatti esposti dal contribuente (la fattispecie <<dettagliata e precisa>>), da un lato, e fatti oggetto di considerazione da parte del Comitato, dall’altro⁽²⁰⁾. Insomma, l’istituto dell’interpello non è congegnato sul piano giuridico per lasciar spazio a giudizi di “elusività virtuale”, imperniati su fattispecie ipotetiche e condizionate.

Anche su questo versante, emerge dunque un atteggiamento del Comitato consultivo non in linea rispetto a quelli che sono i compiti e le prerogative assegnatigli dalla legge; ciò che ci induce, nuovamente, ad un giudizio di non piena soddisfazione circa l’operato dell’ormai soppresso ente.

3. Considerazioni conclusive

La produzione di pareri del Comitato consultivo si presta, come abbiamo avuto modo di esporre nel corso di questo lavoro, a numerose critiche. Si tratta, segnatamente, di critiche che originano da alcune inaccettabili sviste e dimenticanze sul versante teorico, le quali dimostrano come il Comitato non sia talvolta riuscito a focalizzare in modo sempre rigoroso gli elementi strutturali del fenomeno elusivo.

Ciò conduce, in sede conclusiva, ad esprimere un giudizio di generale insoddisfazione per l’opera compiuta dall’ormai soppresso ente in parola. Se da una parte la produzione pareristica ha dimostrato una dote positiva nella omogeneità dei giudizi (tendenzialmente imperniati, come s’è visto, su modelli e schemi argomentativi convergenti), dall’altra ha dimostrato gravi lacune nella rigorosità di metodo.

La critica così espressa ci porta, però, anche a formulare un auspicio: che dalle ceneri del Comitato risorga una “fenice” connotata da maggiore equilibrio di giudizio, dunque capace di rilevare con miglior successo ed efficacia l’importantissima funzione sino ad oggi svolta dal menzionato ente.

Non è infatti soddisfacente l’attuale procedimento d’interpello che si arresta alla prima fase, avendo come unico interlocutore la direzione generale del Ministero delle Finanze. Se il Comitato consultivo ha mancato di raggiungere pienamente lo scopo cui era preordinato, ciò non deve far mai dimenticare l’importanza (e la delicatezza) della funzione ad esso assegnata. La riforma del sistema impositivo erariale avviata dall’attuale esecutivo e la prefigurata armonizzazione delle <<procedure di interpello>>²¹ rappresentano, in questa prospettiva, l’ideale occasione e base di partenza su cui innestare una razionale rimediazione dell’importantissimo istituto del *ruling* in materia elusiva.

¹⁶ R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Terza edizione, Roma, 2001, p. 300. Nello stesso senso D. STEVANATO, *Uso e abuso della clausola...*, cit., p. 1965; si veda altresì M. BEGHIN, *L’elusione tributaria tra sviste interpretative sul concetto di “aggiramento”...*, cit.

¹⁷ G. VANZ, *Distribuzione di riserve di utili anteriori all’acquisizione della partecipazione...*, cit.. In questo senso si veda altresì M. BEGHIN, *La scissione parziale non proporzionale...*, cit. Così anche D. STEVANATO, *Scissione proporzionale e <<valorizzazione>> del patrimonio immobiliare*, commento al Parere n. 5/2005 del Comitato consultivo per l’applicazione delle norme antielusive, in *Dir. Prat. Trib.* n. 4/2005, p. 957 ss.

¹⁸ A titolo d’esempio, si vedano i pareri n. 29/2006, n. 36/2006, n. 3/2007, n. 5/2007.

¹⁹ Il profilo è acutamente colto da M. BEGHIN, *Ipotetiche operazioni sulle partecipazioni societarie...*, cit., sul punto si veda inoltre M. BEGHIN, *La scissione parziale non proporzionale...*, cit.

²⁰ Sulla necessità che il Comitato si attenga alla situazione concreta si veda M. TRIMELONI, *Atti interpretativi dell’Amministrazione Finanziaria*, inserto del *Corr. Trib.* n. 2 del 1994, p. XXIII.

²¹ Si veda, al riguardo, il disegno di legge delega per la riforma del sistema impositivo erariale attualmente allo studio delle competenti commissioni parlamentari ed attualmente contenuto dell’Atto della Camera dei Deputati n. 1762 (estraibile dalla banca dati *on line* del Senato della Repubblica all’indirizzo web www.senato.it).

